



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

Facultades y Deberes del Progenitor No Custodio

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Victoria Alejandra Cornejo Montecinos

Profesor Guía:

Gabriel Hernández Paulsen

Santiago, Chile, 2017

Índice

Resumen.....	5
Introducción.....	6

Capítulo I: Cuidado Personal.

I. La autoridad parental.....	9
II. La autoridad parental en caso de separación de los progenitores: consecuencias jurídicas y psicológicas.....	10
III. Noción de autoridad parental en el derecho chileno: régimen dual y cuidado personal como residencia o cohabitación. 1. Autoridad parental en el derecho chileno y comparado.....	15
2. Cuidado personal como residencia o cohabitación.....	20
IV. Reglas de atribución del cuidado personal. 1. Atribución legal.....	22
2. Atribución convencional. 2.1. Atribución convencional según el artículo 225 del Código Civil... 2.2. Atribución convencional según la ley de matrimonio civil..... 2.3. Atribución convencional a través de la mediación.....	23 26 27
3. Atribución judicial.....	28

V.	Principios que deben informar el cuidado personal.	
1.	Interés superior del niño	30
2.	Derecho a ser oído.....	32
3.	Coparentalidad.....	34
VI.	Especial referencia al principio de corresponsabilidad parental.....	35

Capítulo II: Límites al ejercicio del cuidado personal en España y Argentina.

I.	Comparación entre la regulación del derecho chileno y algunos ordenamientos extranjeros.	42
II.	Facultades del progenitor no custodio	
1.	Derecho de comunicación.....	46
2.	Derecho de vigilancia.....	51
III.	Deberes del progenitor no custodio	
1.	Deber de participación o deber de velar por los hijos.....	53
2.	Otros deberes.	
2.1.	Deber de otorgar alimentos.....	56
2.2.	Deber de informar.....	58
2.3.	Deber de colaboración.....	59
2.4.	Deber de educación y corrección.....	59
2.5.	Deber de representación y administración de los bienes.....	61

Capítulo III: Críticas y propuestas de regulación de las facultades y deberes del progenitor no custodio en el derecho chileno.

I.	Crítica al régimen dual en materia de autoridad parental.....	64
II.	Crítica a la concepción del cuidado personal con residencia o cohabitación.....	66
III.	Crítica a la escasa regulación de las facultades y deberes del progenitor no custodio.....	73
IV.	Propuesta de regulación de las facultades del progenitor no custodio en el derecho chileno.	
	1. Derecho de comunicación.....	78
	2. Derecho de vigilancia.....	81
V.	Propuesta de regulación de los deberes del progenitor no custodio en el derecho chileno.....	82
	Conclusión.....	88
	Bibliografía.....	91

Resumen

Esta memoria tiene como objetivo estudiar las facultades y deberes de los progenitores, especialmente, del no custodio, en el marco del cuidado personal y de la autoridad parental. Para esto se realizará un análisis crítico de las instituciones señaladas y de los principios que lo fundan como el interés superior del niño, el derecho de niño a ser oído y el principio de corresponsabilidad parental.

La principal finalidad de este trabajo es conocer las facultades y deberes del progenitor no custodio, es decir, de aquél padre o madre que no posee el cuidado personal de su hijo o hija a raíz de la separación de la pareja. Con ese objetivo, se hará un estudio de la situación en el derecho comparado, específicamente, respecto de la legislación de Argentina y España en virtud de la similitud con nuestro ordenamiento jurídico y de sus avances en esta materia.

Finalmente, se analizará de forma crítica la legislación actual de nuestro país respecto de la autoridad parental y su separación de la patria potestad, del cuidado personal y de las facultades y deberes de los progenitores, junto con propuestas para la regulación de éstas en la ley chilena.

Introducción

Una de las organizaciones sociales más importantes para el ser humano es la familia, debido a sus implicancias sociales, económicas, reproductivas, morales, entre otras. La familia, en un sentido amplio, entendida como organización social, “es un microcosmos de relaciones de producción, reproducción y distribución, con su propia estructura de poder y fuertes componentes ideológicos y afectivos”¹, por lo cual podemos entenderla como aquella organización formada a través del parentesco y las relaciones afectivas entre personas. Una definición doctrinaria se refiere a ella como “un conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o bien como individuos vinculados por consanguinidad o afinidad, resultantes de las relaciones matrimoniales o paterno-filiales”² o también, “existe familia cuando entre determinados sujetos hay vínculos de parentesco”³.

Actualmente se entiende que la familia va más allá del matrimonio, es decir, prima el concepto amplio de familia al cual se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiterando “que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tiene vida en común por fuera del matrimonio”⁴, lo cual permite señalar que también son familias aquellas uniones afectivas no matrimoniales.

Debido a la importancia que tiene la familia para la sociedad es que ésta es tratada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16.3) y en la Declaración Americana (artículo 6), así como también en la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta última, siguiendo la línea trazada por las anteriores, señala en su artículo 17.1 que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. También, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce, en su preámbulo, a la familia “como grupo

¹ JELIN, Elizabeth. 2009. La familia en Argentina: Trayectorias históricas y realidades contemporáneas. En: La Familia en el Nuevo Derecho. Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 135p.

² TRONCOSO, Hernán. 2014. Derecho de Familia. 15° Edición. Santiago, Thomson Reuters. 6p.

³ MIZRAHI, Mauricio. 1998. Familia, matrimonio y divorcio. Buenos Aires. Astrea. 4p.

⁴ ESPEJO, Nicolás. 2016. El Derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental. En: Estudios de Derecho Familiar I. Santiago. Thomson Reuters. 199p.

fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”⁵. Nuestra legislación, en el artículo 1 de la Constitución Política de la República, señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

La familia puede verse afectada por distintas transformaciones que tienen consecuencias para todos sus integrantes. Estas pueden ser: separación de la pareja, divorcio, viudez, problemas económicos, enfermedad de alguno de los integrantes, cambios de domicilio, entre otras situaciones que alteran a la organización familiar. Dentro de éstas, es importante referirse a la separación de la pareja (divorcio, nulidad, separación de hecho respecto del matrimonio y término de la convivencia en caso de uniones informales) especialmente cuando existen hijos, ya que suelen ser los más afectados por los conflictos que se generan. Lo anterior se debe a que, frecuentemente, el progenitor cuidador del niño, niña o adolescente “consciente o inconscientemente, traslade su propio resentimiento contra el cónyuge creando o fomentando actitudes y sentimientos hostiles en los hijos”⁶, lo cual suele derivar en dificultades para mantener un régimen comunicacional entre padre o madre y el niño o, incluso, en un distanciamiento definitivo entre ambos.

Por esto, cuando se produce la separación se deben regular, para beneficio de los padres y del hijo, las pensiones de alimentos, la relación directa y regular o régimen comunicacional con el progenitor no custodio y el cuidado personal, teniendo presente para esto el principio del interés superior del niño, el principio de la corresponsabilidad parental y la autonomía progresiva del niño. Dentro de lo anterior, también es importante señalar el principio de igualdad entre los padres, es decir, “los padres en su condición de guías darán cumplimiento a su obligación de manera conjunta, ya que se habla de ambos padres, en igualdad de condiciones”⁷. Por lo tanto, la determinación del padre o madre cuidador del hijo no debe estar basado en el género sino que en quien posee las habilidades parentales suficientes para asumir

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶ LATHROP, Fabiola. 2011. Bases para una reforma de las relaciones filiales personales en Chile. Revista del Magister y Doctorado en Derecho (4): 95p.

⁷ NEGRONI, Gloria. 2014. Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical. Revista de Derecho de Familia 1(1): 115p.

el cuidado personal, sin perjuicio de que el progenitor no custodio tiene las mismas responsabilidades y facultades respecto del hijo.

La ley 20.680 del año 2013 modificó el cuidado personal (entre otras materias), derogando la atribución legal a la madre y estableciendo el cuidado personal compartido. Esta reforma tiene como principio rector a la corresponsabilidad parental el cual establece que ambos padres, estén separados o no, tienen las mismas responsabilidades respecto del hijo, entendiendo que ambos son fundamentales en el desarrollo del niño, tanto físico, psíquico y social.

La presente memoria se estructura en tres capítulos que tendrán como objetivo establecer algunas nociones respecto del cuidado personal y sus principios, estudiar el derecho comparado, junto con proponer las facultades y los deberes del progenitor no custodio que deberían estar presentes en la legislación nacional para cumplir con el objetivo de la corresponsabilidad.

El capítulo primero establecerá una noción de autoridad parental y sus implicancias. Además, se hará referencia al cuidado personal, las reglas de atribución de éste que determina la ley y, también, se referirá a los principios que informan el cuidado personal, haciendo especial referencia al principio de corresponsabilidad parental.

En el capítulo segundo se centra en el derecho comparado, estudiando a Argentina y España, respecto del cuidado personal y las facultades y deberes de los progenitores que ha establecido la legislación de cada país.

El tercer capítulo y último tratará el tema desde la perspectiva de la legislación nacional, realizando una crítica a la relación dual de patria potestad y autoridad parental, a la atribución del cuidado personal junto con proponer algunas soluciones para establecer estas facultades y deberes en nuestro Código Civil.

Capítulo I: Cuidado Personal

I. La autoridad parental.

La filiación es aquél “vínculo jurídico que existe entre dos personas, una de las cuales se ha designado jurídicamente como padre o madre de la otra”⁸. Este vínculo, como señala la profesora Veloso, es importante porque de él derivan derechos y deberes para los padres y los hijos, que serán fundamentales en el desarrollo de la vida de ambos.

Dentro de la filiación determinada (significa que el niño tenga filiación determinada de padre y/o madre) se encuadran sus efectos, que son: la autoridad parental, la patria potestad y los derechos hereditarios. Para este trabajo importa centrarse en la autoridad parental. La expresión autoridad parental “hace referencia a un poder-función (“autoridad”) esto es, un poder que se emplea para ejercer la función de padre y en beneficio del hijo y no de su titular”⁹. Así, también, lo explica la profesora Lathrop con un ejemplo, señalando que “el llamado derecho a mantener una relación directa y regular, ya no es privilegio del padre o madre que no vive en compañía de su hijo, sino que es también un derecho del propio hijo, porque el desarrollo de la autonomía progresiva exige que mantenga un régimen de comunicación con aquél”¹⁰.

La autoridad parental “tradicionalmente ha sido definida como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos”¹¹. También se le ha definido “como el conjunto de facultades y deberes, por una parte, y derechos y obligaciones, por otra, que se producen entre padres e hijo y

⁸VELOSO, Paulina. 2001. Sobre la determinación de la Filiación. En: La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 81p.

⁹ TAPIA, Mauricio. 2013. Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley 20.680). Revista Chilena de Derecho Privado (21): 478p.

¹⁰ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 109p.

¹¹ RAMOS PAZOS, René. 2010. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Jurídica. Santiago. 458p.

relativos a su personalidad”, es decir, se excluyen los asuntos patrimoniales, aunque dentro de la autoridad parental se encuentra el derecho de alimentos, que produce consecuencias patrimoniales¹².

La autoridad parental se compone por un conjunto de deberes de los hijos con sus padres y de derechos- deberes de los progenitores. Estos derechos y deberes de los progenitores son: el derecho a dirigir la educación de los hijos, la facultad de corregir a los hijos, el cuidado personal, el derecho- deber de alimentos y el derecho- deber a mantener una relación directa y regular con el niño¹³. De esta facultades y deberes el legislador excluye la patria potestad, ya que trata de forma separada los aspectos personales de los patrimoniales de la relación filial.

II. La autoridad parental en caso de separación de los progenitores: consecuencias jurídicas y psicológicas.

1.- Consecuencias jurídicas.

Con motivo de la separación de los progenitores se generan diversas consecuencias jurídicas que afectarán a la familia. Dentro de estas se debe determinar la forma en que los progenitores ejercerán sus deberes y derechos respecto de sus hijos, principalmente, quien ostentará el cuidado personal del niño o si este será compartido o unilateral.

La autoridad parental tiene como finalidad “procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo espiritual y material”. Los padres son responsables de llegar a dicho fin, pero es “también un derecho fundamental para los niños de ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena

¹² BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 468p.

¹³ SCHMIDT, Claudia. 2001. Relaciones filiales personales y patrimoniales. En: La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 264p.

autonomía”¹⁴. En este sentido el Título IX del Código Civil, llamado “De los derechos y obligaciones entre los padres e hijos”, contiene los derechos y deberes de progenitores e hijos, estableciendo en su artículo 222 el principio que rige a la autoridad parental, es decir, el interés superior del niño.

La autoridad parental se ejercerá de forma conjunta por los progenitores y se contraponen al cuidado personal exclusivo¹⁵, ya que este impide la participación activa de ambos padres en la crianza del hijo. Esto se relaciona con el cuidado personal, el que debe ser ejercido por ambos progenitores, según el artículo 224 del Código Civil y debe fundarse en el principio de corresponsabilidad. En caso de que los progenitores vivan separados, se deberá determinar si el cuidado personal del hijo corresponde a la madre, padre o ambos, tal como lo establece el artículo 225 del Código Civil.

A raíz del establecimiento del régimen de cuidado personal, se debe determinar la forma en que el progenitor no custodio ejercerá su derecho-deber de mantener una relación directa y regular con su hijo junto con los demás deberes y derechos, como el deber de alimentos, de crianza y educación, de vigilancia, de cooperación, a los cuáles se hará referencia más adelante.

2.- Consecuencias psicológicas.

El Derecho de Familia tiene una estrecha relación con la psicología, ya que “comparten un interés similar por la comprensión, predicción y categorización de los vínculos humanos y una inquietud común al reconocer su complejidad y variancia”¹⁶. Es necesario que el sistema jurídico de familia recoja conceptos de otras disciplinas que permitan solucionar los conflictos que se generan en la familia, ya que “la psiquiatría, la psicología, la medicina, la sociología, la antropología, la genética,

¹⁴ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El Sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica. Santiago. 132p.

¹⁵ BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 488p.

¹⁶ LÓPEZ, Norma. 2009. Derecho y Psicología: Una articulación pendiente en los procesos de familia. En: La Familia en el Nuevo Derecho. Tomo I. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. 121p.

etcétera, pueden acudir y auxiliar al aparato de la administración de justicia familiar, siendo en ocasiones sus intervenciones un instrumento más de comprensión y evaluación que coadyuva a la toma de decisiones judiciales acertadas”¹⁷.

El divorcio y la separación de las parejas, tanto matrimoniales como convivientes, además de todos los efectos jurídicos que produce, genera en los involucrados distintas reacciones físicas y psicológicas. En los adultos se produce un sentimiento de fracaso, de frustración por el proyecto en común que no funcionó, además de rabia y tristeza, junto con experimentar un sentimiento de abandono y de deslealtad en el caso de infidelidades, etc. Pero, son los niños quienes se ven más afectados, ya que junto con asumir la separación deben entender que uno de sus padres abandone el hogar común, lo que produce múltiples consecuencias físicas y psicológicas.

Los niños, niñas y adolescentes enfrentan distintas situaciones frente a la separación de sus padres, tales como: intentar la reconciliación de ellos, sentir miedo a ser abandonados por sus padres, sentir culpa por la separación creyendo que por “portarse mal” o “ser un mal niño” sus padres se separaron, entre otras muchas reacciones que los niños sienten según su edad y desarrollo. Respecto de los niños pequeños, menores de 8 años, se presentan dificultades para entender a los adultos, sentimientos de rechazo y miedo al abandono, tienen fantasías con la reconciliación de los padres, actitudes regresivas, agresividad, entre otras. Los niños mayores y preadolescentes tienen mayor capacidad para entender a los adultos, pero experimentan profundos sentimientos de rechazo, soledad, vergüenza, miedo, angustia, etcétera, además de que suelen tomar partido por uno de sus padres. En el caso de los adolescentes, estos tienen mayor discernimiento para entender la situación, pero son propensos a involucrarse en conflictos que pueden ser más graves como depresión, ausentismo escolar, uso problemático de drogas y alcohol, entre otros¹⁸.

¹⁷ Ibid. 123p.

¹⁸ RODRIGUEZ, María Paz. 2009. Padres de primera y segunda categoría: los puntos de encuentro familiar. En: La protección del menor en las rupturas de pareja. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid. 221-222pp.

En los casos en que, como consecuencia de la separación, el cuidado personal de los hijos corresponda a uno de los progenitores, aquél que no tiene la custodia pierde el contacto diario y directo con sus hijos, por lo que “para preservar el lazo afectivo con el hijo, el padre no custodio asume la labor funcionaria de mantener un contacto regular y directo tal como lo establece la ley, lo que implica conectarse con sus hijos en una postura subalterna, porque el ejecutivo a cargo de las visitas es el custodio”¹⁹. Esto impide que este progenitor pueda ser parte de las decisiones importantes que se deben tomar respecto del niño, además suele suceder que, debido a los conflictos entre los adultos, éste termine alejándose de su hijo.

Muchos de estos conflictos se generan por la incapacidad de los adultos de sobreponerse a los sentimientos que genera el divorcio o la separación. En relación con lo anterior, uno de los síndromes identificados es el Síndrome de Alienación Parental (SAP) que “se significa por estrategias de desapego afectivas, para desvincular la relación parento-filial, gestión impulsada por el progenitor custodio y ejecutada a través de la abducción emocional y mental del niño”²⁰, es decir, se produce una manipulación al niño por parte del progenitor custodio (se ha observado que suele ser la madre) en contra del otro progenitor.

Este síndrome fue descrito por el Dr. Richard Gardner en 1985. La psicóloga María Paz Rodríguez cita la definición del síndrome según su creador. Este corresponde a “un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas de guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del niño, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la vilificación del progenitor objetivo de esta campaña denigratoria”²¹.

¹⁹ STEFFEN, María. 2011. Papá y mamá, los quiero mil. Si papá y mamá se separan ¿Por qué no puedo estar con los dos? Editorial Forja, Santiago. 52p.

²⁰ Ibid. 69p.

²¹ RODRIGUEZ, María Paz. 2009. Padres de primera y segunda categoría: los puntos de encuentro familiar. En: La Protección del menor en las rupturas de pareja. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid. 223p.

Ahora bien, el Síndrome de Alienación Parental no ha sido reconocido por la Organización Mundial de la Salud como una patología ni tampoco por el “DSM IV, que es el instrumento técnico que define los trastornos psicológicos que deberán ser entendidos como tales en el ámbito clínico”²². Pese a esto, los jueces han observado este síndrome refiriéndose a él en sus sentencia permitiendo extraer una definición del mismo, así “conforme a lo señalado por los operadores del Derecho y lo concluido del análisis de las sentencias respectivas, se define como aquella manipulación que sufre el niño, niña o adolescente por uno de sus progenitores en orden a evitar el contacto que este niño, niña o adolescente pueda tener con el padre no cuidador”²³.

Esto produce consecuencias irreversibles en las relaciones de los hijos con los padres, especialmente con el progenitor objeto de la manipulación. Algunos de los síntomas que se presentan son: que el niño y el progenitor alienados desprestigien al otro progenitor, las razones para esto suelen ser absurdas y sin fundamentos; el niño señala que es su decisión no mantener una relación con su padre o madre además de expresar desprecio hacia éste y a su familia de origen, entre otros²⁴. Ejemplo de esto es el recurso de amparo que interpone la madre de un niño de cuatro años en contra del padre, para impedir la relación directa y regular, señalando que el niño no desea salir con su padre y que llora al verlo, a lo que la Corte de Apelaciones señala que “conforme a las máximas de la experiencia, es dable representarse que, el llanto del niño y su negativa a relacionarse con el padre, correspondan a un discurso atendible por qué, el niño, de solo 4 años, se ha visto triangulado o hecho parte en el conflicto existente entre sus progenitores, lo que indudablemente tiene sustento en la relación que estos han sostenido en el tiempo, con altos niveles de disfuncionalidad y la inexistencia de canales de comunicación fluidos”²⁵.

²² LATHROP, Fabiola. 2013. El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago. Editorial Abeledo Perrot. 148p.

²³ Ibid. 147p.

²⁴ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 386p.

²⁵ Jurisprudencia, causa 1755-2016, recurso de amparo, Corte de Apelaciones de Chillán. [en línea] <http://app.vlex.com/#CL/search/jurisdictions:CL/facultades+del+progenitor+no+custodio/CL/vid/651978317> [consulta: 18 enero 2017]

Este síndrome requiere que los jueces trabajen en forma conjunta con profesionales como psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales y otros, que sean capaces de asesorar al juez y también a la familia que está en conflicto, con el objetivo de encontrar una solución efectiva al problema, afectando lo menos posible al niño.

