Derecho y familia

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL DERECHO

Una mirada comparada

Nicolás Espejo Yaksic
Editor

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
K310
R476r

La responsabilidad parental en el derecho : una mirada comparada / editor Nicolás Espejo Yaksic ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores y autoras] Amira Aftab [y otros diecinueve] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; preámbulo John Eekelaar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (li, 778 páginas : ilustraciones, cuadros ; 23 cm.). – (Derecho y familia)

Contenido: Principios y Avances Regionales. Potestades, derechos y responsabilidades parentales : comprendiendo la responsabilidad parental / Nicolás Espejo Yaksic – Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana / Marisa Herrera y Fabiola Lathrop – La responsabilidad parental en Europa / Josep Ferrer-Riba – Perspectivas Constitucionales y Legales Comparadas. La responsabilidad parental en Irlanda / Louise Crowley – La responsabilidad parental en la Argentina vista desde el bloque de constitucionalidad / Aída Kemelmajer de Carlucci – Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán / Anne Sanders -- La responsabilidad parental en la jurisprudencia constitucional de Colombia / Alma Beltrán y Puga – Derechos, responsabilidades parentales y la Constitución de Sudáfrica / Julia Sloth-Nielsen, Rachel Sloth-Nielsen – La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México / Daniel Delgado Ávila -- La responsabilidad parental en Australia / Meda Couzens y Amira Aftab – Temas Sobre Responsabilidad Parental. El escrutinio judicial sobre los derechos parentales / Margaret Ryznar -- Responsabilidad parental y decisiones médicas en el derecho inglés / Jonathan Herring -- Responsabilidades parentales en plural : conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos / Marisa Herrera – La doble regulación jurídica del poder familiar en Brasil y su carácter selectivo y discriminación en contra de los negros y los pobres / Rafael de Sampaio Cavichioli – Estrategias que promueven la responsabilidad parental de padres y madres privados de libertad / Alejandra Cortázar, Joseph Strauss, Karla Rost – Corresponsabilidad parental post-separación en Chile / Fabiola Lathrop Gómez

Material disponible en PDF.

ISBN 978-607-552-198-5

1. Paternidad – Responsabilidad – Derecho comparado – Ensayos 2. Interés superior de la niñez – Patria potestad – Normas constitucionales 3. Sujetos del derecho de familia – Protección de los Derechos humanos 4. Progenitores – Hijos – Obligaciones reciprocas 5. Perdida de la patria potestad 6. Guarda y custodia I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Aftab Amira, autor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. Eekelaar, John, escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.
LC K705

Primera edición: agosto de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO XVI
Corresponsabilidad parental post-separación en Chile

Fabiola Lathrop Gómez*

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca y Profesora Titular de la carrera ordinaria del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Resumen

Este trabajo evalúa la ley que en el año 2013 reformó el Código Civil chileno buscando proteger la integridad de los hijos en contextos de separación y divorcio de sus progenitores. Analizando el desarrollo jurisprudencial producido desde entonces y algunos estudios incipientes que evalúan tal reforma, se concluye que ésta repercutió positivamente en la utilización de criterios para la adjudicación y regulación del cuidado personal y de la relación directa y regular con los hijos. Por su parte, se comentan las dificultades surgidas en la implementación de aquel modelo de cuidado compartido que se esperaba impactara de manera más sustantiva la organización familiar post-separación. Asimismo, se presentan ciertas repercusiones de la mencionada reforma en relación con el principio de corresponsabilidad parental que introdujo; las que se observan en el ámbito judicial y administrativo, pero que son difíciles de medir en órdenes sociológicos y culturales. Finalmente, se concluye que el Estado debe promover la coparentalidad a través de mecanismos centrados en la información y asistencia a las perso-

nas en el desarrollo de sus relaciones familiares, así como en la difusión de métodos colaborativos y participativos, sea que la responsabilidad parental se ejerza por personas que viven o no unidas en pareja.

Palabras clave

Responsabilidad parental; cuidado personal de los hijos; cuidado personal compartido; régimen comunicacional.