Respecto del SAP existen también opiniones contrarias a calificarlo como síndrome o como una enfermedad, considerando también que no ha sido reconocido por las organizaciones competentes como una patología psicológica. Incluso se ha señalado que podría ser peligrosa su utilización cuando existen casos de abuso sexual de uno de los padres a los hijos o en casos de violencia intrafamiliar, llegando a constituir una herramienta para el abusador, por ejemplo, solicitando a un tribunal el cambio de custodia acusando al otro progenitor de alienar al niño²⁶.

En conclusión, puede ser discutida la existencia de este síndrome como una patología, pero lo que no es discutible es la existencia de manipulación respecto de los padres o de uno de ellos a los hijos, de la existencia de situaciones conflictivas entre ellos, y lo perjudicial que puede ser para un niño. Por lo cual, frente al divorcio o la separación depende de “cómo los padres gestionen emocionalmente su ruptura, si mantienen o no una buena cooperación como padres y de qué forma ayudan (o dificultan) a sus hijos en el proceso, tanto en el momento de comunicar a los hijos su decisión como en todo el reajuste familiar posterior”²⁷.

²⁶ SAN SEGUNDO, Teresa. 2010. Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos. En: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL. Custodia compartida y protección de menores. Madrid. 160-167pp.

²⁷ BEYEBACH, Mark. 2010. La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: Aspectos emocionales y relacionales. En: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL. Custodia compartida y protección de menores. Madrid. 301p.

III. Noción de autoridad parental en el derecho chileno: régimen dual y cuidado personal como residencia o cohabitación.

1.- Autoridad parental en el derecho chileno y el derecho comparado.

La autoridad parental es “el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos”²⁸. De esta definición se desprende que el legislador excluye a la patria potestad de la autoridad parental y la trata de forma separada respecto de los demás efectos de la filiación.

La patria potestad “solo abarca la relación filial patrimonial”²⁹, lo que implica “el conjunto de deberes y derechos entre padres e hijos”³⁰, es decir, “para subvenir a estas obligaciones los padres tienen el derecho de goce sobre los bienes de los hijos y, conjuntamente, la administración y su representación”³¹. El Código Civil chileno define a la Patria Potestad en el artículo 243 de la siguiente forma: “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados”.

Se discute en doctrina el origen de esta separación entre autoridad paterna y patria potestad que se contrapone al derecho comparado. Según la profesora Gómez de la Torre, esta diferencia se debe a que “esta última era concebida por nuestro Código Civil como una institución exclusiva de la filiación legítima, debiéndose nombrar un guardador para que administre los bienes y represente al hijo natural o simplemente ilegítimo. Con la nueva ley (se refiere a la ley 19.585) se amplía a toda clase de hijos, independiente de que su filiación sea matrimonial o no matrimonial”³². También se plantea que la autoridad paterna enfocada en la crianza, educación y corrección de los hijos en el Código Civil original, correspondía a la madre y la responsabilidad patrimonial al padre, en ese sentido “sería dable llegar a pensar que

²⁸ RAMOS, René. 2010. Derecho de Familia. Tomo II. 7ªed. Editorial Jurídica. Santiago. 458p.

²⁹ SCHMIDT, Claudia. 2004. De las relaciones parentales conforme al nuevo estatuto filiativo. En: Instituciones de Derecho de Familia. Lexis Nexis. Santiago. 79p.

³⁰ RODRIGUEZ PINTO, María. 2011. El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho chileno de familia. Santiago. Abeledo Perrot. 12p.

³¹ Ibid.

³² GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El Sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica. Santiago. 169p.

el castigo, dirección o corrección que, en principio, debe ser impuesto por el padre, podía ser ejecutado por la madre, ya que la institución requería de aplicación cuando el padre no se encontrase presente por un breve tiempo. Pero, jamás la mujer podía administrar los bienes del hijo, ya que ésta (siempre mujer-con-hijos-casada y casada en sociedad conyugal) era incapaz de administrar, incluso, sus propios bienes, salvo la administración extraordinaria de la sociedad conyugal”³³.

En la época de dictación del Código Civil, la realidad social era muy distinta a la nuestra. En este sentido los principios del derecho de familia de esa época denotan una gran preponderancia del hombre o del marido como figura principal dentro del orden familiar como, por ejemplo: el matrimonio era religioso e indisoluble, la existencia de la potestad marital y la subordinación de la mujer al marido, la preponderancia del marido en la administración de los bienes, la patria potestad exclusiva del padre y con poderes absolutos, entre otros.³⁴

Por tanto, es posible determinar qué Bello quiso otorgar facultades a la madre respecto de la crianza de sus hijos pero que no podía hacerlo en los aspectos patrimoniales, ya que ella no era capaz siquiera de administrar sus propios bienes. Además “el Código Civil habría perdido coherencia; una administración de bienes de los hijos por parte de la madre, no se correspondía con la regulación que el Código hacía respecto de otras materias, en particular, la administración de la sociedad conyugal”³⁵.

Pese a los cambios sociales vividos en nuestro país y a las modificaciones legales realizadas al Código Civil aún permanece vigente esta relación dual entre patria potestad y autoridad parental, aunque la ley 20.680 eliminó la atribución legal al padre en caso de separación, radicándola en ambos progenitores. Así, cuando no hay acuerdo entre los padres respecto de la patria potestad “opera la regla supletoria legal que determina la atribución a ambos padres del ejercicio de la patria potestad, de acuerdo a lo prescrito, en el artículo 244 del Código Civil, antes de la modificación

³³ BARROS, Fernando. 2013. El cuidado personal, igualdad entre padres e interés superior del niño. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 34p.

³⁴ ALVAREZ, Andrea. 2006. Necesidad de un tratamiento único de la responsabilidad parental tanto en lo personal como en lo patrimonial: antinomias frente a la falta de unificación. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 26p.

³⁵ Ibid.

el ejercicio correspondía al padre”. Por tanto, si los padres viven separados “la patria potestad, sigue la suerte del acuerdo sobre cuidado personal (artículo 225 del Código Civil), por lo que será ejercida por el padre o madre que tenga el cuidado personal o por ambos si tienen la custodia compartida”³⁶.

Esto difiere de países como Argentina y España, quienes tratan a la autoridad paterna y a la patria potestad de forma conjunta, entendiendo que la responsabilidad parental implica tanto la parte personal como patrimonial. En España, por ejemplo, la doctrina ha entendido a la patria potestad como “el conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de la carga que les incumbe respecto a su sostenimiento y educación y que pesa sobre dichos padres; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo, entre los cuales, nuestro Código Civil señala los de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos”³⁷.

El Código Civil español se refiere a la patria potestad en el artículo 154, señalando que “se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”. Además, establece los deberes y facultades de los progenitores que esta genera, que son: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y representarlos y administrar sus bienes.

En España el ejercicio de la patria potestad “corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154 párrafo primero CC). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que estimen más conveniente, si bien, siempre ha de estar presidida

³⁶ LEPIN, Cristián.2013. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la ley 20.680. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado (3). 300p.

³⁷ RODRIGUEZ, María de las Victorias. 2014. La Responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio (Aportación de la sentencia del TS de 26 de octubre de 2012). Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (746): 2898p.

por el interés o beneficio del menor”³⁸ , salvo en casos excepcionales en que el juez determinará cuál de los progenitores la ejercerá.

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha señalado que la patria potestad “es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado”³⁹. Por tanto, considerando que los niños son sujetos de derechos, el principio de corresponsabilidad y el interés superior del niño, es que el nuevo Código Civil y Comercial argentino cambió el concepto de patria potestad a responsabilidad parental, el que es definido en el artículo 638 de la siguiente manera: “La responsabilidad parental es 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”, similar a lo que entienden los españoles por patria potestad.

La denominación patria potestad es considerada, en la doctrina argentina, como un remanente de la familia patriarcal, teniendo una connotación de poder sobre los hijos, así “comprobamos que la palabra “potestad”, según la Real Academia Española, es el dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre una cosa, y si bien admite que tal poder precedido de la acepción “patria”, se extiende a los hijos y aún más con arreglo a las leyes, no puede negarse el carácter derivado de este último significado de aquel “dominio o poder” sobre los objetos; lo cual conlleva, inevitablemente a una suerte de “cosificación” de uno de los extremos (el llamado tradicionalmente sujeto pasivo) de la relación paterno filial”⁴⁰.

Por tanto, ya no cabe la denominación patria potestad, transformándose ella en “responsabilidad parental porque se acabó la familia patriarcal y ya el padre no

³⁸ BERROCAL, Ana Isabel. 2014. El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (746): 3285p.

³⁹ NOTRICA, Federico y RODRÍGUEZ, Mariana. 2014. Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. En: Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires. 136p.

⁴⁰ MIZRAHI, Mauricio. 2016. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 238p.

tiene un “poder” sobre el hijo ni éste absoluta dependencia de aquél”⁴¹. La responsabilidad parental se rige por principios generales establecidos en el artículo 639 del Código Civil y Comercial, a saber: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

De la responsabilidad parental se desprenden las siguientes figuras, según el artículo 640: la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, el cuidado personal del hijo por los progenitores y la guarda otorgada por el juez a un tercero. Respecto de la titularidad, los progenitores ejercerán la responsabilidad parental en forma conjunta en caso de convivencia, pero, si ésta cesa, la ley presume que “los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro”, salvo que por voluntad de los progenitores o por decisión del juez se le atribuya a uno de ellos (artículo 641).

En los países a los cuales hemos hecho referencia, el cuidado personal de los hijos no es una institución separada de la patria potestad, sino que esta última incorpora a la primera. En España, por ejemplo, si un progenitor no posee la custodia del niño, esto no significa que pierda la patria potestad, salvo en casos calificados, por lo cual seguirá teniendo la responsabilidad que le corresponde respecto de su hijo, de igual forma en Argentina ambos progenitores poseen la responsabilidad parental, aunque solo uno de ellos tenga el cuidado personal del niño, aunque en ambos casos la ley prefiere el cuidado personal compartido.

2.- Cuidado Personal como residencia o cohabitación.

La doctrina ha definido el cuidado personal como “el derecho de los padres de tener a sus hijos ‘en su compañía’ y, doctrinariamente, se le denomina deber de

⁴¹ Ibid. 241p.

convivencia o unidad de domicilio”⁴². Este concepto ha sido criticado por qué se centra en la residencia del niño con los padres siendo que “la institución del cuidado personal debería comprender también todo aquello necesario para el desarrollo espiritual y material del hijo”⁴³. En este sentido, la profesora Marcela Acuña ha señalado que “el cuidado personal de los hijos consiste en el derecho-deber de los padres de criar, educar y tener a los hijos en su compañía a fin de guiarlos en su desarrollo y realización material y espiritual”⁴⁴. También se ha entendido al cuidado personal como aquél que “comprende los deberes y facultades que configuran lo cotidiano de la relación de filiación”⁴⁵.

La jurisprudencia ha intentado establecer una noción de cuidado personal, relacionándolo con la convivencia de los padres con los hijos, un ejemplo de esto es “la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29 de julio de 2008, Rol N°3469-2008, intenta dar contenido al derecho-función de cuidado personal, asentado que ‘Dicho concepto, alude a un deber genérico, comprensivo de todos aquellos que le corresponden a los padres respecto de sus hijos, responsabilidades que derivan precisamente de la filiación y que deben cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo de conformidad a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 222 Código Civil. Los derechos y deberes que comprende el cuidado personal, presuponen la convivencia habitual entre padres e hijos”⁴⁶.

En definitiva, el cuidado personal es un derecho-deber de los padres con sus hijos, independiente de si estos se encuentran conviviendo o no, que tiene por finalidad la crianza, educación y cuidado del niño, niña o adolescente con el objetivo de que este se desarrolle de manera sana, tanto física como psicológicamente.

⁴² SCHMIDT, Claudia. 2001. Relaciones filiales personales y patrimoniales. En: “La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia”. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 273p.

⁴³ BARROS, Fernando. 2013. El cuidado personal, igualdad entre padres e interés superior del niño. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 49p.

⁴⁴ ACUÑA, Marcela. 2011. Efectos Jurídicos del Divorcio. Santiago. Abeledo Perrot, Legal Publishing. 379p.

⁴⁵ BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 488p.

⁴⁶ LATHROP, Fabiola. 2013. El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago. Editorial Abeledo Perrot. 90p.

El Código Civil regula el cuidado personal a partir de su artículo 224 del Código Civil, el cual señala que “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos”. El artículo 225 indica que “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”, según las reglas que se indican a continuación.

IV. Reglas de atribución del Cuidado Personal

En primer lugar, se debe establecer si la filiación del hijo se encuentra determinada o no. En el caso de que la filiación no esté determinada, el cuidado personal será establecido por el juez. Si la filiación está determinada, hay que dilucidar si lo fue por uno de los progenitores o por ambos. En el caso del hijo cuya filiación fue determinada por uno de los progenitores, corresponderá a éste el cuidado personal del niño, pero de encontrarse determinada la filiación por ambos progenitores, el cuidado personal corresponderá a ambos según el artículo 224, cuando estos convivan. Si los progenitores se separan, el legislador establece en el Código Civil las reglas para la atribución del cuidado personal que puede ser: legal, judicial o convencional.

1.- Atribución Legal.

La ley 19.585 señalaba, en su artículo 225 que, en caso de separación de los padres, el cuidado personal del hijo se radicaba en la madre⁴⁷. Esta norma fue ampliamente discutida por la doctrina por considerarla inconstitucional, ya que era opuesta al principio de igualdad entre los padres, al interés superior del niño por atribuir el cuidado personal del hijo automáticamente a la madre sin ponderar las

⁴⁷ Artículo 225 inciso 1 Código Civil (antes de la ley 20.680) “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.

habilidades parentales de ésta ni las del padre; al derecho a ser oído del niño, además de discriminar a los padres en virtud del género, así “fundada en una supuesta ‘aptitud natural’ de la mujer para cuidar a los hijos, esta regla materializaba una concepción prejuiciada y estereotipada de ésta”⁴⁸.

Con la Ley 20.680 se eliminó la atribución legal a la madre, siendo substituida de la siguiente forma “A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo” (artículo 225 inciso 3). Esta atribución legal tiene el carácter de supletoria, mientras no se establezca la residencia definitiva del niño, es decir, “mientras no haya acuerdo o una sentencia judicial que así lo señale es en ese lugar donde los hijos deben permanecer al cuidado del padre o madre que resida en ellos”⁴⁹.

Esta atribución presenta beneficios, ya que “permite una continuidad en la vida del menor, en aquellos casos en que los padres estén separados y uno de ellos se hace cargo de los hijos y el otro desaparece o se desentiende de sus responsabilidades; o en aquellos casos en que ambos padres se encuentran presentes en la vida de su hijo, pero no han firmado un acuerdo”⁵⁰. Coincide con esto la profesora Etcheberry señalando que “estamos frente a una situación objetiva, esta es, el lugar de residencia de los hijos, independiente de con quien vive en esa residencia”⁵¹, lo cual contribuye a evitar cambios en la vida del hijo que impliquen desestabilizar su rutina diaria. La única forma de cambiar esta atribución legal supletoria del cuidado personal es a través de una sentencia judicial.

2.- Atribución Convencional

⁴⁸ TAPIA, Mauricio. 2013. Comentarios Críticos a la Reforma del Cuidado Personal de los hijos (Ley 20.680). Revista Chilena de Derecho Privado. 485p.

⁴⁹ ETCHEBERRY, Leonor. 2014. Análisis Crítico de la Ley N°20.680. En: Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho, Valdivia, 2013. Universidad Austral de Chile. Thomson Reuters. 68p.

⁵⁰ LEPIN, Cristián. 2013. Reforma a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la ley 20.680. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado (3): 291p.

⁵¹ ETCHEBERRY, Leonor. 2014. Análisis Crítico de la Ley N°20.680. En: Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho, Valdivia, 2013. Universidad Austral de Chile. Thomson Reuters. 68p.

2.1.- Atribución Convencional según el artículo 225 del Código Civil.

El Código Civil en su artículo 225 inciso 1 establece “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá 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 y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades”.

Este artículo establece que los padres en virtud de su autonomía de la voluntad podrán acordar el cuidado personal del hijo en común, estableciendo si este será unilateral (madre o padre) o compartido. El cuidado personal compartido también fue definido por el legislador en este artículo, en su inciso 2, señalando que “El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”.

Esta atribución convencional del cuidado personal permite que los padres establezcan el cuidado personal compartido del hijo de mutuo acuerdo, ya que el legislador no le otorgó esta facultad al juez, entendiéndose que solo se puede establecer esta modalidad cuando los padres han alcanzado un nivel de entendimiento óptimo entre ellos que les permita relacionarse en virtud del interés superior de su hijo y de la corresponsabilidad. Por tanto, el juez, bajo ninguna circunstancia, puede establecer el cuidado personal compartido.

Como se señaló anteriormente, en la cita al artículo 225, el acuerdo que realicen los padres debe necesariamente establecer la relación directa y regular

respecto del progenitor no custodio. Es importante que el legislador lo establezca ya que corresponde a un derecho del progenitor no custodio como también del hijo, así lo señala la Convención de los Derechos del Niño en el artículo 9.3: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que éste 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”.

Respecto de la relación directa y regular que se establece en este convenio entre los padres y en la cual no puede intervenir el juez, es posible vislumbrar dos posibles conflictos. Primero, no es posible determinar una sanción al incumplimiento, ya que este acuerdo no es aprobado por los Tribunales de Familia, solo se establece ante un Oficial de Registro Civil o un Notario. De lo anterior se desprende el segundo problema que se relaciona con la posibilidad de que se vulneren los derechos del niño o de alguno de los padres, o que no se contemple en el acuerdo el régimen de relación directa y regular ¿son competentes estos funcionarios para revisar la legalidad del acuerdo o sus funciones se limitan a aprobarlo? La profesora Etcheberry se ha referido a esta problemática señalando que los ministros de fe no están capacitados para revisar los acuerdos y solo están mandatados por la ley a inscribirlos, además indica que este problema “deberá resolverse en la práctica y ver en definitiva cual es la solución que se le da en el Registro Civil”⁵².

En el caso del cuidado personal compartido y la relación directa y regular, podría entenderse que no es necesario establecer un régimen cuando los padres tienen una relación fluida y cercana con el hijo, tal como lo señala parte de la doctrina: “me parece que un sistema de tuición compartida no exige que se establezca formalmente un régimen de relación directa y regular. Los padres comparten los cuidados y tiene contacto directo con los hijos de modos regular”⁵³.

Pero, aunque parezca lógico y, pese a que exista un acuerdo de cuidado personal compartido entre los progenitores, de todas formas, deben convenir sobre

⁵² ETCHEBERRY, Leonor. 2014. Análisis Crítico de la Ley N°20.680. En: Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho, Valdivia, 2013. Universidad Austral de Chile. Thomson Reuters. 67p.

⁵³ RODRIGUEZ, María. 2014. Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación directa y regular y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. En: Revista de Derecho de Familia (1): 96p.

un régimen comunicacional respecto de los periodos de tiempo en que el niño se encuentre con el otro progenitor. En el caso de no establecerlo se vulneran los derechos del niño y del progenitor establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y en el Código Civil, además, la custodia compartida “no comporta una igualdad cuantitativa de los lapsos de convivencia, sino que pone fin a la situación en virtud de la cual uno de los padres permanece involucrado en la vida del hijo y el otro totalmente ajeno”⁵⁴.

Esta convención entre los progenitores solo podrá ser revisada por el juez en caso de que uno de ellos demande ante el tribunal competente, el cuidado personal unilateral o la relación directa y regular.

2.2.- Atribución convencional según la Ley de Matrimonio Civil.

El legislador establece otro caso de atribución convencional del cuidado personal en la ley de matrimonio civil, específicamente, en su artículo 21. En este supuesto, los cónyuges, al separarse, podrán celebrar un acuerdo con el objetivo de “regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio”, según señala el artículo mencionado. El artículo 21 en su inciso 2 señala que, en el caso de que existan hijos, el acuerdo también regulará las pensiones de alimentos, el cuidado personal y la relación directa y regular que mantendrá con sus hijos, el progenitor no custodio.

El acuerdo que señala el artículo 21 de la ley de matrimonio civil “es exigido como requisito de procedencia de la acción de separación judicial o de divorcio cuando es solicitado por mutuo acuerdo entre los cónyuges”⁵⁵, siendo parte del contenido mínimo del acuerdo completo y suficiente, el cual debe ser acompañado en la demanda de divorcio o separación judicial a través de un escrito aparte de la demanda o dentro de la misma como un otrosí.

⁵⁴ LATHROP, Fabiola. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid, 2008. 536p.

⁵⁵ LEPIN, Cristián. 2014. Modificaciones a los efectos de la filiación: Una cuestión de principios. Revista de Derecho de Familia (1): 145p.

Respecto de este acuerdo existe un control judicial, como señala el profesor Lepín: “se entiende que es completo si regula todas las materias del artículo 21 de la NLMC, es decir, respecto de los cónyuges sus relaciones mutuas, las materias relacionadas con el régimen de bienes y los alimentos que se deban. Respecto a los hijos, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular”. El acuerdo es suficiente cuando “resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas entre los cónyuges cuya separación o divorcio se solicita (artículos 27 inciso 2 y 55 inciso 2 de la NLMC)”⁵⁶.

2.3.- Atribución convencional a través de la mediación.

La mediación es un trámite esencial establecido en la ley que crea los Tribunales de Familia (ley 19.968). El artículo 103 de dicha ley lo define de la siguiente forma: “Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

La ley 19.968 señala en su artículo 106 inciso 1 cuáles son las materias que requieren mediación obligatoria antes de interponer la demanda. Estas son: el derecho de alimentos, el cuidado personal y el derecho de los progenitores de mantener una relación directa y regular con sus hijos cuando vivan separados⁵⁷. El mediador será designado por las partes quienes se lo comunicarán al tribunal o por el juez de familia, este mediador citará a una sesión en la cual deben concurrir

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ **Artículo 106 ley 19968.- Mediación previa, voluntaria y prohibida.** Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.

personalmente y se les informará respecto de los objetivos, principios y valor jurídico de los acuerdos que se tomen en dicha sesión (artículos 107 y 108 de la ley 19.968). Si las partes llegan a acuerdo se levantará un acta de mediación la cual será firmada por los participantes y el mediador, siendo remitida por este al juez de familia para su aprobación. Una vez aprobada tendrá valor de sentencia ejecutoriada. En caso contrario, es decir, si no hay acuerdo o una de las partes no asiste a la cita, la mediación estará frustrada, lo que también constará en un acta, llamada acta de mediación frustrada, con la cual el demandante podrá iniciar el procedimiento judicial correspondiente.

3.- Atribución judicial.

El artículo 225 inciso 4 otorga la facultad al juez para intervenir en la atribución del cuidado personal. Este artículo señala que “en cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226”.

El legislador, al señalar que el juez podrá radicar el cuidado personal en el otro padre, se refiere a poner fin a la atribución legal a la que hice referencia anteriormente, o modificar el acuerdo al que llegaron las partes extrajudicialmente, al igual que en el caso del cuidado personal compartido. Esta es la única forma en que el juez puede revisar el acuerdo y determinar si no se vulneró algún derecho protegido por la ley. En definitiva, el juez “debe evaluar en iguales condiciones a ambos padres a fin de determinar cuál de los dos ofrece mejores condiciones y garantías de desarrollo de los hijos”⁵⁸ y, en concordancia con esto el artículo 225

⁵⁸ PEREZ, Carlos. 2014. La Excepción de Cosa Juzgada en los juicios de Cuidado Personal de los hijos. Revista de Derecho de Familia (1): 68p.

inciso 5 señala “en ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres”.

El proceso se inicia con la demanda de cuidado personal por uno de los padres y, el demandante tiene la carga de la prueba de “acreditar que él es mejor que el otro (padre), es decir, que puede otorgar comparativamente “mejores” condiciones”⁵⁹. Por tanto, el juez debe llegar a la convicción de quien es el padre o madre más apto para obtener el cuidado personal del hijo, en virtud del interés superior de niño y quién es capaz de ofrecer las mejores condiciones de vida al niño.

El legislador ha establecido en el artículo 225-2 los criterios que debe tener en consideración el juez para otorgar el cuidado personal del niño a algunos de los padres. Estos criterios deben ser considerados en conjunto por el juez. Son los siguientes: a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar; b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo; d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el 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.

Estos criterios deben estar presentes en las sentencias y el juez debe referirse a todos ellos, ya que no son excluyentes. Pero, el fundamento principal de la sentencia que otorga el cuidado personal a uno de los progenitores es el principio del interés superior del niño, contenido en el artículo 222 del Código Civil.

⁵⁹ Ibid. 71p.

La jurisprudencia ha señalado que los factores del artículo 225-2 “son de obligatoria consideración por el juez de familia y que luego de analizarlos uno a uno debe escrutarlos”. Esto también conlleva que el juez realice dos labores “primero observa, percibe, el medio de prueba que se rinde y luego extrae sus conclusiones. En este caso, primero considera el criterio o circunstancia de que se trate y luego pondera, determina el peso que cabe atribuirle al criterio o circunstancia que se ha considerado en la decisión que se debe adoptar”⁶⁰.

En la sentencia el juez debe establecer también, un régimen comunicacional con el padre o madre que no tiene el cuidado del hijo, ya que este es un derecho deber del progenitor y un derecho del niño, así lo señala el artículo 225 inciso 6: “Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá 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, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229”.

El Código Civil señala en artículo 226 que, en caso de inhabilidad física o moral de los padres, el cuidado personal del niño podrá ser otorgado a otra persona, como abuelos, tíos o el conviviente civil de la madre o del padre.

V. Principios que deben informar el cuidado personal: interés superior, derecho a ser oído y coparentalidad.

1.- Principio de interés superior del niño. Este principio se encuentra consagrado en nuestra legislación en el artículo 222 del Código Civil: “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

⁶⁰ Jurisprudencia, causa 2215-2016, recurso de apelación, Corte de Apelaciones de Santiago. [En línea] <http://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/facultades+del+progenitor+no+custodio/p2/CL/vid/655095821> [consulta: 18 enero 2017]

evolución de sus facultades”. Es definido por la doctrina de la siguiente manera: “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”⁶¹, lo cual implica que “busca la satisfacción integral de los derechos y necesidades de los niños, niñas y adolescentes, recurriendo, especialmente, a lo señalado por la convención sobre los derechos del niño a este respecto, para comprender el alcance del principio y su contenido”⁶².

La Convención de los Derechos del Niño se ha referido a este principio en su artículo 3 señalando que, en todas las medidas que se tomen respecto de los niños, se tendrá en consideración el interés superior del niño comprometiéndose los Estados a “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Cabe destacar que esta convención fue ratificada por Chile en 1990, siendo ley de la república en virtud del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República⁶³.

Así también el artículo 16 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, se refiere al interés superior del niño señalando que “esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”, a lo cual agrega en el inciso siguiente que los tribunales deben tener siempre en consideración este principio.

Considerando lo anterior, es posible señalar que el interés superior del niño corresponde al deber del Estado y de los padres de garantizar al niño la protección de sus derechos, el cuidado y desarrollo de sus capacidades, ya que este principio “supone poner el acento en que el menor se trata de un sujeto de derecho, una

⁶¹ CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre derechos del niño. [en línea] <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf> (consulta: 2 de junio 2017)

⁶² LATHROP, Fabiola. 2013. El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago. Editorial Abeledo Perrot. 50p.

⁶³ Artículo 5 inciso 2 CPR: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

persona digna de consideración y respeto; y que tiene un plexo de derechos propios, contemplados en la Convención sobre Derechos del Niño, que toda persona, incluido el juez, debe respetar y promover”⁶⁴, así también la profesora Acuña coincide con esto, señalando que “conforme al principio, el niño o menor es un sujeto de derechos; un titular autónomo de derechos distinto de sus padres, aun cuando su autonomía se encuentre en progreso y no esté plenamente desarrollada”⁶⁵.

La profesora Maricruz Gómez de la Torre le atribuye a este principio algunas funciones señalando que constituye “una garantía para el menor, debido a que toda decisión que concierna al niño debe considerar, fundamentalmente, sus derechos; es una norma orientadora que no sólo obliga a los legisladores y jueces, sino a todas las instituciones públicas y privadas, y es una norma de interpretación y de resolución de conflictos. Es por ello un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños”⁶⁶.

Este principio debe ser el fundamento para tomar cualquier determinación respecto del niño, es decir, “este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado”⁶⁷ y dentro de la atribución del cuidado personal cualquiera sea el régimen que se establezca, por los padres o por el juez, estos deben tener presente siempre el interés superior del niño entendiéndolo como el pleno goce de los derechos y garantías, ya que “este interés está unido al ejercicio de sus derechos fundamentales, los que deben ser respetados en las distintas etapas de desarrollo de la niñez”.⁶⁸

⁶⁴ VELOSO, Paulina. 2001. Principios fundamentales del Nuevo Estatuto de Filiación. En: La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Lexis Nexis. 52p.

⁶⁵ ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Madrid. Editorial Dykinson. 107p.

⁶⁶ GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El Sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica. Santiago. 42p.

⁶⁷ AGUILAR, Gonzalo. 2008. El Principio del Interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Estudios Constitucionales, año 6, n°1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. 230p.

⁶⁸ GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El Sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica. Santiago. 45p.

2.- Derecho del niño a ser oído. La Convención de los Derechos del Niño se refiere a este derecho en el artículo 12.1 de la siguiente forma: “Los Estados Partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. El mismo artículo, en el número 2, consagra el derecho del niño de ser oído en los procedimientos judiciales o administrativos que le afecten.

La legislación chilena, en concordancia con lo anterior señala, dentro de los criterios que debe seguir el juez para otorgar el cuidado personal del niño a uno de los progenitores, que el niño debe expresar su opinión (artículo 225-2, letra f). También considera este derecho dentro del establecimiento de un régimen de relación directa y regular, señalando que el juez debe tener en consideración el derecho del niño a ser oído (artículo 229 inciso 3). La ley 19.968, también se refiere a este derecho en el artículo 16: “el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre en consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

La importancia de este derecho radica en que el niño como sujeto de derecho, tiene la capacidad de reflexionar y formarse una opinión propia respecto de los acontecimientos de su vida, por supuesto, acorde a su edad y desarrollo. Por tanto, su opinión es tan importante como la de un adulto, ya que el niño es perfectamente capaz de indicar cuáles son sus gustos, anhelos, miedos y sensaciones, así “los niños son capaces de percibir lo que los adultos no perciben, tiene la desventaja de experimentar situaciones traumáticas con mucha más facilidad que sus propios padres, por lo mismo tiene el derecho inalienable a ser escuchados cuando está en juego la subsistencia de su vida familiar”⁶⁹.

En el derecho comparado, por ejemplo, en el caso argentino, la ley lo contempla como uno de los principios de la responsabilidad parental (art.639 Código Civil y comercial) y también el artículo 646 lo señala como uno de los deberes de los

⁶⁹ LATHROP, Fabiola. 2004. El Derecho del Niño a ser Oído. En: SCHMIDT, Claudia y MARTINIC, María Dora, “et al”. Instituciones de Derecho de Familia. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 146p.

progenitores. La ley 26.061⁷⁰ contempla el derecho a ser oído en su artículo 24, señalando que los niños tienen derecho a participar y opinar libremente sobre los asuntos que les conciernen y que sean de su interés, además de que sus opiniones sean consideradas, conforme a su madurez y desarrollo.

El niño, niña o adolescente debe ser oído dentro de todas las esferas de su vida, no solo por un tribunal, por esto es importante que este derecho se consagre procesalmente para que los jueces y los propios padres sepan que el niño tiene derecho a decir lo que piensa, de acuerdo a su edad y a su autonomía progresiva, entendiendo a ésta como “la capacidad y facultad de niños para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente al derecho-deber de los padres o adultos responsables de dirección y orientación para el ejercicio de dichos derechos”⁷¹.

Será escuchado por el funcionario competente sea el consejero técnico del tribunal de familia o el propio juez de familia, pero esto no implica que el juez este obligado a fallar según la voluntad del niño, es decir, “las expresiones que emita durante el proceso en que sea escuchado, no son una especie de orden para el juez. La actitud correcta del juez ante el cual se presenta el niño es desentrañar la verdadera voluntad, interés y conveniencia del niño. Lo que le juez oiga de él será un elemento fundante de su decisión, pero no su decisión misma”⁷².

En conclusión, el derecho del niño a ser oído se vincula y depende del principio del interés superior del niño, al que la jurisprudencia ha entendido como “la satisfacción integral de sus derechos, pues no es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle al niño la oportunidad de ser oído”⁷³, siendo este un mandato legal al juez de familia, lo que “significa considerarlos como sujetos de derechos humanos y civiles, con algunas prevenciones especiales referidas al ejercicio de sus derechos,

⁷⁰ ARGENTINA. 2005. Ley 26.061: De protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, octubre 2005.

⁷¹ VARGAS, Macarena y CORREA, Paula. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, (1), año 17. 182p.

⁷² LATHROP, Fabiola. 2004. El Derecho del Niño a ser oído. En: SCHMIDT, Claudia y MARTINIC, María Dora, “et al”. *Instituciones de Derecho de Familia*. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 167p.

⁷³ Jurisprudencia, causa 2215-2016, recurso de apelación, Corte de Apelaciones de Santiago. [en línea] <http://app.vlex.com/#CL/search/jurisdition:CL/facultades+del+progenitor+no+custodio/p2/CL/vid/65509582_1>[consulta: 18 enero 2017]

en función de su edad y madurez y de la salvaguarda de los derechos de sus padres y cuidadores”⁷⁴.

3.- Coparentalidad. Diferencia con el principio de corresponsabilidad.

El principio de coparentalidad se define como “un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse con sus dos progenitores, cuyo contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con ellos, a pesar de la separación de estos”⁷⁵. Por lo tanto, “el reconocimiento del derecho del hijo a la coparentalidad consiste en garantizar la continuación de las relaciones afectivas del menor con ambos progenitores no obstante la crisis familiar”⁷⁶.

La coparentalidad se relaciona con el derecho del hijo de mantener una relación con su progenitor, por lo tanto, se opone al cuidado personal unilateral y fundamenta al cuidado compartido, ya que esta “tiene por objeto preservar la cotidianeidad de dichas relaciones paterno-filiales de manera que se desarrollen contactos frecuentes con ambos padres”⁷⁷.

Este principio se desprende del artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual señala que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este 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”. También es importante el artículo 7.1 de la Convención, el cual se refiere a que el niño tiene derecho a ser cuidado por sus padres.

La coparentalidad es complementaria al principio de corresponsabilidad pero no son lo mismo, ya que la coparentalidad “se consagra entonces desde la óptima (sic) del hijo y como un derecho de él a relacionarse con sus padres y ser cuidado

⁷⁴ VARGAS, Macarena y CORREA, Paula. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, (1), año 17. 179p.

⁷⁵ ACUÑA, Marcela. 2013. El Principio de Corresponsabilidad Parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, (2): 39p.

⁷⁶ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 382p

⁷⁷ *Ibid.*

por ellos; el principio de corresponsabilidad parental (arts.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)”⁷⁸.

VI. Especial referencia al principio de corresponsabilidad parental.

El principio de corresponsabilidad parental fue incorporado a nuestro Código Civil en la ley 20.680 y constituye un cambio en la forma de entender y ejercer la paternidad o maternidad. El artículo 224 del Código Civil señala que el principio de corresponsabilidad es aquél en el “cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”. La definición del Código Civil da a entender que ambos progenitores, en igualdad de condiciones, son responsables del cuidado de sus hijos y, por lo mismo, es importante hacer una pequeña referencia al principio de igualdad.

En relación a la igualdad, “la ley establece derechos y deberes igualitarios en participación, en relación a los hijos, ya que lo que respecta a los derechos de los hijos estos son recíprocos. Los padres deben educar, mantener relación directa y regular, corregir y entregar alimentos de forma proporcional, es decir ambos deben manutención a los hijos, aunque socialmente se cree que es solo una obligación del padre”⁷⁹.

El principio de igualdad entre las personas se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos del Hombre y el ciudadano, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras. Nuestro ordenamiento interno consagra la igualdad en la Constitución Política de la República, artículo 1 “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

⁷⁸ ACUÑA, Marcela. 2013. El Principio de Corresponsabilidad Parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (2): 40p.

⁷⁹ MUÑOZ, Susana, FIGUEROA, Romanette y otros. 2011. La Mediación como instancia para la revalorización del rol paterno. Estudio Exploratorio-documental. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 2 (2): 158p.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), introducen la obligación a los Estados de adoptar medidas para eliminar las discriminaciones en virtud del género dentro del matrimonio y en la crianza de los hijos, con el objetivo de eliminar patrones socioculturales de discriminación⁸⁰.

Hablar de igualdad es importante porque una de las intenciones de la reforma fue eliminar la desigualdad que existía en el Código Civil, atribuyendo a la madre el cuidado de los hijos, basado en una supuesta idoneidad natural de ésta para la crianza en virtud de su género, lo cual contribuyó a perpetuar el modelo tradicional de familia en el cual la mujer se dedicaba al cuidado de los hijos y del hogar teniendo, el hombre el rol de proveedor. Además, esta desigualdad constituía una discriminación arbitraria en contra del hombre, anulando sus capacidades para ser padre.

Pero esta igualdad de los padres consagrada en la legislación debe ser mirada a través del interés superior del niño y, para esto es necesario tener presente a la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 3 consagra el principio del interés superior del niño y el deber de los Estados de asegurar al niño la debida protección y cuidado. El artículo 5 establece el deber del Estado de respetar “las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres”, así también el artículo 7 se refiere al derecho a la identidad del niño y a “conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”, a su vez el artículo 9 se refiere al derecho del niño a no ser separado de sus padres y a mantener un régimen comunicacional con el progenitor con quien no convive.

Es el artículo 18.1 de la Convención aquel que hace hincapié precisamente en la corresponsabilidad al señalar que “Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tiene 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

⁸⁰ CEDAW, artículos 5 y 16. Convención Belem de Pará, artículo 8.

crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”

Así vemos que en la legislación internacional e interna “se indican derechos y obligaciones comunes para ambos padres, la familia ampliada y la comunidad en beneficio del hijo y del niño sin distinción alguna, atendiendo a su interés superior, esto es, a su mejor interés, el que siempre aparece ligado a la necesaria corresponsabilidad”⁸¹, es decir, los padres son igualmente capaces de ejercer su paternidad y de criar a sus hijos velando por el pleno desarrollo del niño.

En suma, el principio de corresponsabilidad “consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”⁸². Esto mirado desde la perspectiva del interés superior del niño, significa que debe existir una colaboración entre los padres, lo cual no reviste complicaciones cuando la pareja permanece unida, pero se dificulta cuando se separan. Por lo tanto, la participación activa y equitativa de los padres en la vida del hijo debe ir más allá del régimen comunicacional.

La profesora Acuña se refiere a este principio, señalando que “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”⁸³. Para esto se requiere que ambos logren dejar atrás los conflictos que los llevaron a separarse y sean capaces de poner al niño en primer lugar, ya que el principio de corresponsabilidad se aplica si los padres viven juntos o separados, independiente del régimen de cuidado personal de los hijos que establezcan⁸⁴.

Para el ejercicio de este principio se requiere “comunicación permanente entre los padres, distribución de los tiempos de cada uno de los padres con los hijos,

⁸¹ NEGRONI, Gloria. 2014. Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical. Revista de Derecho de Familia 1 (1). 111p.

⁸² LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 348p.

⁸³ ACUÑA, Marcela. 2013. El Principio de Corresponsabilidad Parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (2). 29p.

⁸⁴ Ibid. 30p.

distribución de los gastos en la medida de sus posibilidades económicas”⁸⁵, por lo cual el progenitor que no tiene el cuidado personal del hijo tiene el mismo derecho que aquel que vive con él de participar en todas las decisiones importantes que deban tomarse respecto del niño. Esto es importante porque serán ambos padres quienes formarán la identidad del niño, su pensamiento, su conducta y que todas las decisiones que tomen respecto de él lo afectarán o beneficiarán en su vida adulta.

Por eso la corresponsabilidad parental tiene una importancia más allá de lo que señala la ley, ya que implica un cambio de paradigma social respecto de la exclusividad del ejercicio de la maternidad, entendiendo que ser padres implica responsabilidades para ambos progenitores. En relación con esto la profesora Acuña cita a la jueza Gloria Negroni quien señala 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 fundamento”⁸⁶.

Pero al ser un principio, no existe una acción que se pueda ejercer para hacerlo efectivo, es decir, “sólo es una declaración de principios, pues no se establece una acción para demandarlo, ‘el padre no custodio no tiene acción para oponerse a los actos o decisiones del padre custodio’”⁸⁷. Por tanto, el juez debe incorporarlo dentro de sus resoluciones “primero decidiendo el cuidado personal en apego al interés superior de ese niño y una vez hecho esto reforzarlo a través de la relación directa y regular respecto del padre no custodio”⁸⁸.