1. Introducción

Como se ha observado en Europa desde hace un par de décadas, las relaciones parentales parecen cada vez menos determinadas por las expectativas de roles convencionales y más por sentimientos personales en contextos de quiebre familiar.[1]

Este fenómeno se ha verificado también en América Latina, pero de manera menos intensa. En nuestro continente, los cambios operados en el campo del divorcio obedecen, en gran medida, a su aceptación social. El divorcio forma parte de las decisiones dolorosas que se toman en la vida, pero no necesariamente traumáticas; ello contribuye a separar la relación entre adultos que ha dejado de funcionar y el vínculo entre progenitores e hijos que perdura en un contexto pacífico y de no confrontación.[2]

El derecho de familia latinoamericano está en proceso de distinguir entre los efectos de la separación y del divorcio respecto de la pareja, por una parte, y de los hijos, por otra. De esta manera, las legislaciones son proclives a aceptar una mayor autonomía de los progenitores en materias que podrían impactar la vida de los hijos después de la ruptura; pero cuando no llegan a acuerdos, la intervención judicial y de equipos interdis-

[1] Maclean, 2007, pp. 1-7; Roberts, *et al.*, 2011, p. 1.
[2] Herrera y Lathrop, 2017, pp. 164-165.

ciplinarios se torna imperiosa.[3] Esta creciente preocupación por el interés del hijo en casos de divorcio se manifestaría, al menos, en dos aspectos concretos. En primer lugar, la obligación legal impuesta a la pareja de presentar al tribunal un acuerdo que regule el futuro económico y la vida personal de sus hijos, el cual deberá ser revisado por dicha autoridad.[4] Por otra parte, la centralidad de los hijos, es decir, que sean los menos perjudicados por la ruptura de la pareja; lo cual se manifiesta en el progresivo reconocimiento y regulación de la corresponsabilidad parental, permitiéndose regímenes de comunicación y contacto más flexibles, como asimismo, la posibilidad de desarrollar el cuidado del hijo y vivir con él de forma compartida.[5]

Este trabajo busca evaluar la reforma chilena de 2013 al Código Civil en dos aspectos centrales: el principio de corresponsabilidad parental y la aplicación del cuidado personal compartido de niño, niña o adolescente (NNA). Creo que ello puede generar información y conclusiones que colaboren a la implementación de políticas públicas y, eventualmente legislativas, que permitan alcanzar un mayor bienestar familiar y social en contextos de separación de progenitores.

Para iniciar, quisiera comentar algunos rasgos de la familia chilena y la conformación de sus hogares antes y después de 2013.

Entre 2010 y 2013 dirigí un estudio exploratorio en Tribunales de Familia de la Región Metropolitana de Chile, sobre cuidado personal de NNA y la relación directa y regular que el progenitor no custodio mantiene

[3] Esta libertad en la regulación de las consecuencias económicas que conlleva la ruptura para la pareja, en específico para los ex-cónyuges, es limitada en algunos países por el principio de protección al cónyuge más débil (usualmente la mujer). Así sucede en el artículo 3 inciso primero de la Ley de Matrimonio Civil chilena. Véase Espejo, N. y Lathrop, F., 2014, p.137.
[4] Véase los artículos 21, 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil chilena. Este acuerdo debe ser aprobado por un juez que resuelve conforme a un procedimiento de familia contencioso, oral y, en mayor o menor medida, con caracteres de especialización e interdisciplina.
[5] Kemelmajer de Carlucci, 2012.

con su hijo.[6] La investigación tenía por objetivo principal evaluar la aplicación de la normativa civil vigente por parte de tribunales inferiores y superiores de justicia; consejo técnico de los tribunales de familia; mediadores; y abogados y abogadas.

Para el desarrollo de tal estudio se analizó la Encuesta Nacional de Caracterización Socioeconómica (CASEN) de 2009, la cual arrojaba que en los hogares en que la jefatura estaba ligada a una persona cuya relación de pareja había concluido mediante separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, en el 50.6% de los casos dicha jefatura correspondía a una mujer. En estos mismos casos, el hombre sólo alcanzaba un 7.6%. Este hecho hacía vislumbrar que cuando un matrimonio con hijos dependientes a su cargo se separaba o disolvía, con una mayor probabilidad, era la madre a quien se le confiaba su cuidado. Un hallazgo similar, pero para el caso de la ruptura de parejas no casadas con hijos dependientes a su cargo, era posible extraer del hecho de que en aquellos hogares en los cuales la jefatura se atribuía a una persona soltera, en el 66% de los casos, ella era una mujer.

La CASEN de 2017, en cambio, arroja que en aquellos hogares en que la jefatura está ligada a una persona cuya relación de pareja ha concluido (mediante separación, divorcio, nulidad y viudez) en el 18.2% de los casos dicha jefatura corresponde a una mujer, y en un 5.8% a los hombres; con lo cual el descenso en comparación con 2009 es notorio. La misma tendencia se observa para el caso de la ruptura de parejas no casadas con hijos dependientes a su cargo, en aquellos hogares en los cuales la jefatura se atribuye a una persona soltera: en el 13% de los casos ésta es una mujer y en un 7% son hombres.