En razón a lo anterior, el artículo 224 del Código Civil establece el principio, pero son las partes quienes deben invocarlo en las demandas de cuidado personal o de relación directa y regular, es decir, ejercer su derecho a ser parte de la vida de su hijo. El juez no puede establecerlo de oficio, “además sería imposible que el juez

⁸⁵ NEGRONI, Gloria. 2014. Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical. Revista de Derecho de Familia 1 (1). 116p

⁸⁶ ACUÑA, Marcela. 2013. El Principio de Corresponsabilidad Parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (2). 35p.

⁸⁷ GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2014. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.680. Revista de Derecho de Familia. 43p.

⁸⁸ ETCHEBERRY, Leonor. 2014. Análisis Crítico de la Ley N°20.680. En: Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho, Valdivia, 2013. Universidad Austral de Chile. Thomson Reuters. 64p

supiera algo respecto de la educación o de crianza, si las partes no lo hacen valer en juicio”⁸⁹, además de que el juez no puede obligar a un progenitor a querer a su hijo.

El principio de corresponsabilidad es importante vivan los padres juntos o no. Pero tiene relevancia al momento de la separación, ya que es en este momento donde se producen los mayores problemas para conciliar opiniones, aunque claro está que “el divorcio no puede implicar afectación del cumplimiento de las obligaciones, deberes y responsabilidades 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”⁹⁰.

La corresponsabilidad tiene una estrecha relación con el cuidado personal compartido, así el mismo artículo 225 inciso 2 al definirlo señala que “es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados”, pero “ambos conceptos no se identifican. La corresponsabilidad no exige cuidado compartido como único régimen posible de tuición durante la separación”⁹¹.

El cuidado personal compartido se establece a través de una convención entre las partes, quienes determinarán libremente la forma en que compartirán el cuidado personal de su hijo. Para esto debe existir contacto entre los progenitores, el que debe “limitarse a establecer las reglas comunes respecto de la educación y formación del hijo durante el desarrollo de la convivencia que cada uno de ellos corresponda”⁹². Por tanto, este principio debe orientar la actuación de los padres, pero siempre desde la perspectiva del interés superior del niño⁹³.

Al igual que los demás principios, el interés superior del niño es el sustento del principio de corresponsabilidad y, por esto, es deseable que los padres regulen el

⁸⁹ Ibid. 65p.

⁹⁰ ACUÑA, Marcela. 2013. El Principio de Corresponsabilidad Parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (2). 48p.

⁹¹ RODRIGUEZ, María. 2014. Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación directa y regular y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Revista de Derecho de Familia (1). 80p.

⁹² LATHROP, Fabiola. 2010. Custodia Compartida, acuerdo de los padres y establecimiento de oficio: un fallo en ausencia de ley (Corte de Apelaciones de Santiago). Revista de Derecho 23(2). 244p.

⁹³ ACUÑA, Marcela. 2013. El Principio de Corresponsabilidad Parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (2). 36p.

conflicto entre ellos, ya que “son los que mejor conocen sus capacidades y las necesidades del niño, pero este proceso sólo puede ser exitosos en la medida que los padres estén en un plano de igualdad de derechos y de deberes, so pena de perjudicar al niño”⁹⁴. Esto es importante, especialmente respecto de las decisiones que se deben tomar respecto de los hijos.

Cuando no existe acuerdo entre los padres respecto de las decisiones importantes que deben tomar respecto del niño, la doctrina ha señalado que “en este caso, lo aconsejable sería aplicar un criterio similar al del artículo 244 inciso 3° del Código Civil, en materia de patria potestad, estableciendo que ciertos actos, los más trascendentes como los relacionados con la educación, la salud, la religión o un cambio de residencia del menor requieren actuación conjunta o autorización judicial en caso de ausencia, impedimento o negativa injustificada”⁹⁵. Lo anterior no está señalado en la ley.

En conclusión, “en situaciones de vida separada de los progenitores, el padre no custodio debe seguir participando en forma activa de la función de crianza y educación de los hijos, pero considerando siempre el interés superior del niño”⁹⁶, es decir, en virtud del principio del interés superior el progenitor no custodio debe ejercer la corresponsabilidad parental en conjunto con el otro progenitor, ya que como se ha dicho reiteradamente, la responsabilidad respecto de los hijos es de ambos progenitores.

⁹⁴ BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 391p.

⁹⁵ LEPIN, Cristián. 2013. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la ley 20.680. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado (3). 295p.

⁹⁶ Jurisprudencia, causa 2215-2016, recurso de apelación, Corte de Apelaciones de Santiago. [en línea] <http://app.vlex.com/#CL/search/jurisdition:CL/facultades+del+progenitor+no+custodio/p2/CL/vid/65509582_1_>[consulta: 18 enero 2017]

Capítulo II: Límites al ejercicio del cuidado personal en España y Argentina.

En este capítulo se hará referencia a dos ordenamientos jurídicos que se encuentran relacionados con el nuestro, como son España y Argentina.

La referencia a España se basa en que su legislación es habitualmente seguida por el ordenamiento chileno y estudiado por la doctrina. Además, tienen un desarrollo mayor de estas materias, considerando que la reforma al Código Civil español fue realizada en el año 2005, donde se incorporaron principios que nosotros acabamos de establecer.

Respecto de Argentina, además de ser países vecinos, nuestra realidad social y ordenamiento jurídico son similares, partiendo de la base que tanto Chile como Argentina fueron colonias españolas, por lo cual existe una gran influencia europea en ambas naciones. Cabe destacar, también, que Argentina posee una legislación actualizada en materia de familia, ya que en el año 2015 se promulgó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. En este nuevo código se hicieron modificaciones importantes como eliminar a la patria potestad por considerarla anacrónica y establecer que los padres poseen una responsabilidad respecto de sus hijos, junto con incorporar las facultades y deberes de los progenitores, los principios que rigen la responsabilidad parental. Todo esto en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

I. Comparación entre la regulación del derecho chileno y algunos ordenamientos extranjeros.

El cuidado personal en Chile está establecido en el Código Civil en los artículos 224 y siguientes, ellos determinan los criterios de atribución y los principios que lo fundan. La doctrina ha definido el cuidado personal como “el derecho-deber de

los padres de criar, educar y tener a los hijos en su compañía a fin de guiarlos en su desarrollo y realización material y espiritual”⁹⁷.

En España, el Código Civil, en el artículo 92, se refiere a la custodia de los hijos, señalando que la separación, divorcio o nulidad de los padres no exime a estos de sus obligaciones respecto de los hijos, y en el numeral 2, se refiere al cuidado y custodia de los hijos, indicando el deber del juez de oír al niño. Doctrinariamente se ha señalado que “la guarda y custodia se identifica con el cuidado y atención diario que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor”⁹⁸ y, aunque es parte de la patria potestad no son lo mismo. También se ha definido que la guarda y custodia “supone tener la convivencia y contacto continuado con el menor, asumir su cuidado directo”⁹⁹.

El juez, en España, “deberá otorgar la guarda y custodia a aquel que ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias familiares, económicas, culturales y ambientales”¹⁰⁰, a lo que la ley otorga las alternativas de que el ejercicio de la patria potestad sea atribuida a “uno de ellos (o quizá, en situación excepcional, incluso a un tercero como por ejemplo, a los abuelos), de manera individual o exclusiva; o si, por el contrario, se procede a la llamada guarda y custodia compartida”¹⁰¹

A diferencia de lo anterior, el Código Civil Argentino habla de cuidado personal tal como la legislación chilena y lo define en el artículo 648: “Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo” pudiendo ser ejercido por un progenitor o por ambos (artículo 649). El cuidado personal en Argentina puede ser unipersonal o compartido, pero el juez siempre deberá propender a establecer el cuidado personal compartido.

⁹⁷ ACUÑA, Marcela. 2011. Efectos Jurídicos del Divorcio. Santiago. Abeledo Perrot, Legal Publishing. 379p.

⁹⁸ SAN SEGUNDO, Teresa. 2010. Maltrato y separación: repercusiones en los hijos. En: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL. Custodia compartida y protección de menores. Madrid. 138p.

⁹⁹ DE LA OLIVA, Antonio. 2009. Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: problemas y alternativas. En: La Protección del Menor en las rupturas de pareja. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid. 252p.

¹⁰⁰ BERROCAL, Ana Isabel. 2014. El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (746). 3287p.

¹⁰¹ *Ibid.* 3286p.

El cuidado personal compartido admite clasificaciones pudiendo ser alternado o indistinto, según lo establece el artículo 650 del Código Civil y Comercial. En el caso del cuidado personal alternado el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores. En cambio, en el indistinto “el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

Por tanto, la legislación argentina establece que, para tomar una decisión respecto del cuidado personal de los hijos “debe analizarse y basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o niña, no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, religión, preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición”¹⁰², es decir, cada familia debe optar a lo que sea mejor según su dinámica familiar.

Así, considerando lo anterior vemos que, aunque la denominación no sea la misma, en los dos países a los que he hecho referencia los objetivos son los mismos, es decir, la igualdad entre los progenitores, el interés superior del niño y el principio de corresponsabilidad. También coinciden estos países en la regulación del cuidado personal compartido o custodia compartida, ya que se busca que los progenitores, pese a la ruptura patrimonial, mantengan el conjunto de responsabilidades que poseen respecto de sus hijos, siendo el cuidado personal unilateral una excepción.

La custodia compartida tiene ventajas respecto del cuidado unilateral, que son “la continuidad del vínculo con ambos progenitores evitando el sentimiento de pérdida propio del cuidado unipersonal, ambos progenitores al participar de la vida cotidiana de los hijos, pueden divisar y atender las necesidades diarias de éstos, permite que cada uno de los progenitores se proyecte social y laboralmente, compartir el ejercicio y el cuidado de los hijos, evita la exteriorización de juicios de reproche de uno de ellos por el activar del otro no hay padres periféricos ni conflicto de lealtades”¹⁰³.

Siendo la patria potestad o custodia una institución que trae consigo beneficios para los hijos, también conlleva deberes para los padres. Dentro de estos deberes se

¹⁰² VIDO, Martina. 2014. El cuidado personal compartido en Argentina. Afianzando la idea de coparentalidad participativa y responsable. Revista de Derecho de Familia 1. Thomson Reuters. 207p.

¹⁰³ Ibid. 202p.

encuentran “el de velar por ellos y tenerlos en su compañía, procurándoles una formación integral. Deberes a su vez, están en relación con aquellos otros, referidos a la obligación de educarlos y mantenerlos, estando obligados a su ejercicio, ambos progenitores, independientemente de que vivan o estén separados”¹⁰⁴.

La custodia o cuidado personal no implica solo “la cohabitación con el menor, sino el conjunto de funciones de relieve personal, las que son desarrolladas íntegramente por ambos padres si ejercen la custodia compartida de sus hijos y que, en la hipótesis individual de su ejercicio, no son totalmente privativas de la persona a quien se ha atribuido la guarda y custodia, sino que, en parte, deben observarse también por el progenitor no custodio”. Estas funciones implican el derecho de tener a los hijos en compañía de los progenitores y el deber de otorgarles lo necesario para vivir (alimentos), educación, salud, etc.¹⁰⁵

Estos deberes implican que los progenitores deben tomar decisiones en conjunto, aunque se encuentren separados, por esto “las decisiones más importantes de los hijos menores, aquellas que afectan a la educación, religión, de ámbito sanitario, etc., en cuanto que cuestiones que afectan a la patria potestad, han de ser adoptadas por ambos progenitores”¹⁰⁶, para esto es necesario que el progenitor custodio informe al otro de los temas que afecten a los hijos.

Respecto del progenitor no custodio, en virtud del principio de corresponsabilidad, tienen los mismos derechos y deberes que el progenitor custodio, pero “la única facultad o derecho que el progenitor no custodio tiene limitada o restringida es la relativa a tener en su compañía a sus hijos, puesto que se reduce a los periodos establecidos en el régimen de visitas y periodos vacacionales”¹⁰⁷. Pero pese a no vivir con el hijo tiene derecho a involucrarse en

¹⁰⁴ PÉREZ, Ana María. 2009. Régimen de “visitas” del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos. En: La Protección del menor en las rupturas de pareja. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid. 344p.

¹⁰⁵ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 59p.

¹⁰⁶ DE LA OLIVA, Antonio. 2009. Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: problemas y alternativas. En: La Protección del menor en las rupturas de pareja. Thomson Reuters. Madrid. 250p.

¹⁰⁷ *Ibid.* 251p.

temas de salud, de educación, etc, salvo en los casos de decisiones cotidianas o de urgencia en las cuales es entendible que el progenitor custodio decida sin consultar.

En conclusión, el proceso de separación, requiere que los progenitores tomen diversas decisiones que afectarán al niño y, en el caso de determinar el cuidado personal del hijo es importante que estos tengan una participación activa en la crianza del hijo y, especialmente, “el padre no custodio debe seguir participando en forma activa de la función de crianza y educación de los hijos, pero considerando siempre el interés superior del niño”¹⁰⁸.

II. Facultades del progenitor no custodio.

1. Derecho de comunicación.

Al producirse la ruptura matrimonial o de la pareja, una de las principales consecuencias es que uno de los progenitores abandone el hogar común, por lo cual deja de convivir con sus hijos, lo que genera diversos efectos legales para la familia, como la determinación de la forma en que se ejercerá el cuidado personal de los hijos o el derecho de mantener una relación directa y regular del progenitor con sus hijos, entre otros deberes y derechos.

El artículo 92 del Código Civil español señala, en el número 1, que pese al divorcio o separación los padres, estos no se eximen de sus obligaciones respecto de sus hijos. Lo anterior se basa en la relación filial que existe entre progenitores e

¹⁰⁸ Jurisprudencia, causa 2215-2016, recurso de apelación, Corte de Apelaciones de Santiago. [en línea] <<http://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/facultades+del+progenitor+no+custodio/p2/CL/vid/655095821>> [consulta: 18 enero 2017]

hijos, ya que “la patria potestad depende de la relación de filiación y no ésta de aquella”¹⁰⁹.

Además, la Constitución española señala en su artículo 39 número 3 que “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 demás casos en que legalmente proceda”, ocupándose el constituyente de los derechos reconocidos a los niños en el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el caso argentino, la responsabilidad parental plantea que ambos progenitores tienen, respecto de sus hijos, derechos y deberes, los cuales “se orientan claramente en el nuevo paradigma que instaura la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el mismo Código Civil y Comercial de la Nación”¹¹⁰. La ley 26.061 del año 2005 sobre la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, contempla en su artículo 7 la responsabilidad familiar, es decir, “el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado desarrollo y educación integral de sus hijos”.

Pero estas facultades no son aisladas y el ejercicio de ellas trae consigo la realización de un deber. Así, el artículo 154 de Código español se refiere a las facultades y deberes de los padres que se derivan de la patria potestad. Estas son:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Dentro de lo señalado en el artículo 154 se encuentra la facultad de tener a los hijos en compañía de los padres. Esta se sustenta en la relación filial, no en la titularidad de la patria potestad, además de que “el deber de los progenitores no se limita al mantenimiento y educación de los hijos, sino que les es exigible también una

¹⁰⁹ ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Madrid. Editorial Dykinson. 29p.

¹¹⁰ MIZRAHI, Mauricio. 2016. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 335p.

contribución de afecto y de experiencia en el proceso de formación de la personalidad del menor”¹¹¹. En ese sentido, el artículo 90 del Código Civil se refiere al establecimiento de un régimen comunicacional del hijo con el progenitor no custodio dentro del acuerdo que realicen los padres al divorciarse.

El artículo 652 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, coincide con la legislación española y señala que aquel progenitor que no tenga el cuidado personal del hijo “tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo”. El artículo 555 del mismo código se refiere al derecho de comunicación, señalando que quienes tengan a su cuidado a personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas, o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos, entre otros.

El Código Civil español, en su artículo 160 se refiere al derecho de mantener un régimen comunicacional, señalando que “los hijos menores tienen a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad”, pero es el artículo 94 inciso 1 el que establece el derecho de los progenitores a mantener una relación directa y regular con sus hijos: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

El artículo 94 habla del derecho del progenitor a tener visitas, comunicación y tener a sus hijos en su compañía, siendo una definición amplia de lo que implica el derecho de relación con los hijos, manteniendo así un vínculo permanente entre padre e hijo que permita que no se produzca un distanciamiento entre ellos. Esta comunicación incluso puede realizarse a través de los medios de comunicación como teléfono y, también, utilizando nuevas plataformas como las redes sociales e internet. El objetivo de este derecho es que “la relación, trato y convivencia con los hijos es útil a la transmisión de afectos recíprocos: por ello, por medio del ejercicio de los

¹¹¹ ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Madrid. Editorial Dykinson. 36p.

regímenes de relación es posible potenciar los lazos afectivos y propiciar una mayor responsabilidad en el cuidado de los hijos”¹¹², así se evita el distanciamiento y se suple, de cierta forma, que el progenitor no cohabite con el hijo, ayudando a paliar los efectos del divorcio en el niño.

Con el objetivo de que los progenitores mantengan el contacto con sus hijos, estos deben reorganizar a la familia, pudiendo llegar a un acuerdo a través de un “convenio regulador que deben obligatoriamente presentar los cónyuges conforme al art.90 CC”¹¹³, el cual será sometido a aprobación judicial. Si no existe acuerdo o si la convención vulnera el interés superior del niño, el juez establecerá lo que en virtud del interés del niño y la ley sea más beneficioso para el niño (artículo 159).

Los progenitores argentinos tienen derecho a realizar un Plan de parentalidad que debe contener “lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor, responsabilidades que cada uno asume, régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas que puedan resultar significativas para ese grupo familiar y lo relativo al régimen de relación y comunicación con el hijo cuando este reside con el otro progenitor por haber optado por una modalidad de cuidado unipersonal”¹¹⁴, con el objetivo de organizar las relaciones entre los ellos y sus hijos y en cuya realización debe ser oído el niño.

Este plan de parentalidad puede ser modificado a medida que el hijo crece y va “atravesando diferentes etapas o cuando las necesidades del grupo familiar así lo requieran”¹¹⁵, en virtud de la autonomía progresiva del niño y la autonomía de la voluntad de progenitores e hijos, considerados estos últimos como sujetos de derecho abandonando, la legislación argentina, la cosificación del niño y dándole protagonismo en decisiones que le afecten.

Si no se establece este plan o no es homologado, el juez decidirá el régimen de cuidado personal que se optará promoviendo el cuidado personal compartido

¹¹² ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Madrid. Editorial Dykinson. 67p.

¹¹³ Ibid. 48p.

¹¹⁴ VIDO, Martina. 2014. El cuidado personal compartido en Argentina. Afianzando la idea de coparentalidad participativa y responsable. Revista de Derecho de Familia 1. Thomson Reuters. 204p.

¹¹⁵ Ibid.

indistinto y solo se otorgará el cuidado unipersonal cuando existan razones fundadas para hacerlo como conductas que pongan en peligro la integridad del niño, exceptuándose discriminaciones arbitrarias como la orientación sexual, la religión, preferencias políticas, entre otras.

El derecho del progenitor no custodio de mantener una relación con su hijo, es importante ya que “se trata de un instrumento esencial para el mantenimiento de una verdadera relación paterno-filial, lo más cercana posible a la que deriva de la convivencia”¹¹⁶, especialmente cuando la guarda y custodia de los hijos es atribuida exclusivamente a uno de los progenitores, tratando de suplir de esa manera la ausencia del progenitor que no convive con su hijo.

El régimen comunicacional tiene como objetivo además de mantener el trato entre progenitores e hijos, “desde el punto de vista psicológico interesa el sostenimiento de relaciones afectuosas y el cultivo de una sincera y recíproca comunicación; ya que ello es vital e imprescindible para un crecimiento armonioso de los hijos”¹¹⁷. Junto con los beneficios psicológicos, “el logro de un estrecho vínculo materno o paterno-filial hará que cada cual pueda saber de la vida del otro, con una comunicación recíproca de las experiencias y una transmisión dinámica de las alegrías y dificultades vividas en el quehacer diario”¹¹⁸.

En virtud de lo anterior, es decir, de los beneficios que tiene la mantención de una comunicación fluida es que, desde hace un tiempo, los tribunales argentinos “vienen sosteniendo que el objetivo es lograr que los encuentros entre padres e hijos sean los más amplios posible, de manera que es parte integrante de la comunicación que el niño pernocte varios días a la semana con el progenitor y pase con éste períodos de vacaciones”¹¹⁹, ya que se propende a “subsana la ausencia de la

¹¹⁶ ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Madrid. Editorial Dykinson.53p.

¹¹⁷ MIZRAHI, Mauricio. 2016. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 532p.

¹¹⁸ Ibid. 533p.

¹¹⁹ Ibid. 563p.

convivencia entre padres a través de vínculos sanos que tiendan a morigerar el impacto que ocasiona la desintegración familiar tras el quiebre de la unión”¹²⁰.

El cuidado personal de los hijos en Argentina, puede ser unilateral o compartido, pero el régimen comunicacional “no queda restringido a los casos de cuidado personal unilateral, sino que ha de regir también en los supuestos de cuidado compartido indistinto o alternado”¹²¹, entendiendo que, aunque exista un régimen compartido, en algún momento uno de los progenitores no tendrá a su hijo bajo su cuidado y es en ese caso cuando se debe establecer este derecho-deber de mantener una comunicación.

En el caso del cuidado personal compartido alternado, cuando el niño pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, el régimen comunicacional reviste características particulares, así “es que en tales supuestos el régimen de comunicación no estará establecido únicamente con relación a un solo progenitor sino respecto de ambos. Sucede que, en las hipótesis a las que nos estamos refiriendo, interesará a uno y otro padre tener claro cuáles serán los periodos concretos que el niño permanecerá con cada progenitor; y el contenido de ese acuerdo (o lo que se ordene en su defecto mediante una decisión judicial) será en verdad también el establecimiento de un régimen comunicacional”¹²².

La misma solución argentina se estableció en el caso español, por lo tanto “como regla general debe acordarse un sistema de comunicación a favor del padre o de la madre que no tenga consigo a los hijos durante el periodo de alternancia establecido”¹²³, ya que ambos progenitores tienen derecho a pasar un período de tiempo equitativo con su hijo y así ejercer el cuidado personal respecto del niño. En el caso del cuidado personal unilateral se regirá por “la clásica determinación de las

¹²⁰ Ibid. 532p.

¹²¹ Ibid. 519p.

¹²² MIZRAHI, Mauricio. 2016. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 534p.

¹²³ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 535p.

relaciones directas y regulares a través de visitas y/o estancias semanales o quincenales”¹²⁴.

El derecho de comunicación entre progenitores e hijos (as) permite mantener una relación fluida entre ambos que ayuda a mantener la estabilidad emocional del niño, evitando conflictos que se puedan producir producto de la separación de los padres. Para esto se requiere un compromiso de ellos con sus hijos, entendiendo que prima el interés superior del niño por sobre sus propios intereses.

2. Derecho de vigilancia.

Además del derecho de relación, el progenitor no custodio posee el derecho-deber de vigilancia y control que se vincula con el deber de velar por los hijos. En virtud de este derecho “el titular de la patria potestad puede fiscalizar el ejercicio que de la misma lleva a cabo el progenitor guardador y, cuando corresponda, en virtud de dicha titularidad, puede acudir al juez solicitando auxilio”¹²⁵. Este derecho no se encuentra determinado en la legislación española.

El derecho de vigilancia se relaciona con la educación y formación del hijo, junto con el derecho de progenitor no custodio “a ser informado por el progenitor custodio de cuantos temas afecten a la salud y a la educación de los hijos menores”. Así “en el ámbito de la educación, el progenitor no custodio tiene igualmente derecho a ser informado en el centro escolar cuantas cuestiones afecten a su hijo, incluso a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación de centro escolar”¹²⁶.

Este derecho se funda en la Constitución española, específicamente en el artículo 39.3 que se refiere a la protección a la familia y la infancia de la siguiente forma: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 218p.

¹²⁶ DE LA OLIVA, Antonio. 2009. Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: problemas y alternativas. En: La Protección del menor en las rupturas de pareja. Thomson Reuters. Madrid. 254p.

matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda”. Además, tiene una estrecha relación con el deber de velar por los hijos, regulado en los artículos 110,111 y 154 del Código Civil español¹²⁷.

El Código Civil argentino no contempla expresamente este derecho al igual que en el caso español. No obstante, se puede desprender del artículo 7 de la ley 26.061 inciso segundo que señala “el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”. Por tanto, al ser responsabilidades conjuntas el progenitor no custodio tiene el derecho de solicitar al otro el cumplimiento de estas, lo cual se encuentra muy relacionado con el deber de informar a otro padre y el de velar por los hijos.

Dentro del Código Civil argentino encontramos la definición de responsabilidad parental en su artículo 638¹²⁸ y, luego en el artículo 641 el legislador se refiere al ejercicio de esta, señalando que en caso de convivencia de los progenitores o si estos viven separados, se entiende que corresponde a ambos y “se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro”. Luego en el artículo 643 que se refiere a la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, y hace una referencia expresa a este derecho ya que indica que “los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo, en función de sus posibilidades”.

Este derecho de vigilancia lo ejerce el progenitor respecto del otro progenitor, es decir, ambos tienen derecho de supervisar las acciones del otro respecto del niño, con el objetivo de velar por el bienestar y el desarrollo de sus hijos o hijas. Además, tienen derecho a manifestar su desacuerdo o aprobación respecto de decisiones que se tomen en relación al niño, especialmente en aquellas trascendentales como el colegio al que asistirá, la religión, domicilio, etc.

¹²⁷ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 218p

¹²⁸ **Artículo 638 Código Civil y Comercial argentino:** La responsabilidad parental es 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.

III. Deberes del Progenitor No Custodio

1. Deber de participación o deber de velar por los hijos.

El deber del progenitor de velar por sus hijos “comprende velar por su salud, su formación y educación, su vida escolar y amigos, su protección y bienestar físico y moral, el respeto a sus derechos”¹²⁹. Este deber se “concibe como la medida y hasta la actitud que debe informar el cumplimiento de los restantes deberes”¹³⁰ señalados en el artículo 154 del código español. La profesora Lathrop señala que este deber se “tiene frente a los hijos en razón de la filiación jurídicamente determinada, es decir, por el solo hecho de la generación, y que existe incluso en los casos en que no se ejerce la patria potestad”. Por esto no es un deber genérico, ya que fundamenta la responsabilidad parental, en los casos en que no se ejerce la patria potestad¹³¹.

El artículo 110 del Código Civil español señala que “el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. Esto se relaciona con el artículo 154 n°1, es decir, con la facultad de los progenitores de velar por los hijos o “deber de amparo, entendido como el deber de prestar a los hijos la asistencia y protección que requieran, se cumpla o no en el marco de la patria potestad. Para velar por ellos deben mantener algún tipo de contacto y relación, aun cuando no se tenga al hijo en su compañía, por ello se cataloga al derecho de relación como un medio imprescindible para cumplir con la obligación de vela”¹³².

La nueva legislación argentina entiende que “la función formativa de los progenitores se tiene que desenvolver en el marco de una dialogo entre el adulto y el

¹²⁹ LINACERO, María. 2016. Tratado de Derecho de Familia. Tirant lo Blanch tratados. Valencia. 350p.

¹³⁰ CASTILLO, Carolina. 2010. La privación de la Patria Potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales. La Ley, 2° edición. Madrid. 174p.

¹³¹ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 62p

¹³² ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Madrid. Editorial Dykinson. 41p.

niño; de forma tal que la participación de éste pasa a ser un elemento esencial en la relación paterno o materno-filial¹³³. El Código Civil y comercial argentino no se refiere de forma expresa a este deber como si lo hace la legislación española, pero se desprende del artículo 646 letra a, que contiene los objetivos del deber de velar por los hijos (cuidar, convivir, alimentar y educar), especialmente en el caso del deber de cuidado, ya que este comprende a todos los demás deberes, “evidenciando que todo el régimen se encamina hacia su protección y amparo”¹³⁴.

El legislador argentino da importancia a la participación de los progenitores en los demás deberes que contiene en cuidado de los hijos, es decir, “el rol activo del progenitor en el proceso educativo y en el respeto a los derechos personalísimos del hijo es de fundamental relevancia, siendo directa consecuencia de la valoración del interés superior del niño”¹³⁵, incluso la ley señala que uno de los deberes de los progenitores es la participación en el proceso educativo (646 letra c).

Este deber se encuentra estrechamente ligado con el derecho de vigilancia y con el derecho- deber de información, ya que es deber del progenitor estar pendiente del desarrollo del niño y para eso necesita contar con la información del otro progenitor. Además, en virtud de este deber es que los padres, tanto el custodio como el no custodio, deben ser diligentes en el ejercicio de “funciones que comprende el cuidado personal de los hijos”¹³⁶ y los demás deberes que establece la ley, es decir, se apela a que los progenitores sean proactivos en la crianza de sus hijos.

¹³³ Ibid. 335p.

¹³⁴ CLUSELLAS, Eduardo. 2015. Código Civil y Comercial de la Nación 3. Comentado, anotado y concordado. Editorial Astrea, Buenos Aires. 40p.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 63p

2. Otros deberes.

En este punto es importante señalar que ambas legislaciones hacen referencia a los deberes de los progenitores. Así el Código Civil español señala en su artículo 154 que los progenitores ejercerán la patria potestad en conjunto y que, en relación a ello, sus facultades y deberes son:

1. ° Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. ° Representarlos y administrar sus bienes.

Asimismo, el artículo 646 del Código Civil argentino establece una enumeración respecto de los deberes de los progenitores, a saber:

- a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;
- b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;
- c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;
- d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;
- e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;
- f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

A continuación, se hará una descripción de aquellos deberes que revisten mayor trascendencia.

2.1.- Deber de otorgar alimentos

El deber de alimentos se funda en la relación filial y es una obligación para ambos progenitores por igual, independientemente de si éstos viven juntos o separados.

El artículo 142 del Código Civil español señala que los alimentos son “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica” incluyendo también “la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”. De igual forma, la legislación argentina, identifica a los alimentos en su artículo 659 como “la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio”.

En el caso español, lo establece el artículo 154 n°1 del Código Civil. Además, el artículo 93 del mismo cuerpo legal, se refiere a esto señalando que el juez “determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

Siguiendo a España, la ley argentina señala en el artículo 658 del Código Civil y Comercial que “ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos”. Por tanto, la obligación es de ambos, no solo del progenitor que no posee el cuidado del niño, lo que está resuelto por el artículo 660, que establece que las “tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención”.

En virtud de los anterior, en el caso de que los padres establezcan el cuidado personal compartido de los hijos y sus capacidades económicas son equivalentes, cada uno de ellos asumirá los alimentos que correspondan en los períodos de tiempo que el niño pasa con ellos, pero si no son equivalentes “aquel que cuenta con

mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares”, como lo establece el artículo 666.

Esta obligación, en el caso del progenitor no custodio, se materializa “en el pago de una pensión al otro progenitor en cuya compañía se encuentre el hijo”¹³⁷, y el legislador argentino especifica que, los alimentos que se deben se pagan como “prestaciones monetarias o en especie”, según las necesidades de hijo y las capacidades del progenitor (artículo 659), especifica el legislador argentino.

El legislador español, a diferencia del caso argentino, no estableció la edad mínima o máxima del hijo para que se le otorgue este derecho, solo lo hizo de forma genérica como vimos anteriormente. Así, la ley argentina señala que debe otorgarse al hijo hasta los veintiún años de edad (art.658 inciso 2), pero en caso de que éste se capacite o estudie una profesión u oficio que le impida mantenerse de forma independiente, el progenitor está obligado a otorgar los alimentos hasta los veinticinco años de edad (artículo 663). Esto tiene una gran similitud con lo establecido en la legislación chilena.

2.2.- Deber de informar.

El deber de informar se relaciona con el derecho-deber de vigilancia y control. Por lo cual, recae sobre el progenitor custodio y consiste en “mantener informado al otro padre o madre sobre las decisiones que incidan en la crianza-en sentido general- de los hijos comunes”¹³⁸.

El artículo 654 del Código Civil argentino establece el deber de informar. Este consiste en que “cada progenitor debe informar al otro, sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo”. Este deber “fortalece la comunicación continua entre los progenitores; y, desde luego, conduce a

¹³⁷ CASTILLO, Carolina. 2010. La privación de la Patria Potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales. La Ley, 2° edición. Madrid. 175p.

¹³⁸ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 223p.

un desarrollo más equilibrado del hijo común”¹³⁹, contribuyendo también a que el progenitor no custodio pueda conocer la situación del niño y tener un rol activo y participativo dentro de su crianza.

A diferencia de la legislación argentina, en el caso español el legislador no lo ha regulado, pero ha tenido desarrollo jurisprudencial. Por lo tanto, si el progenitor custodio no cumple con su deber de informar al progenitor no custodio, este último puede recurrir al juez, pero este “solo vela por su cumplimiento, sin pronunciarse directamente sobre el asunto que el padre o madre custodio ha mantenido al margen del conocimiento del otro progenitor”¹⁴⁰, salvo que los padres no lleguen a acuerdo y el asunto sea grave o urgente. Ahora bien, la mejor forma de mantenerse informado de la situación del hijo es manteniendo una comunicación fluida con este y con quienes se relacionen con él.

2.3.- Deber de colaboración.

Estrechamente ligado con el derecho-deber de vigilancia y control se encuentra el deber de colaboración, el que consiste en “una obligación de carácter extrapatrimonial atribuida al progenitor no guardador en virtud de la cual debe mantenerse dispuesto a cooperar en el desarrollo de ciertas y determinadas tareas que comprende la crianza del hijo en común”¹⁴¹, por ejemplo: llevar al niño al colegio o ir a buscarlo cuando el progenitor custodio no pueda, apoyar al progenitor custodio en caso de enfermedad con las rutinas de los niños, etc.

Además de los deberes del artículo 646, el Código Civil y Comercial argentino establece otros deberes. Así el artículo 653 que se titula “Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración”, señala en su último inciso que “el otro progenitor tiene el

¹³⁹ MIZRAHI, Mauricio. 2016. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 335p.

¹⁴⁰ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 224p.

¹⁴¹ ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Madrid. Editorial Dykinson. 228p.

derecho y el deber de colaboración con el conviviente”, refiriéndose a aquél que no posee el cuidado personal del hijo en común. Este deber de colaboración implica “desde los consejos y ayuda anímica, que el menor requiera, hasta su cuidado personal, en casos excepcionales en que la ayuda del padre no custodio sea requerida, tales como enfermedad o imposibilidad transitoria del cuidado del guardador o del hijo”¹⁴².

2.4.- Deber de educación y corrección.

Según artículo 154 del Código Civil español dentro de los deberes de los progenitores se encuentra la educación y formación del hijo, ligado con el deber de alimentos. Este deber consiste en “la obligación de los progenitores de conferir por sí mismos la educación de sus hijos y, por otra, en la posibilidad de elegir con plena libertad, el centro educativo y poder controlar la educación que en el mismo se imparta al menor”¹⁴³, es decir, ambos progenitores escogen la institución donde será educado el hijo, según el tipo de enseñanza que estos impartan y que les acomode a ellos.

Pero la educación de un niño no solo se encuadra dentro de la educación formal, sino que los padres y quienes se relacionen con él, también deben ejercer este deber, de la siguiente forma: “el comportamiento de las personas que le rodean a través de la imitación de modelos de conducta; las actividades cotidianas del niño o adolescente como sus hábitos alimenticios, de higiene, de ocio, etc.; y por último las reglas de comportamiento directas que los progenitores entregan”¹⁴⁴.

Son ambos progenitores quienes deben establecer el modelo educativo del hijo, pero, cuando los padres se separan, esto puede ser una tarea difícil. En este caso, cuando existe un régimen de cuidado unilateral, el modelo es establecido “en

¹⁴² BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 500p.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 79p.

primer lugar, por quien convive cotidianamente con el hijo, es decir, el guardador; y, en segundo lugar, por quien no ejerce la guarda y custodia, durante el desarrollo del régimen de comunicación y estancia”¹⁴⁵, de ahí la importancia de mantener dicho régimen entre progenitor e hijos.

La legislación argentina, al igual que la española, se refiere a este derecho en el artículo 646 del código civil considerando que “la intervención de los padres en la educación de sus hijos se inscribirá en el orden del deber y la responsabilidad, y su principal misión ha de ser velar por el desarrollo autónomo y equilibrado del niño”¹⁴⁶. La ley argentina n°26.061 contempla en su artículo 15 el derecho a la educación de los niños, señalando que la familia debe propender al desarrollo de todas las capacidades y del máximo de su personalidad, con el objetivo de que pueda gozar de una vida plena y digna.

Dentro de este deber educativo, los padres tienen el deber de corregir a sus hijos, ejerciendo “funciones de dirección, vigilancia y corrección del menor (v. gr., con el fin de que amplíe sus horas de estudio, cumpla ciertos horarios, observe ciertas reglas de urbanidad), siempre que se respete el interés superior del niño y no se atente a su dignidad, ni en general, a sus derechos fundamentales”¹⁴⁷. De la misma forma se entiende el deber de corrección en el caso argentino, es decir, “los padres-conforme al tenor del Código Civil y Comercial- tienen la función de corregir a sus hijos (enmendar lo errado); lo cual constituye un deber respecto del cual no pueden declinar”¹⁴⁸. Este deber tiene un límite legal específico que contempla el artículo 647 que establece la prohibición de malos tratos hacia el niño, es decir, los castigos corporales, malos tratos y cualquier hecho que lesiones o menoscabe física o psicológicamente a los niños o adolescentes, por tanto “esa función -la de corregir en su verdadero sentido, como lo hemos dicho que no es el de cercenar- constituye un

¹⁴⁵ Ibid. 80p.

¹⁴⁶ MIZRAHI, Mauricio. 2016. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 342p.

¹⁴⁷ LINACERO, María. 2016. Tratado de Derecho de Familia. Tirant lo Blanch tratados. Valencia. 356p.

¹⁴⁸ MIZRAHI, Mauricio. 2016. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 343p.

paso necesario dentro del humano ciclo de aprendizaje; más aún, es un derecho del hijo recibir la debida corrección de sus progenitores”¹⁴⁹.

La facultad de corrección de los progenitores se puede ejercer de diversos modos, es decir, “además del consejo, el dialogo y la reflexión en común, los padres deben advertir y amonestar a sus hijos con su conducta”¹⁵⁰, pero nunca debe conducir a castigos físicos o psicológicos que produzcan daños irreparables en la personalidad del niño.

2.5.- Deber de representación y administración de los bienes.

El artículo 154 del Código Civil español señala que es deber de los progenitores respecto de sus hijos “representarlos y administrar sus bienes”. En esta línea el artículo 162 del mismo cuerpo legal señala que “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”, a su vez el artículo 164 se refiere a la administración de los bienes de los hijos. Esta administración debe realizarle con la misma diligencia de que tendrían los progenitores con sus propios bienes y se encuentran sujetos a las mismas obligaciones de todo administrador, según reza dicho artículo.

Asimismo, la ley argentina contempla dentro del artículo 646 el deber de representación y administración de los bienes del hijo por los progenitores. Respecto del deber de representación, el artículo 677 señala que “los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados”, considerando que el hijo es legitimado activo para demandar derechos como el de alimentos. Dentro de este deber de representación también se encuentra la autorización que deben otorgar los progenitores a los menores de 16 años para que estos puedan ejercer un oficio, profesión o industria, según el artículo 681 del Código.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ BOSSET, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. 2016. Manual de Derecho de familia. Editorial Astrea. Buenos Aires. 387p.

En relación a la administración de los bienes, el artículo 685 del código argentino señala que esta será “ejercida en común por los progenitores cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental”, lo cual es independiente de si el cuidado personal es unipersonal o compartido. Los progenitores pueden ser removidos de la administración de los bienes del hijo cuando son privados de la responsabilidad parental (artículo 695 en relación con el artículo 700). En el caso de ser uno de los progenitores removidos de la administración, se hará cargo el otro, pero si son ambos, el juez deberá nombrar un tutor.

Capítulo III: Críticas y propuestas de regulación de las facultades y deberes del progenitor no custodio en el derecho chileno.

El tema del cuidado personal de los hijos es relevante considerando que, según cifras del Registro Civil, los divorcios el año 2016 llegaron a 48.608¹⁵¹ esto sin considerar a las innumerables parejas que se separan de hecho o que terminan una convivencia informal. A esto se puede agregar que los hogares monoparentales llegan al 33.6% y de estos el 87% son encabezados por mujeres¹⁵².

Ya conocemos las consecuencias psicológicas que genera el divorcio en los niños, pero los progenitores (especialmente los padres, ya que los niños suelen vivir con la madre) también se ven afectados, especialmente cuando su rol parental se ha visto disminuido a ser un visitante de su hijo, así “los padres (varones) presentan ciertas reacciones psicológicas negativas a consecuencia de las reducidas posibilidades de ejercicio de la propia función parental y que las madres evidencian una necesidad de ayuda frente al estrés de deber ser progenitor a tiempo completo”¹⁵³.