Es posible que estas cifras se hayan visto modificadas, entre otros varios factores, por la reforma al Código Civil de 2013, que derogó la regla de

[6] Este estudio fue publicado como libro: Lathrop, F., 2013.

atribución preferente a la madre para el otorgamiento del cuidado personal de los hijos en caso de que los progenitores vivan separados.

2. Cuidado personal al momento de la separación de los progenitores: de la regla de orden natural a la de convivencia de hecho

En el estudio aludido anteriormente, realizado en Chile entre 2010 y 2013, analizamos 60 casos sobre cuidado personal y/o relación directa y regular con sentencia de término de nuestra Corte Suprema entre de los años 2007 y 2010, provenientes de Tribunales de la Región Metropolitana. De su examen se pudo concluir que el antiguo inciso primero del artículo 225 del Código Civil —que contenía la regla supletoria de atribución materna del cuidado personal del NNA— tenía fundamental importancia en la adjudicación de derechos en este tipo de causas. Juezas y jueces de familia se sentían "atados y atadas" a aplicar esta norma: la alteración de esta atribución preferente era sumamente difícil, pues debía probarse una efectiva inhabilidad en la madre. ¿Qué ha sucedido desde entonces con esta atribución preferente?

El artículo 225 del Código Civil admitía una interpretación muy restringida, principalmente su inciso tercero, que permitía alterar la atribución legal si el interés superior del NNA en cuestión lo hacía indispensable, fuera por maltrato, descuido u otra causa calificada. En efecto, si los tribunales hubiesen interpretado este inciso en forma más amplia, especialmente la "causa calificada", podrían haber modificado la titularidad del cuidado personal, entregándola al progenitor con mayores habilidades parentales en virtud de los principios de interés superior, de igualdad parental, de coparentalidad y de corresponsabilidad; bastando para ello la construcción de un razonamiento jurídico basado en estándares internacionales. Sin embargo, las sentencias carecían de este tipo de argumentos, con lo cual pudo concluirse que en un gran porcentaje de los fallos analizados no se mencionaban ni aplicaban los principios que la doctrina

tanto internacional como doméstica había desarrollado en materias de familia e infancia.[7]

De los 34 casos examinados que versaban sobre cuidado personal, en sólo el 20.58% se había logrado modificar la atribución legal supletoria: no se alteraba en el 65% de los casos y en el 15% una persona distinta a la madre tenía, de antemano, el cuidado personal.[8] Los argumentos utilizados por el tribunal de primera instancia para modificar esta atribución legal eran: la vulneración de sus derechos y falta de protección por parte del progenitor en el 60% de los casos; las mayores habilidades parentales del progenitor no custodio en el 20% de los casos, y el interés superior del niño en apenas el 20% de los casos.

La decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de abril de 2009 explicaba por qué se estimaba que el artículo 225, inciso primero, del Código Civil era una regla de orden natural, señalando que "[…] la norma del mencionado artículo 225 trasunta congruencia con el generalizado sentido común, cuya fuente se encuentra, en último término, en la naturaleza de las cosas. Dotada ha sido la mujer de las condiciones primarias para relacionarse de la manera que puede considerarse más próxima a lo debido, con sus hijos menores […]".[9]

Este tipo de consideraciones judiciales no estaban fundadas en el interés superior del NNA sino en estereotipos de género y prejuicios sociales. Este principio exige que el titular o los titulares de su cuidado sean la o las personas más hábiles para ello en atención a una serie de circunstancias encaminadas a asegurar su bienestar, las que deben ser ponderadas en el caso en concreto y no estar *a priori* relacionadas con el sexo de sus progenitores ni con la edad y sexo de los hijos.[10]

---

[7] Lathrop, 2013, p. 94.
[8] Lathrop, 2013, p. 95.
[9] Corte Suprema de Chile, Rol 510-2009.
[10] El párrafo 67 de la Observación General núm.14 del Comité de Derechos del Niño, de 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14), sobre "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración

La reforma efectuada por la Ley 20.680, de 21 de junio de 2013, "que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados", corrigió esta regla. Esta ley reemplazó la norma supletoria de atribución preferente materna por una que considera la situación de hecho en la que se encuentra el NNA, es decir, con cuál de los progenitores convive al momento de la separación de los mismos. Así, deben distinguirse tres tipos de atribución cuando los progenitores viven separados: legal, convencional y judicial.

La regla de *atribución legal* está contenida en el artículo 225, inciso 3o., del Código Civil: si los progenitores viven separados, el cuidado personal lo tiene el progenitor que conviva con el hijo.