Se debe tener presente que el 73% de los niños nacidos durante el primer semestre del año 2016, nacieron fuera del matrimonio¹⁵⁴, esto lo establece el informe realizado por el Registro Civil, lo que muestra el cambio social que estamos viviendo donde el matrimonio es independiente de la crianza de un hijo o hija. Cabe agregar que dicho informe señala que el 85% de los niños son reconocidos por ambos

¹⁵¹ SEPÚLVEDA, Paulina. 2017. Divorcios alcanzan cifras más altas de los últimos seis años. [en línea] La Tercera en internet. 20 de marzo de 2017. <<http://www.latercera.com/noticia/divorcios-alcanzan-la-cifra-mas-alta-los-ultimos-seis-anos/>> [consulta: 20 de marzo de 2017]

¹⁵² SEPÚLVEDA, Paulina. 2015. Hogares de hijos que viven con sólo uno de los padres llegan al 33.6%. [en línea] La Tercera en internet. 13 de septiembre de 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/hogares-de-hijos-que-viven-con-solo-uno-de-los-padres-llegan-al-336/>> [consulta: 28 de marzo de 2017]

¹⁵³ LATHROP, Fabiola. 2011. Bases para una reforma de las relaciones filiales personales en Chile. Revista de Magister y Doctorado en Derecho (4). 95p.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ, Carlos. 2016. El 73% de los niños nació fuera del matrimonio, la cifra más alta de la historia. [en línea] La Tercera en internet. 21 de septiembre de 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/el-73-de-los-ninos-nacio-fuera-del-matrimonio-la-cifra-mas-alta-de-la-historia/>> [consulta: 28 de marzo de 2017]

progenitores y solo el 13%, por la madre¹⁵⁵, lo cual demuestra que, al menos, al inicio de la vida del niño, existe un interés de ambos progenitores de vivir la paternidad.

Considerando estas cifras, me parece que es trascendental tener siempre presente el cambio social que Chile está viviendo respecto de la familia y la organización de la misma, ya que podemos ver en los antecedentes señalados que la familia tradicional está en extinción, que cada vez son más los divorcios y los niños nacidos fuera del matrimonio y, por lo mismo, el legislador está llamado a reconocer esta realidad, así como también lo están los jueces, abogados y la sociedad en general.

I. Crítica al régimen dual en materia de autoridad parental.

Tal como se señaló en el capítulo I de la presente memoria, nuestro Código Civil presenta una falencia en relación al derecho comparado, ya que entiende a la autoridad parental como un efecto de la filiación separado de la patria potestad, dividiendo así lo personal de lo patrimonial. Esto no fue modificado por la ley 20.680, por lo tanto, se ha criticado por la doctrina que esta división implica “la carencia absoluta de una visión de conjunto, a través de la regulación de la denominada autoridad parental, concepto que en la experiencia comparada engloba este conjunto de derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos”¹⁵⁶.

En la legislación española, los deberes y derechos de los progenitores se enmarcan dentro de la patria potestad. Por lo tanto, esta no posee la connotación patrimonial del derecho chileno, sino que implica el ejercicio conjunto de los progenitores de las facultades y deberes que les otorga la ley respecto de sus hijos, en virtud del interés superior del niño.

El cambio mayor lo ha realizado la legislación argentina, ya que el nuevo Código Civil ni siquiera hace referencia a la patria potestad, eliminándola por completo del

¹⁵⁵ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. 2016. Primer boletín de información semestral 2016. [en línea]Santiago, Chile. < http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf> [consulta: 28 de marzo de 2017]

¹⁵⁶ TAPIA, Mauricio. 2013. Comentarios Críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley 20.680). Revista Chilena de Derecho Privado (21). 478p.

lenguaje jurídico. Una de las principales críticas doctrinarias a esta denominación era la referencia a la palabra poder, así “mientras la autoridad se conecta con el poder, la responsabilidad- palabra que aparece como la más adecuada- es inherente al deber. El poder que evoca la potestad romana, pone acento en la dependencia del niño, a la par que el deber, cumplido adecuadamente subraya el compromiso paterno y materno de orientar al hijo en el camino de la autonomía. El poder genera la probabilidad de asfixiar al niño en la célula parental desencadenando neurosis infantiles; el deber en cambio, se inclina a auxiliarlo para convertirlo en un ser pleno en sus fuerzas creativas”¹⁵⁷.

La doctrina argentina ha criticado también la denominación de autoridad parental (haciendo referencia al derecho francés), señalando que “si bien es indiscutible que la ley pueda atribuir ‘responsabilidad’ a los padres, no resulta tan convincente que le confiera ‘autoridad’”¹⁵⁸. En contraposición a lo dicho, la profesora Lathrop señala que la autoridad paterna “alude a una función ejercida por ambos padres en el propio interés del hijo y no en un poder o dominio sobre este” y que implica dejar atrás al padre como única figura sobresaliente para incorporar a ambos progenitores en una posición de igualdad¹⁵⁹.

Me parece que el concepto de autoridad paterna, según el sentido natural y obvio de las palabras, implica un poder sobre el hijo, es decir, el niño es un subordinado de sus padres y estos ejercen una “potestad” sobre ellos¹⁶⁰. Esto se contrapone a que el niño como sujeto de derecho y ser humano no está por debajo de otra persona, sino que actúa en un plano de igualdad de derechos, teniendo en consideración, por supuesto, que es una persona que se está formando y para esto necesita la orientación y el cuidado de sus padres.

¹⁵⁷ MIZRAHI, Mauricio. 2016. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 230-240p.

¹⁵⁸ Ibid. 239p.

¹⁵⁹ LATHROP, Fabiola. 2009. La corresponsabilidad parental. En: Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas nacionales de Derecho Civil 2008. Legal Publishing. Santiago. 226p.

¹⁶⁰ La Real Academia Española define autoridad como “potestad, facultad, legitimidad”, también señala que es el “poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho”. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=4UNmzWP>> [consulta: 6 de abril de 2017]

El concepto de responsabilidad me parece más acorde a las relaciones de familia actuales, en las cuales ya no existe el poder absoluto del padre respecto del hijo, sino que se propende a las relaciones basadas en el amor y el respeto. La responsabilidad implica tener la capacidad de asumir las consecuencias de los actos y creo que precisamente eso es ser padre o madre, donde dos personas toman la decisión de tener un hijo y asumen todos los costos que esto conlleva, sean personales, económicos, laborales, etc., es decir, se hacen responsables de su paternidad o maternidad.

II. Crítica a la concepción del cuidado personal con residencia o cohabitación.

Con anterioridad a la ley 20.680, nuestro Código Civil contemplaba en su artículo 225 que, en caso de separación de los padres, a la madre le corresponde el cuidado personal de los hijos. Este artículo fue criticado por la doctrina nacional e incluso por la sociedad civil como, por ejemplo, la agrupación Amor de Papá quienes impulsaron la modificación legal que se produjo en año 2013 con la ley señalada.

La organización amor de papá, generó un movimiento mediático de tal magnitud, que incluso la ley lleva su nombre. Su reclamo consistía en la discriminación sufrida por los padres en los tribunales de familia ya que, con la legislación existente en esa época, el cuidado personal de sus hijos quedaba, por mandato legal, en manos de la madre, teniendo el padre escasas posibilidades de obtenerlo y, muchas veces, se entendía que solo la madre era la persona idónea para cuidar al hijo, observándose “relaciones inadecuadas, irregulares o inexistentes entre padre o madre no cuidador y los hijos”¹⁶¹

Estas organizaciones sociales no solo han aparecido en Chile, sino que también en varios países del mundo como España, Colombia, México, entre otros,

¹⁶¹ LATHROP, Fabiola. 2011. Bases para una reforma de las relaciones filiales personales en Chile. Revista del Magister y Doctorado en Derecho (4). 94p.

donde han realizado diversos tipos de manifestaciones para obtener el cuidado de sus hijos, señalando que el sistema judicial los discrimina por ser hombres sin considerar que, incluso, pueden estar mejor capacitados que la madre del niño para ejercer su cuidado, teniendo ésta una preferencia casi indiscutida, imposibilitando las relaciones entre padres e hijos y quedando los progenitores no cuidadores relegados al rol de visitante.

Pese a que la legislación nacional cambió la atribución legal a la madre señalando, actualmente, que el niño continuará viviendo con el progenitor con quien convive, se teme que la preferencia siga siendo de la madre, pero, ya no por un mandato legal, sino que cultural. Esto debido a que está muy arraigado en nuestra sociedad, que la madre debe asumir el cuidado del hogar y los hijos, aun cuando ella trabaje mientras que al hombre le corresponde el rol de proveedor exclusivamente. Afortunadamente esta situación se está modificando, especialmente en las generaciones más jóvenes.

La definición tradicional de cuidado personal se contrapone al contexto social actual, ya que se ha entendido como el derecho de los padres a que los hijos permanezcan con ellos (la profesora Claudia Schmidt lo define como “el derecho de los padres de tener a sus hijos ‘en su compañía’”¹⁶²), incluso la doctrina ha señalado que “no se puede delimitar claramente, pudiendo a lo más decirse que se relaciona con la idea de qué progenitor convive con los hijos, sin determinar mayoritariamente los derechos, deberes y limitaciones que ello conlleva”¹⁶³.

Sin embargo, el cuidado personal implica más que la convivencia entre padres e hijos, es decir, “comprende los deberes y facultades que configuran lo cotidiano de la relación de filiación”¹⁶⁴. Por lo tanto, frente al principio de corresponsabilidad parental se “exige un involucramiento directo y continuo de ambos padres en la crianza del hijo, el cual abarca desde el derecho-deber que tiene cada padre de

¹⁶² SCHMIDT, Claudia. 2001. Relaciones filiales personales y patrimoniales. En: La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 273p

¹⁶³ ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo. 2014. El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista *Ius et Praxis*, año 20 (1). 302p.

¹⁶⁴ BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 488p.

definir cómo será criado su hijo y qué valores serán transmitidos en un ambiente de cariño y que al mismo tiempo incentive su desarrollo intelectual, hasta la toma de decisiones sobre su enseñanza, comprendiendo tanto aspectos académicos como los sociales, incluyendo el saber compartir, el ser sociable, respetuoso, honesto y tolerante”¹⁶⁵.

La filiación de los hijos una vez determinada es inmutable, salvo casos excepcionales, por lo cual ésta permanece luego del divorcio o separación “con toda la carga de derecho-deberes que ello implica, no pudiendo los padres, a pretexto de su crisis, marginarse de la responsabilidad parental”¹⁶⁶. A raíz de esto, el cuidado personal de los hijos corresponderá a ambos padres en caso de que estos se encuentren conviviendo, pero, en caso de divorcio o separación, este puede ser atribuido a uno de los padres o a ambos de forma compartida, según lo establece la ley y cuyos requisitos fueron explicados en el primer capítulo.

La separación, como ya sabemos, produce diversos efectos en todos los involucrados por esto se requiere de un esfuerzo de los padres de mantener una comunicación fluida entre ellos junto con una legislación acorde, ya que “al marginar la paternidad activa, producto del costumbrismo legal, se deduce incompetencia y esto provoca la muerte virtual del padre en su rol. La valoración sociocultural de la maternidad, otorga protagonismo femenino, escindiendo la relación coparental, lo que establece diferencias de rol y genera una paternidad de tránsito”¹⁶⁷. Por esto, la ley 20.680 incorporó el principio de corresponsabilidad parental que promueve la igualdad entre los padres, siempre desde la perspectiva del interés superior del niño.

Cuando se produce la separación, los padres deben decidir respecto del cuidado de sus hijos y, muchas veces, el o los hijos permanecen con la madre, siendo el padre quien abandona el hogar, así “la realidad chilena demuestra que al ocurrir un quiebre en la relación de pareja, se encuentre ésta basada en el

¹⁶⁵ ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo. 2014. El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista *Ius et Praxis*, año 20 (1). 303p.

¹⁶⁶ ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de Relación Directa y Regular. Thomson Reuters. Santiago. 31p.

¹⁶⁷ MUÑOZ, Susana, FIGUEROA, Romanette y otros. 2011. La Mediación como instancia para la revalorización del rol paterno. Estudio Exploratorio-documental. *En*: Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 2(2). 159p.

matrimonio o en una unión de hecho, es la madre quien asume el cuidado de manera inmediata al permanecer junto a sus hijos”¹⁶⁸, manteniendo de esa forma la convivencia con la persona con quien vive el niño, otorgando una cierta estabilidad a la vida del niño.

Durante la discusión de la ley 20.680 en la comisión mixta del congreso, se debatió respecto de la redacción del artículo 225, en el caso específico de la regla supletoria que este establece referida a mantener al niño bajo el cuidado del progenitor con quién conviva en caso de separación. En ella se señala que tiene como objetivo consagrar el principio de igualdad entre los progenitores y evitar la judicialización de los conflictos, además de que entiende como convivencia el “vivir en compañía de otro u otros”¹⁶⁹.

Dentro de las críticas que se hicieron al artículo se señaló que contribuiría a exacerbar el conflicto familiar “pues crearía un incentivo para expulsar al otro padre del hogar común a fin de conservar el cuidado personal de los hijos; a que crearía situaciones de inseguridad jurídica para el niño, dada la imposibilidad en que se encuentran los terceros de poder saber a ciencia cierta con quién éste convive; y a que, dada la realidad social chilena, de manera encubierta y bajo un lenguaje neutro desde la perspectiva de género se estaría manteniendo el privilegio materno”¹⁷⁰.

El hecho de entender el cuidado personal como la convivencia diaria o que el niño permanezca en compañía de uno de los padres, me parece que contribuye a crear un concepto simplista de lo que implica el cuidado personal de un niño. Esto pese a que la regla supletoria del artículo 225 busca evitar la judicialización de los conflictos entre los progenitores y las consecuencias que esto acarrea, además de eliminar la preferencia materna, creo que ayuda a confundir cuidado personal con convivencia, especialmente cuando el legislador chileno no ha establecido una definición de cuidado personal.

¹⁶⁸ ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo. 2014. El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista *Ius et Praxis*, año 20 (1). 305p.

¹⁶⁹ Historia de la Ley 20.680. [en línea] www.bcn.cl/historiadelailey [consulta: 24 de marzo de 2017]

¹⁷⁰ ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo. 2014. El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista *Ius et Praxis*, año 20 (1). 306p.

El elemento convivencia es relevante, ya que “cuando ambos padres viven juntos y la relación conyugal o de pareja se desenvuelve con normalidad, la guarda y custodia es ejercida conjuntamente por ellos, de tal manera que ésta se encuentra ‘embebida por la patria potestad dual’”¹⁷¹ pero, cuando se produce la separación, esta institución se visibiliza y cobra relevancia. Por tanto, se entiende que, al terminar la relación los progenitores, quien asume el cuidado personal es solo el progenitor custodio. Esto en virtud de un concepto restringido de cuidado personal en el cual se concibe como “el contacto directo, físico y continuo con el hijo como el elemento esencial”¹⁷².

Por esto, como bien dice a profesora Lathrop, “la guarda y custodia no comprende solamente la cohabitación con el menor, sino el conjunto de funciones de relieve personal, las que son desarrolladas íntegramente por ambos padres si ejercen la custodia compartida de sus hijos y que, en la hipótesis individual de su ejercicio, no son totalmente privativas de la persona a quien se ha atribuido la guarda y custodia, sino que, en parte, deben observarse también por el progenitor no custodio”¹⁷³.

La definición restringida de cuidado personal se basa en la división que existe en el derecho de familia chileno entre autoridad parental y patria potestad, siendo que, en otras legislaciones, esta se encuentra superada como son el caso argentino y español. Por esto “se percibe socialmente una asimetría tan radical entre la posición del padre y de la madre luego de la separación: el primero es reducido a un aportador de recursos (alimentos) y a un extranjero “visitante” del hijo, desligado de su vida cotidiana, y la segunda, porque carga con todos los cuidados personales diarios tiende a sentirse “dueña” de los hijos y, por ende, responsable privativa de su dirección y decisiones relevantes”¹⁷⁴, lo cual se encuentra alejado de la corresponsabilidad.

¹⁷¹ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 56p.

¹⁷² Ibid. 58p.

¹⁷³ Ibid. 59p.

¹⁷⁴ TAPIA, Mauricio. 2013. Comentarios Críticos a la reforma del Cuidado Personal de los hijos (Ley N°20.680). Revista Chilena de Derecho Privado (21). 478p.

Este concepto restringido ha evolucionado “a la crianza y educación englobando aspectos personales propios del ejercicio parental por el cual un padre no puede quedar excluido”¹⁷⁵, pero la legislación centrada en la residencia del hijo “menosprecia otros derechos y deberes que son tanto o más importantes, como la participación en las decisiones relevantes de la vida del hijo (por ejemplo, aquellas relativas a la definición del colegio donde estudiará o si practicará alguna religión y la forma en que ésta se conducirá)”¹⁷⁶.

Pese a que la legislación nacional se centra en la residencia del niño, como dice el profesor Tapia, sabemos que el concepto es más amplio, siendo la residencia solo un aspecto del cuidado personal, incluyendo también “la crianza, la educación y establecimiento, participación en decisiones relevantes (elección de colegio, elección y dirección en la religión, etc.), mantención o socorro (alimentos), la autorización de salida del país, representación y administración de sus bienes”¹⁷⁷. Por tanto, los padres deben tomar decisiones en conjunto respecto de todo lo que afecte la vida del niño, salvo en temas cotidianos y de rápida solución, pero casos como “decidir si el niño debe someterse a una delicada operación, la adopción del colegio en que debe estudiar o la religión que debe profesar, constituyen decisiones conjuntas de los padres”¹⁷⁸.

La corresponsabilidad permite que ambos padres tengan participación y que la residencia de los hijos deje de ser un aspecto principal, ampliando el concepto de cuidado personal abarcando otros aspectos de la relación filial, que se relacionan con la toma de decisiones respecto de los hijos, la crianza, la educación, etc. En relación con esto es que se puede calificar a la reforma, es decir, la ley 20.680, como ambigua, ya que no establece la forma a través de la cual los progenitores compartirán los derechos entre los padres luego y de la separación, especialmente cuando no existe forma de estos lleguen a un acuerdo.

¹⁷⁵ BARROS, Fernando. 2013. El cuidado personal, igualdad entre padres e interés superior del niño. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile., Facultad de Derecho. 48p.

¹⁷⁶ TAPIA, Mauricio. 2013. Comentarios Críticos a la reforma del Cuidado Personal de los hijos (Ley N°20.680). Revista Chilena de Derecho Privado (21). 478p.

¹⁷⁷ Ibid. 477p.

¹⁷⁸ BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 495p

En este caso, creo que la forma en que resuelve el tema en la legislación argentina es interesante porque evita referirse a la convivencia, otorgando una definición específica de lo que implica el cuidado personal¹⁷⁹ y dando la posibilidad a los progenitores de presentar a los tribunales un plan de parentalidad en el cual se establezca el cuidado personal (compartido, sea alternado o indistinto, o unilateral), el régimen comunicacional, las responsabilidades de cada progenitor, y otras situaciones importantes y en el caso de no ser homologado por el juez, este fijara el cuidado personal. Que el acuerdo de los padres deba ser revisado por el juez es una garantía para las partes de que no serán violados los derechos ni de los progenitores ni de los niños, lo que me parece debiese ser una opción también en el caso chileno, ya que si ambos progenitores realizan un acuerdo este no será sometido a la aprobación judicial, sino que solo será inscrito por el oficial del Registro Civil¹⁸⁰.

Por lo tanto, pienso que debiese existir un ente revisor de los acuerdos a los que llegan los padres, con el fin de otorgarle certeza jurídica al mismo además de mediar en los conflictos que estos puedan tener, tal como lo hace la figura del mediador. Este último se encuentra regulado en la ley de tribunales de familia y tiene como función ayudar a los progenitores a establecer las bases de un acuerdo en materias que son de mediación obligatoria, como lo son precisamente el cuidado personal y la relación directa y regular. Si las partes llegan a acuerdo, este será presentado ante el juez para su aprobación, por el contrario, si la mediación se frustra, el certificado será el antecedente para iniciar el proceso judicial.

Además “la denominada corresponsabilidad parental no se traduce en poderes efectivos para que el juez pueda establecer un cuidado compartido efectivo, en

¹⁷⁹ **Artículo 648 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.** Cuidado personal. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

¹⁸⁰ **Art. 225 inciso 1 Código Civil.** Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá 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 y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

ausencia de acuerdo entre los padres”¹⁸¹, es decir, el legislador no contempló la posibilidad de que el juez pudiese designar ese régimen, solo dejándolo al arbitrio de las partes, distinto es en el caso argentino, por ejemplo, ya que si los progenitores no logran conciliar la situación, el juez intervendrá estableciendo, de preferencia el cuidado personal compartido indistinto, salvo casos excepcionales que establece la ley argentina.

También se debe señalar que el juez de familia chileno no tiene facultades para obligar a las partes a cumplir con la corresponsabilidad, es decir, no puede apremiarlos, su intervención se limita a utilizar este principio como fundamento de las sentencias que dicta, junto con el interés superior del niño. Lo que no obsta a que el establecimiento de este principio en la legislación constituya un avance y que imponga desafíos como “el reconocer a ambos padres el derecho a participar de las decisiones más importantes en la vida del hijo/a, y distribuir equitativamente responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental”¹⁸², siempre respetando el interés superior del niño.

III. Crítica a la escasa regulación de las facultades y deberes del progenitor no custodio.

La escasa regulación legal de las facultades y deberes del progenitor no custodio se deben a distintos factores. Uno de ellos es la división entre patria potestad y autoridad paterna que no fue modificada en la nueva ley y que contribuye a que no exista una regulación “sobre si se comparten efectivamente los derechos y deberes

¹⁸¹ TAPIA, Mauricio. 2013.2014. Reforma del cuidado personal de los hijos en el Derecho Chileno. En: Anuario Iberoamericano del Derecho Notarial, segunda época n°2-3. 614p.

¹⁸² NEGRONI, Gloria. 2014. Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical. Revista de Derecho de Familia 1(1). 116p.

entre los padres luego de la separación y en ausencia de acuerdo”¹⁸³, como si se ha establecido en el derecho comparado.

Sabemos que, como consecuencia de la separación, uno de los progenitores suele quedar desligado de la vida del niño, lo que produce que las “decisiones trascendentales en la vida de ellos sean adoptadas de forma exclusiva y excluyente por uno de los padres, a saber, educación, religión, lugar de residencia, administración de sus bienes y representación legal. Se produce entonces, un nuevo conflicto entre los progenitores donde uno queda excluido de las decisiones sobre sus hijos, reitero por el solo hecho de vivir los padres separados”¹⁸⁴. Este conflicto suele generar graves problemas entre los padres o simplemente el alejamiento del no custodio, involucrando muchas veces al niño dentro de la situación conflictiva que ciertamente afectara la relación que este tenga con sus padres.

En el derecho comparado, como ya sabemos, la regulación legal es distinta. En el caso argentino, el Código Civil contiene un capítulo específico en el cual el legislador señala las facultades y deberes de los progenitores. En el caso del derecho español “la regulación del Código Civil permite que, vía jurisprudencial, se establezca una distribución conjunta o indistinta de las facultades y derechos que derivan de la filiación, específicamente con relación al ejercicio de la patria potestad”¹⁸⁵. De esta forma, a través del desarrollo jurisprudencial, se han establecido “facultades-deberes indistintos respecto del padre no custodio, como los siguientes: auxilio, cooperación y vigilancia, manteniéndose el ejercicio conjunto en torno a los deberes facultades de velar por los menores; tenerlos en su compañía; educarlos, etc.”¹⁸⁶, aunque el artículo 154 del Código Civil español, contiene algunos de estos deberes como velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, representarlos, etc.

¹⁸³ TAPIA, Mauricio. Reforma del cuidado personal de los hijos en el Derecho Chileno. En: Anuario Iberoamericano del Derecho Notarial, segunda época n°2-3, 2013-2014. 614p.

¹⁸⁴ BARROS, Fernando. 2013. El cuidado personal, igualdad entre padres e interés superior del niño. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 40p.

¹⁸⁵ BARCIA, Rodrigo. 2013. Facultades y Derechos Compartidos respecto de los hijos: Una mirada desde el Derecho Comparado. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, año 20 (1). 35p.

¹⁸⁶ Ibid.

La ley 20.680 no contemplo la incorporación de estas facultades y deberes en nuestra legislación, por esto se ha entendido que es una “regulación incompleta, desde el momento que sólo menciona algunos de los derechos y deberes vinculados a la autoridad parental (crianza y educación). Como se dijo, la regulación de la autoridad parental comprende un universo amplio de derechos y deberes de los padres respecto de los hijos, que usualmente se enumeran al comienzo de tales disposiciones”¹⁸⁷. Esto se produjo, según reseña el mismo autor, debido a las indicaciones realizadas al proyecto durante la discusión del mismo en la Comisión de Constitución del Senado, las cuales tenían como objetivo regular la materia, las cuales fueron desechadas por la mayoría “por considerar que iban más allá de las ideas matrices de la reforma”¹⁸⁸.

En el primer capítulo se determinó que “la corresponsabilidad parental implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial”¹⁸⁹ y que, en virtud de este concepto es que entendemos que esta contribuye a hacer efectivo el principio de igualdad entre los progenitores, sino que “también permitiría crear una sociedad más igualitaria, al cambiar el paradigma ancestral bajo el cual se piensa que, una vez producida la separación los hijos e hijas deben ser criados por la madre, limitándose el padre a desempeñar un rol de proveedor a través del pago de las obligaciones alimenticias”¹⁹⁰.

El principio de corresponsabilidad es de suma importancia para entender que son ambos progenitores los responsables de sus hijos, o sea, “implica asumir en conciencia, dándose cuenta, responsabilizándose, es decir, haciéndose cargo ambos padres de las consecuencias que cada una de sus decisiones y acciones genera el bienestar de su hijo, y por eso es una responsabilidad que se comparte, puesto que ambos están llamados a ser guías del hijo en el ejercicio de sus derechos, ambos

¹⁸⁷ TAPIA, Mauricio. 2013. Comentarios Críticos a la reforma del Cuidado Personal de los hijos (Ley N°20.680). Revista Chilena de Derecho Privado (21). 480p.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ ACUÑA, Marcela. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, año 20 (2). 27p.

¹⁹⁰ ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo. 2014. El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista Ius et Praxis, año 20 (1). 304p.

deben asumir que no hay acciones sin consecuencias frente a los hijos”¹⁹¹ y, por lo mismo, ninguno de ellos puede ser excluido.

Aunque el Código Civil no hace una regulación exhaustiva, indica algunos de los deberes y facultades de los progenitores. Entre ellas, las de mayor relevancia son el derecho- deber de mantener una relación directa y regular y el deber de alimentos de otorgar alimentos, además el legislador contempla deberes como la educación y la crianza, la facultad de corregir a los hijos. No están establecidos en la ley, pero se desprenden de ella el deber de vigilancia y control respecto del otro progenitor y el deber de cooperación o colaboración.

Respecto del derecho de vigilancia y control y del deber de colaboración, el primero se desprende del principio del interés superior del niño, es decir, el progenitor debe velar porque este principio se cumpla, y en el caso del deber de colaboración, éste se desprende del artículo 225-2. Ninguno de ellos se encuentra específicamente determinado por la ley, sino que son más bien una construcción doctrinaria. A diferencia nuestra, en el derecho argentino se establece en el artículo 653 el deber de colaboración que le corresponde al progenitor no custodio y en el artículo 646 establece una enumeración de los deberes de los progenitores¹⁹².

Un deber importante que no contempla la legislación chilena es aquel que tiene el progenitor custodio de informar al progenitor no custodio “sobre las decisiones que incidan en la crianza -en sentido general- de los hijos comunes”¹⁹³.

¹⁹¹ NEGRONI, Gloria. 2014. Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical. Revista de Derecho de Familia 1 (1). 116p.

¹⁹² **Artículo 646 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.** Enumeración

Son deberes de los progenitores:

a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;

b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;

c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;

d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;

e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;

f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

¹⁹³ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 223p.

En el derecho español ha tenido un desarrollo jurisprudencial, pero en el derecho argentino está contenido en el artículo 654 estableciendo que el progenitor guardador debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

Pienso que este deber es fundamental dentro del ejercicio de la paternidad bajo el principio de la corresponsabilidad, ya que ambos progenitores deben estar informados de todo lo que les sucede a sus hijos, aunque uno de ellos no conviva con el niño. Es importante para que los padres puedan tomar decisiones en conjunto y también que puedan velar por ellos o, como dice la ley argentina, para que puedan orientarlos. Que los padres conozcan a los amigos de sus hijos, que estén ambos presentes en el colegio informándose de su rendimiento y conducta, que sepan los gustos y aficiones del niño, su estado de salud, etc., permitirá que ambos progenitores conozcan a su hijo y, así puedan tomar decisiones en conjunto centradas en él, es decir, ejercer la corresponsabilidad.

Finalmente, la escasa regulación de las facultades y deberes produce que por desconocimiento muchos progenitores no puedan ejercerlos ni menos exigir su cumplimiento. La regulación desordenada que hace el legislador chileno de algunos de estos deberes y derechos solo perjudica a los padres y especialmente a los niños, niñas y adolescentes, ya que contribuye a la separación entre padres e hijos más que a la corresponsabilidad.

IV. Propuesta de regulación de las facultades del progenitor no custodio en el derecho chileno.

El Código Civil chileno establece una escasa regulación sobre las facultades del progenitor no custodio, centrándose solo en la relación directa y regular. Por ello, me

referiré a dicho derecho, debido a su importancia, junto con realizar una crítica respecto de su regulación y propuestas sobre cómo mejorarlo.

Las legislaciones comparadas contemplan otro derecho, que es el derecho de vigilancia y control, el cual no tiene una regulación legal en Chile, pero si doctrinaria, respecto del cual también hare una breve reseña.

1.- Derecho de comunicación.

El artículo 229 del Código Civil contempla “el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular”. También define en su inciso segundo que la relación directa y regular es “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”. Para establecerlo el artículo 229 contempla los siguientes criterios:

- a.-la edad del hijo
- b.- la vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madres, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c.- el régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado
- d.- cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Este derecho del progenitor no custodio se basa en la relación de filiación¹⁹⁴, pero a su vez no depende de “una mera decisión judicial o de la voluntad de los padres: es la Ley, la que prevé el derecho a relacionarse padres e hijos por estimarlo favorable al menor”¹⁹⁵. Al ser un vínculo que establece la ley este debe “ser fomentado y garantizado en resguardo de los derechos de los menores, no pudiendo quedar subordinado a la prueba de la necesidad de la relación directa y regular entre

¹⁹⁴ ACUÑA, Marcela. 2011. Efectos Jurídicos del Divorcio. Santiago. Abeledo Perrot, Legal Publishing. 410p.

¹⁹⁵ ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de Relación Directa y Regular. Thomson Reuters. Santiago. 41p.

el progenitor y el hijo”¹⁹⁶, teniendo siempre como base el principio del interés superior del niño.

La jurisprudencia ha señalado que la relación directa y regular “de los hijos con su padre no custodio debe ser beneficiosa para aquellos, por lo que dada la vinculación afectiva con su padre, esta debe ser ejercida con la mayor frecuencia posible, siempre sin interferir con las actividades escolares y extra programáticas de los niños, se regulará de manera más adecuada los encuentros entre los hijos y su padres los días de semana tanto en época escolar como fuera de ella y, además aquellos que correspondan a los feriados legales de la madre, para potenciar vínculos sanos y afectuosos con ambos progenitores y considerando el interés superior de los niños”¹⁹⁷.

Lo anterior demuestra que debe existir una regulación detallada y específica de la forma en que se llevará a cabo el régimen comunicacional. Así, el legislador ha establecido que puede ser determinado de forma convencional entre los progenitores o judicial. La determinación convencional se realizará a través de un acuerdo que “se puede regular en conformidad al artículo 225 del Código Civil o en el convenio regulador en el marco de un juicio de separación o divorcio (artículos 21, 27 y 55 NLMC), caso en el cual queda sujeto al control judicial de suficiencia, es decir, respecto de esta materia sí protege el interés superior del niño”¹⁹⁸.

En el caso de la determinación judicial “será competente el juez de familia, quien deberá velar por el interés superior del hijo, deberá oír al niño, niña o adolescente dependiendo de su edad y madurez y considerar los criterios establecidos en el inciso 3° del artículo 229 del Código Civil”¹⁹⁹. Dicho artículo también señala que el juez deberá “asegurar la mayor participación y

¹⁹⁶ ACUÑA, Marcela. 2011. Efectos Jurídicos del Divorcio. Santiago. Abeledo Perrot, Legal Publishing. 414-415p.

¹⁹⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta. Causa n°110/2014 (Familia) de 7 de julio de 2014. En línea: <http://vlex.com/vid/moya-mayne-581381014> [consulta: 12 de enero de 2017]

¹⁹⁸ LEPIN, Cristián. 2014. Modificación Relación Directa y Regular ¿subsistencia del derecho de visitas? *En: Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho, Valdivia 2013, Universidad Austral de Chile.* Thomson Reuters. 138p.

¹⁹⁹ *Ibid.* 141p.

corresponsabilidad de éstos (refiriéndose a los padres) en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana”.

El problema que se genera con el establecimiento de un régimen de relación directa y regular es que pierde su espíritu, ya que se transforma en la regulación de visitas del progenitor no custodio. Así los jueces de familia establecen que, por ejemplo, el progenitor retirará al niño de su hogar el día sábado a una hora determinada y lo traerá de vuelta el día domingo, o en casos de niños más pequeños, se establece un horario determinado de un día a la semana o dos. Esto no permite mantener un contacto regular con el niño ni que este se familiarice con su progenitor. Por tanto, este tipo de regulación por un lado contribuye a que los progenitores entiendan este derecho como visitas y no como algo constante pero también se debe señalar que es la forma que se ha establecido para poder otorgar certeza a los padres, especialmente al no custodio.

Por ello se debe propender a que ambos progenitores entiendan la importancia de la relación directa y regular, con el objeto de que cumplan con lo establecido en el acuerdo que ellos mismos realizaron o la sentencia judicial, ya que “propender o favorecer el incumplimiento del régimen comunicacional, en el tiempo, solo conducirá a favorecer la vinculación del niño con su padre, ocasionando a aquel un mayor perjuicio, afectándose así su armónico desarrollo, desde que, la presencia del padre en la vida de (niño), al igual que la de cualquier otro padre en la de cualquier otro niño, resulta esencial, en atención a que, la imagen paterna es un pilar fundamental para la construcción de la propia imagen del niño y la formación de su personalidad”²⁰⁰.

Cuando se produce el incumplimiento de la relación directa y regular, las sanciones para el progenitor que la obstaculiza son de poca monta, ya que el único mecanismo que tiene aquél que demanda el cumplimiento al tribunal es solicitar a éste que, en virtud de las constancias de Carabineros, se contabilice el tiempo

²⁰⁰ Jurisprudencia. Corte de Apelaciones de Chillán. Rol 1755-2016, recurso de amparo, sentencia de 25 de octubre de 2016 [en línea]
<<http://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/facultades+del+progenitor+no+custodio/CL/vid/651978317>>
[consulta: 18 enero 2017]

perdido y se apremie al otro a compensar ese tiempo a través de un nuevo acuerdo o se establezca una multa, lo que genera un círculo vicioso de incumplimientos y solicitudes al tribunal, que solo contribuyen a crear más conflicto entre los progenitores.

Por lo tanto, y considerando la trascendental importancia del derecho-deber de mantener una relación directa y regular tanto en la vida del progenitor no custodio como del hijo, es que es necesario que se establezca en la legislación una forma efectiva de exigir el cumplimiento de la relación directa. En ese sentido, el año 2016 un grupo de diputados presentó un proyecto de ley que modifica el Código Penal para tipificar y sancionar como delito el incumplimiento y entorpecimiento del régimen de relación directa y regular, estableciendo una pena de privación de libertad para el progenitor que obstaculice la relación.

Pienso que un proyecto como este solo generaría mayor conflicto entre los progenitores, pero lamentablemente es necesario tomar una medida de ese tipo para lograr cumplir con este derecho. Ahora bien, tal vez esto podría tener una solución si hubiese una asesoría integral a los padres que los ayudara a resolver sus problemas para evitar medidas extremas y, especialmente, la educación a los progenitores en cuáles son sus derechos y deberes y el principio de corresponsabilidad es fundamental para producir un cambio en las relaciones filiales.

2.-Derecho de vigilancia y control.

El artículo 222 del Código Civil establece en su inciso primero 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”. El derecho-deber del progenitor no custodio de vigilancia y control “es una manifestación del interés superior del niño, entendido tanto como desarrollo del niño como persona, y como protección en su

esfera más íntima”²⁰¹. Este derecho-deber no tiene una mención específica en la ley por esto debe establecerse en la sentencia judicial de divorcio o en el acuerdo completo suficiente en el cual se determine el cuidado personal.

En palabras de la profesora Lathrop este derecho de vigilancia “se trata más bien de un control de los métodos a través de los cuales el progenitor custodio provee de educación y formación al menor”²⁰² y materializa a través de una “preocupación permanente por ellos”²⁰³. En la legislación chilena, pese a no estar establecido este derecho, podemos encontrar una forma de ejercerlo ante tribunales por parte del progenitor no custodio a través de las medidas de protección al niño que establece la ley de Tribunales de Familia.

Este derecho no tiene la visibilidad que tiene el derecho a un régimen comunicacional, pero me parece de igual importancia ya que se enfoca en el bienestar del niño. Por esto es necesario que el legislador trate estas materias de forma integral dentro de la responsabilidad parental, como lo señalamos en la crítica a la visión dividida de la autoridad parental. Pero, también es importante que establezca un catálogo de derechos específicos, ya que establece un título dentro de nuestro Código Civil llamado “de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, pero no establece cuáles son estos derechos y deberes.

V. Propuesta de regulación de los deberes del progenitor no custodio en el derecho chileno.

El Código Civil chileno no señala con claridad cuáles son los deberes de los progenitores, solo establece normas dispersas que se refieren a algunos de ellos, tales como: los artículos 234 y 236 que se refieren al deber de educar y corregir a los

²⁰¹ BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 494p.

²⁰² LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 216p.

²⁰³ Ibid.217p.

hijos y los artículos 321 y siguientes que establecen las normas sobre el deber de otorgar alimentos. Por tanto, es evidente que la regulación es escasa y deficiente.

Es un deber conjunto de los padres el de crianza y educación, así “las decisiones que tienen que ver con la educación y crianza del niño que determinarán su calidad de persona -como la elección del colegio, su religión, los tiempos de esparcimiento, etc.-, son conjuntas y ellas se desprenden de la autoridad parental y específicamente de las reglas que regulan los alimentos y manutención del niño, deberes que son conjuntos”²⁰⁴, ya que la ley establece también el deber de asumir los gastos que ellas produzcan.

En consecuencia, “los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos; al Estado le corresponde el deber de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho, y en general, cabe a la comunidad el deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”²⁰⁵. Este derecho está contemplado en el artículo 19 n°10 inciso 3 de la Constitución Política de Chile²⁰⁶ y el artículo 28 de la Convención de los Derechos del Niño, en el cual los Estados Partes reconocen el derecho del niño a recibir educación. De igual forma el artículo 236 del Código Civil señala que “los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”.

Dentro de la educación contemplamos a aquella “de carácter formal, esto es, la escolar, extraescolar y profesional ejecutada por personas o entes diferentes a la familia en los establecimientos destinados a tal fin. Ambos progenitores deciden las condiciones en que el hijo recibirá esta educación, particularmente a través de la elección de la institución de enseñanza y la orientación que ésta ofrezca”²⁰⁷. Esta educación formal debe ser garantizada por el Estado, es decir, si los padres no la

²⁰⁴ BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 498p.

²⁰⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El Sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica. Santiago. 158p.

²⁰⁶ **Artículo 19 n°10 CPR. El derecho a la educación.**

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

²⁰⁷ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 79p.

proveen es éste quién está obligado a hacerlo, por lo mismo, actualmente la educación preescolar, básica y media son obligatorias para todo niño, niña y adolescente en Chile.

Este deber de crianza y educación se encuentra ligado con el deber de otorgar alimentos de los progenitores y a la facultad de los padres de corregir a sus hijos. Respecto de esta última, el Código Civil señala en su artículo 234 inciso 1: “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño”. Así vemos que este artículo establece la prohibición del maltrato físico y psicológico, siendo el límite a esta facultad.

El derecho de corrección con el deber de educación se relaciona en que los padres, además de la educación formal, deben enseñar a sus hijos hábitos, conductas, rutinas, valores, etc. que también forman parte del desarrollo del niño. Las enseñanzas o correcciones de conducta del niño, nunca deben realizarse a través de malos tratos, gritos o golpes e, incluso, el Estado en su afán de proteger al niño e eliminar esta mala práctica ha lanzado campañas comunicacionales a través del Consejo Nacional de la Infancia, además de promover distintos proyectos de ley que tienen como finalidad la protección del niño, niña y adolescente, así en marzo de 2017 el Senado aprobó el proyecto de ley que sanciona el maltrato²⁰⁸ y otros, se encuentran en tramitación legislativa como el proyecto que crea al defensor del niño o aquel que se refiere a la protección de la infancia.

El deber de alimentos de los progenitores contiene al de educación, ya que éste es uno de los aspectos que incluye según el artículo 323 inciso 2 del Código Civil que se refiere a la obligación de proporcionar al menor de 21 años la enseñanza básica, media y una profesión u oficio. Además, el artículo 230 establece que los gastos de crianza, educación y establecimiento corresponden a la sociedad conyugal

²⁰⁸ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. http://www.consejoinfancia.gob.cl/boletin/notas/nota_1.html
[consulta: 3 de abril de 2017]

y, en caso de existir otro régimen, corresponderá a cada cónyuge según sus facultades económicas²⁰⁹.

El derecho de alimentos no se encuentra definido por el legislador, por lo cual la doctrina lo define señalando que “es el que la ley otorga a una persona para demandar a otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio”²¹⁰, por lo cual este derecho abarca muchos más de lo que, vulgarmente, se entendería por alimentos.

El artículo 321 del Código Civil en su numeral 2 señala que se deben alimentos a los descendientes, y el artículo 323 dice que “los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”. Este deber alimentario se fundamenta en la relación de filiación y no en la ley, por lo tanto no es excusable, así la profesora Claudia Schmidt señala que “el hecho que un progenitor, para defenderse, argumente que no tiene recursos económicos, que está cesante, que tiene otros hijos de una relación posterior o anterior, no son circunstancias relevantes al decidir acerca de su aporte alimentario ineludible” y agrega, que solo se pueden excusar los progenitores, en el caso de que “les afecte un impedimento físico o psicológico que los inhabilite para trabajar”²¹¹.

En caso de separación de los progenitores ambos deberán sufragar los gastos de sus hijos y, si estos no llegan a acuerdo, será el juez quien determinará la pensión, teniendo en consideración las facultades económicas y las circunstancias de cada uno de los padres²¹². Al estar separados siempre es el progenitor no

²⁰⁹ **Art. 230 Código Civil.** Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.

²¹⁰ RAMOS PAZOS, René. 2010. Derecho de Familia. Tomo II. Séptima edición. Editorial Jurídica. Santiago. 543p.

²¹¹ SCHMIDT, Claudia. 2008. Del Derecho Alimentario Familiar en la Filiación. Editorial Punto Lex. Santiago. 42-43p.

²¹² **Art. 233 Código Civil.** En caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo, ésta será determinada de acuerdo a sus facultades económicas por el juez, el que podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.

custodio quien debe los alimentos, ya que aquel que tiene a su cuidado al niño asume todos los costos cotidianos. Por lo tanto, “el progenitor no custodio cumple con el deber de alimentos, fundamentalmente, a través de la pensión alimenticia que regularmente debe pagar”²¹³, la cual se debe por toda la vida del alimentario, dice el artículo 332 del Código Civil, pero también señala que se deberán hasta los 21 años o 28 años, en caso de encontrarse el alimentario estudiando una profesión u oficio y, por toda la vida en caso de inhabilidad física o psicológica.

El deber de otorgar alimentos es también un requisito que el juez debe tener en consideración para establecer el cuidado personal del hijo, así lo señala el artículo 225-2 letra c que indica que se tendrá presente la “contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo”. Dentro de estos criterios que establece el legislador también señala el mismo artículo en la letra d que se considerará 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”, estableciendo el deber de cooperación que implica “desde los consejos y ayuda anímica, que el menor requiera, hasta su cuidado personal, en casos excepcionales en que la ayuda del padre no custodio sea requerida, tales como enfermedad o imposibilidad transitoria de cuidado del guardador o del hijo”²¹⁴, es decir, que el progenitor no custodio debe estar dispuesto a colaborar en todo aspecto de la crianza incluidas las urgencias o los imprevistos.

Así es posible visualizar la pobre regulación que existe respecto de los deberes de los progenitores, siendo el deber de alimentos el que tiene un mayor desarrollo debido a su importancia. Por lo cual, se puede concluir que el legislador ha reducido al progenitor no custodio al rol de proveedor, siendo que los deberes son muchos más amplios y, es ese sentido, me parece que el modelo a seguir para hacer una regulación exhaustiva es el argentino.

Art. 329 Código Civil. En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas.

²¹³ LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid. 77p.

²¹⁴ BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago. 500p.

Por lo tanto, primero es necesario terminar con la división entre autoridad parental y patria potestad, como se ha señalado reiteradamente. Junto con esto es necesario definir por parte del legislador, si las relaciones filiales se regirán por responsabilidad parental o por autoridad parental. Creo que la denominación correcta es la responsabilidad parental.

En segundo lugar, se deben incorporar a la legislación deberes como el deber de velar por los hijos, el deber de informar al otro progenitor y el deber de colaboración. Estos últimos son importantes porque inciden en la relación de los progenitores, siendo una forma de hacer efectiva la corresponsabilidad, por lo cual deberían ser incluidos dentro de la regulación del cuidado personal.

Respeto de los demás deberes me parece que debiesen tener un párrafo aparte dentro del título del Código Civil que se refiere a los derechos y deberes de los progenitores, en el cual se estableciera claramente cada uno de estos deberes y se tratara con detalle aquellos que revisten mayor importancia, tal como lo hace el Código Civil argentino en los artículos 646 y siguientes. Haciendo una referencia especial al deber de alimentos, como deber de los progenitores, es decir, separado de la obligación alimenticia en general.

Conclusión

La familia chilena ha sufrido grandes cambios en los últimos cincuenta años acordes, también, a los cambios sociales e históricos que han ocurrido en nuestro país y en el mundo. Así vemos la evolución desde la familia patriarcal matrimonial a los distintos tipos de familia que hoy existen, como: familias nucleares matrimoniales o por acuerdo de unión civil, familias monoparentales con padres separados o solteros, etc. Dentro de esta evolución el derecho también ha cambiado haciéndose cargo de las nuevas realidades sociales como por ejemplo la ley 19.585 que estableció la igualdad entre los hijos, la ley que creó el acuerdo de unión civil reconociendo nuevas formas de hacer familia y la ley 20.680 que modificó el cuidado personal estableciendo el cuidado personal compartido, entre muchas otras.

Esta investigación tuvo como objetivo analizar el cuidado personal de los hijos como efecto de la filiación de una manera más específica enfocándose en los progenitores no custodios, es decir, aquellos que no poseen el cuidado personal de sus hijos como consecuencia de la ruptura de la pareja, con el objetivo establecer cuáles son sus deberes y derechos respecto de sus hijos e hijas.

El cuidado personal de los hijos no posee una definición unívoca, pero pudimos establecer que éste no solo implica la convivencia entre progenitores e hijos, sino que es más amplia que eso, por lo cual los progenitores deben criar, educar, tener en su compañía a los niños o niñas, buscar su desarrollo armónico tanto intelectual como espiritualmente, todo esto en virtud de principios como el interés superior del niño, derecho a ser oído y principio de corresponsabilidad parental.

El principio de corresponsabilidad, incorporado a nuestra legislación con la ley 20.680, es importante dentro de las relaciones de los progenitores con sus hijos y entre ellos, ya que implica que madre y padre son igualmente responsables del cuidado de sus hijos y de todo lo que esto implica, independientemente de si se encuentran viviendo juntos o separados. Esto trae consigo un cambio en la forma de

concebir el cuidado personal, el cual tradicionalmente correspondía a la madre, y también corresponde con los cambios sociales que se han producido estos últimos años, ya que los padres actualmente asumen un rol activo dentro de la crianza de sus hijos que va más allá del deber de alimentos. En este sentido el cuidado personal compartido es la expresión de principio de corresponsabilidad.

En virtud del principio de corresponsabilidad y de los demás principios es que se establecen las facultades y deberes de los progenitores. Como pudimos ver a lo largo de este trabajo, en nuestro país no están determinadas de forma específica, más bien se encuentran dispersos dentro del título IX del Código Civil, como son el derecho-deber de mantener una relación directa y regular del progenitor no custodio con su hijo, el deber de otorgar alimentos, el deber de crianza y educación y la facultad de corregir a los hijos, sin establecer que estos deberes y derechos se desprenden de la filiación, primero, y luego del cuidado personal.

La legislación chilena carece de un catálogo ordenado y claro que establezca cada uno de estos derechos y deberes, como si lo hacen las legislaciones comparadas, especialmente la argentina. Esto se debe a que el legislador chileno mantiene la separación entre autoridad parental, es decir, aquellos derechos y deberes que tienen un carácter personal, de la patria potestad, sin entender que las relaciones filiales implican tanto los aspectos personales como patrimoniales. Así lo han entendido las legislaciones española y argentina, siendo esta última, la que eliminó de su vocabulario la patria potestad incorporando el concepto de responsabilidad parental.

El concepto de responsabilidad parental me parece más apropiado para agrupar las facultades y deberes de los progenitores, ya que esta implica, valga la redundancia, que los padres sean responsables de su decisión de tener un hijo y entiendan lo que implica, es decir, la crianza, la educación, el cuidado constante y permanente del hijo, alimentarlo, vestirlo, estar en su compañía, etc. Por eso son importantes deberes como el deber de cooperación entre progenitores y el deber de informar que se centran justamente, en la relación entre padres.

Finalmente es necesaria una modificación al Código Civil que incorpore de forma específica, ordenada y clara las facultades y deberes de los progenitores, junto con los mecanismos que permitan a los padres exigir su cumplimiento en virtud del principio del interés superior del niño y la corresponsabilidad parental. En ese sentido, el modelo a seguir es Argentina, ya que poseen una legislación civil actualizada acorde a nuestra época, que incorpora de forma sistemática estos deberes y derechos, entendiendo a su vez que estos se ejercen en virtud de la responsabilidad parental y de los principios por los que esta se rige.

Es fundamental que cada uno de los progenitores entienda lo que implica ser padres o madres y las responsabilidades que conlleva, tanto legales como morales, en virtud del beneficio de sus hijos o hijas. Por esto, es fundamental la educación a los progenitores respecto de la responsabilidad parental y los principios que la fundan, de las facultades y deberes que la ley les otorga, pero, principalmente, que ser padres es un acto de amor al niño o niña por lo cual se debe propender al óptimo desarrollo de este ser humano.

Bibliografía

- 1.- ACUÑA, Marcela. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, año 20 (2): 21-59pp.
- 2.- ACUÑA, Marcela. 2015. Cambios en la patria potestad y en especial en su ejercicio conjunto. Revista de Derecho (Valdivia) 28(1): 55-77p.
- 3.- ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Editorial Dykinson. Madrid.
- 4.- ACUÑA, Marcela. 2011. Efectos Jurídicos del Divorcio. Abeledo Perrot, Legal Publishing. Santiago.
- 5.- ACUÑA, Marcela. 2014. Derecho de Relación Directa y Regular. Thomson Reuters. Santiago.
- 6.-AGUILAR, Gonzalo. 2008. “El Principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Estudios Constitucionales, año 6, n°1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. 223-247p.
- 7.-ALVAREZ, Andrea. 2006. Necesidad de un tratamiento único de la responsabilidad parental tanto en lo personal como en lo patrimonial: antinomias frente a la falta de unificación. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 8.- ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo. 2014. El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista Ius et Praxis, año 20 (1): 279-318p.

9.- BARCIA, Rodrigo. 2013. Facultades y Derechos Compartidos respecto de los hijos: Una mirada desde el Derecho Comparado. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, año 20 (1): 21-60pp.

10.- BARCIA, Rodrigo. 2013. Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio. Revista de Derecho, 26 (2): 9-37p.

11.-BARCIA, Rodrigo. 2012. Régimen jurídico de las personas y la familia. Normativa y jurisprudencia sistematizada, concordada y comentada. Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago.

12.- BARCIA, Rodrigo. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la infancia. Thomson Reuters., Santiago.

13.- BARROS, Fernando. 2013. El cuidado personal, igualdad entre padres e interés superior del niño. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

14.- BERROCAL, Ana Isabel. 2014. El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (746): 3284-3314p.

15.- BEYEBACH, Mark. 2010. La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: Aspectos emocionales y relacionales. En: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEL PODER JUDICIAL. Custodia Compartida y protección de menores. Madrid. 297-317p.

16.-BOSSET, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. 2016. Manual de Derecho de familia. Editorial Astrea. Buenos Aires.

17.- CASTILLO, Carolina. 2010. La privación de la Patria Potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales. La Ley, 2º edición. Madrid.

18.-CLUSELLAS, Eduardo. 2015. Código Civil y Comercial de la Nación 3. Comentado, anotado y concordado. Editorial Astrea, Buenos Aires.

19.- DE LA IGLESIA, María Isabel. 2013. Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial. Madrid. Revista Crítica del Derecho Inmobiliario (739). 3423-3439p.

20.-DE LA OLIVA, Antonio. 2009. Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: problemas y alternativas. En: La Protección del menor en las rupturas de pareja. Thomson Reuters. Madrid. 249-259p.

21.- DI LELLA, Pedro. 2009. El ejercicio de la patria potestad de padres no convivientes. En: La Familia en el Nuevo Derechos. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni. Tomo II. 225-263p.

22.- ESPEJO, Nicolás. 2016. El Derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental. En: Estudios de Derecho Familiar I. Santiago. Thomson Reuters. 197-209p.

23.- ETCHEBERRY, Leonor. 2014. Análisis Crítico de la Ley N°20.680. En: Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho, Valdivia, 2013. Universidad Austral de Chile. Thomson Reuters. 63-77p.

24.- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2014. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.680. Revista de Derecho de Familia. 39-57p.

25.-GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El Sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica. Santiago.

- 26.- JELIN, Elizabeth. 2009. La Familia en Argentina: Trayectorias históricas y realidades contemporáneas. En: La Familia en el Nuevo Derecho. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni. Tomo I. 135-169p.
- 27.- LATHROP, Fabiola. 2008. Custodia compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid.
- 28.- LATHROP, Fabiola. 2013. El Cuidado Personal y la Relación Directa y Regular. Estudio Exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Editorial Abeledo Perrot, Santiago.
- 29.- LATHROP, Fabiola. 2011. Bases para una reforma de las relaciones filiales personales en Chile. Revista de Magister y Doctorado en Derecho (4): 91-97.
- 30.- LATHROP, Fabiola. 2010. Custodia compartida, acuerdo de los padres y establecimiento de oficio: un fallo en ausencia de ley (Corte de Apelaciones de Santiago). Revista de Derecho 23(2): 237-245.
- 31.- LATHROP, Fabiola. 2004. El Derecho del Niño a ser oído. En: SCHMIDT, Claudia y MARTINIC, María Dora, "et al". Instituciones de Derecho de Familia. Santiago. Editorial Lexis Nexis. pp.145-185.
- 32.-LATHROP, Fabiola. 2009. La corresponsabilidad parental. En: Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas nacionales de Derecho Civil 2008. Legal Publishing. Santiago. 207-232.
- 33.- LEPIN, Cristián. 2013. Reforma a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la ley 20.680. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado (3): 285-308.
- 34.-LEPIN, Cristián. 2014. Modificaciones a los efectos de la filiación: Una cuestión de principios. Revista de Derecho de Familia (1): 139-170.

35.- LINACERO, María. 2016. Tratado de Derecho de Familia. Tirant lo Blanch tratados. Valencia.

36.-LÓPEZ, Norma. 2009. Derecho y Psicología: Una articulación pendiente en los procesos de familia. En: La Familia en el Nuevo Derecho. Tomo I. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. pp.121-133.

37.- MIZRAHI, Mauricio. 1998. Familia, matrimonio y divorcio. Editorial Astea, Buenos Aires.

38.-MIZRAHI, Mauricio. 2016. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Editorial Astrea. Buenos Aires.

39.- MUÑOZ, Susana, FIGUEROA, Romanette y otros. 2011. La Mediación como instancia para la revalorización del rol paterno. Estudio Exploratorio-documental. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 2(2): 155-178.

40.- NEGRONI, Gloria. 2014. Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical". Revista de Derecho de Familia 1(1): 103-126.

41.- NOTRICA, Federico y RODRIGUEZ, Mariana. 2014. Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. En: Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Buenos Aires. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 133-155.

42.- PÉREZ, Carlos. 2014. La Excepción de Cosa Juzgada en los juicios de Cuidado Personal de los hijos. Revista de Derecho de Familia (1): 59-76p.

43.- QUINTANA, María. 2014. La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 241-258.

44.-RAMOS PAZOS, René. 2010. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Jurídica. Santiago

45.- RODRIGUEZ, María. 2009. El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de interés entre padres e hijos en el nuevo Derecho Chileno de Familia. Revista Chilena de Derecho 36(3): 545-586.

46.-RODRIGUEZ, María. 2011. El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho chileno de familia. Santiago. Abeledo Perrot, Legal Publishing.

47.- RODRIGUEZ, María. 2014. Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación directa y regular y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Revista de Derecho de Familia (1): 77-102.

48.-RODRIGUEZ, María Paz. 2009. Padres de primera y segunda categoría: los puntos de encuentro familiar. En: La Protección del menor en las rupturas de pareja. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid. 217-241.

49.-RODRIGUEZ, María de las Victorias. 2014. La Responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio (Aportación de la sentencia del TS de 26 de octubre de 2012). Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (746): 2893-2926.

50.-SAN SEGUNDO, Teresa. 2010. Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos. En: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL. Custodia Compartida y protección de menores. Madrid. pp160-167.

51.-STEFFEN, María. 2011. Papá y mamá, los quiero mil. Si papá y mamá se separan ¿Por qué no puedo estar con los dos? Editorial Forja, Santiago.

52.- SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. 2001. La filiación en el nuevo derecho de familia. Editorial Lexis Nexis, Santiago.

53.-SCHMIDT, Claudia y MARTINIC, María Dora, “et al”. 2004. Instituciones de Derecho de Familia. Editorial Lexis Nexis, Santiago.

54.-SCHMIDT, Claudia. 2008. Del Derecho Alimentario Familiar en la Filiación. Editorial Punto Lex. Santiago.

55.- TAPIA, Mauricio. Reforma del cuidado personal de los hijos en el Derecho Chileno. En: Anuario Iberoamericano del Derecho Notarial, segunda época n°2-3, 2013-2014, pp. 607-627.

56.- TAPIA, Mauricio. 2013. Comentarios Críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley 20.680). Revista Chilena de Derecho Privado (21): 477-491.

57.- TRONCOSO, Hernán. 2014. Derecho de Familia. 15° Edición. Santiago, Thomson Reuters

58.-VARGAS, Macarena y CORREA, Paula. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, (1), año 17. 177-204p.

59.- VIDO, Martina. 2014. El cuidado personal compartido en Argentina. Afianzando la idea de coparentalidad participativa y responsable. Revista de Derecho de Familia 1(1): 199-209.

Legislación:

- 1.- Convención Internacional de los Derechos del Niño
- 2.- Código Civil Chileno
- 3.- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
- 4.- Código Civil Español
- 5.- Declaración Universal de Derechos Humanos
- 6.- Declaración Americana de Derechos del Hombre y el ciudadano
- 7.- Constitución Política de la República de Chile
- 8.- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)
- 9.- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará)
- 10.- Constitución Política Española
- 11.- Ley 26.061 de 2005 sobre la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes de la República Argentina.

En línea:

1.- CILLERO, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre derechos del niño”. [en línea]: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf (consulta: 2 de junio 2017)

2.-SEPÚLVEDA, Paulina. 2017. Divorcios alcanzan cifras más altas de los últimos seis años. [en línea] La Tercera en internet. 20 de marzo de 2017. <<http://www.latercera.com/noticia/divorcios-alcanzan-la-cifra-mas-alta-los-ultimos-seis-anos/>> [consulta: 20 de marzo de 2017]

3.-SEPÚLVEDA, Paulina. 2015. Hogares de hijos que viven con sólo uno de los padres llegan al 33.6%. [en línea] La Tercera en internet. 13 de septiembre de 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/hogares-de-hijos-que-viven-con-solo-uno-de-los-padres-llegan-al-336/>> [consulta: 28 de marzo de 2017]

4.-GONZÁLEZ, Carlos. 2016. El 73% de los niños nació fuera del matrimonio, la cifra más alta de la historia. [en línea] La Tercera en internet. 21 de septiembre de 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/el-73-de-los-ninos-nacio-fuera-del-matrimonio-la-cifra-mas-alta-de-la-historia/>> [consulta: 28 de marzo de 2017]

5.-SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. 2016. Primer boletín de información semestral 2016. [en línea]Santiago, Chile. <http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf> [consulta: 28 de marzo de 2017]