La regla de *atribución convencional* está contenida en el artículo 225 incisos 1o. y 2o., del Código Civil. El acuerdo de los progenitores 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.[11] Es importante tener en cuenta que este acuerdo debe establecer la frecuencia y libertad con que el progenitor que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

---

primordial (artículo 3, párrafo 1)" establece: "El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, **el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos**. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso." Énfasis añadido.

[11] Conforme a un estudio de evaluación de la aplicación de la Ley 20.680, las actas aprobadas por el Oficial del Registro Civil referidas a acuerdos de cuidado personal pasaron de 218 en 2014 a 669 en 2018. Sin embargo, el estudio afirma que aquella cifra continúa siendo baja si se compara con la cantidad de hogares monoparentales registrados en el Censo 2017 (para el año 2017 existían 717 732 hogares de este tipo). En cuanto a las escrituras públicas, las notarías no llevan registros especiales sobre ello, y no existen estadísticas al respecto. *Cfr*. Cámara de Diputados de Chile, 2019, p. 21.

Además, a partir de 2013, los progenitores pueden acordar el cuidado personal compartido, es decir, que el hijo viva tiempos similares bajo cuidados cotidianos de ambos progenitores. Conforme al artículo 225, inciso 2o. del Código Civil, 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. El tenor de la ley parece restringir esta modalidad sólo a la convención, descartando la atribución judicial de la misma.[12] Más adelante volveré sobre esto.

A las normas del Código Civil que regulan el acuerdo de los progenitores sobre el cuidado personal se debe agregar la establecida en los artículos 21, 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil 19.947 de 2004, que permite pactar el cuidado personal compartido en el acuerdo que debe acompañarse a la solicitud de divorcio o de separación de mutuo acuerdo.

A este respecto cabe agregar que existe una práctica judicial del todo cuestionable; se trata de una tendencia que no aprueba cierto tipo de acuerdos referidos a cuidados personales. Así, respecto a la procedencia de la intervención del juez durante el proceso en que se esté buscando llegar a un acuerdo entre los progenitores, y considerando que la ley ya

[12] El Tribunal Constitucional chileno conoció de un recurso de inaplicabilidad de esta regla en fallo Rol No. 2.699-14, de 17 de junio de 2015. Al requirente le había sido denegada, *ad limine*, su solicitud de cuidado personal compartido ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, debido a que esta figura sólo procedía ante el acuerdo de los progenitores. Ante ello, el requirente sostuvo que dicha decisión respondía a una errada interpretación y que implicaba una infracción a diversas disposiciones constitucionales y a lo dispuesto en el artículo 224 del Código Civil, en virtud del cual los padres tienen derecho a ejercer el cuidado personal de los hijos, aun cuando vivan separados. El Tribunal Constitucional sostuvo que "la atribución del cuidado personal del niño al progenitor con el que convive, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. Y, por lo demás, en el contexto fáctico en que la regla está llamada a operar —vida separada de los padres— no resulta irracional ni desproporcionado que el padre que viva con el hijo sea aquel al que la ley le atribuya su cuidado personal, sin dejar la cuestión en indeterminación, mientras los padres, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que en estas materias sensibles se les reconoce y cuyo ejercicio promueve el legislador, arriban a la formalización de algún acuerdo o, bien, recurren al tribunal competente para que zanje quién debe detentar dicho cuidado […]" (considerando decimosexto).

establece la escritura pública y el acta otorgada por el Registro Civil para regular el cuidado personal compartido, se ha señalado que "hay quienes están en la postura de que al juez no le corresponde [aprobar los acuerdos establecidos en actas y escrituras públicas], ¿por qué no le corresponde? porque bueno, si es un equivalente a dos figuras que establece la ley para qué el juez va a tener que aprobarla si forma parte de la libertad de las partes para tomar esa decisión".[13] Es cuestionable esta práctica porque una sospecha de validez o de innecesariedad debe ceder ante la promoción y protección de los acuerdos alcanzados.

Además, a partir de 2013, los progenitores pueden acordar el cuidado personal compartido, es decir, que el hijo viva tiempos similares bajo cuidados cotidianos de ambos progenitores. Conforme al artículo 225, inciso 2o. del Código Civil, 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.

3. Concreción de criterios de atribución del cuidado personal

La Ley 20.680 introdujo una importante modificación a las reglas sobre atribución del cuidado personal de NNA. El artículo 225-2 del Código Civil vigente señala los criterios y circunstancias no taxativas a considerar en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal en los juicios seguidos entre progenitores. Estos criterios deben ponderarse conjuntamente:

a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.

[13] Cámara de Diputados de Chile, 2019, pp. 56-57.

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 5o. del artículo 229 del Código Civil.
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.

La incorporación de estos criterios ha sido, a mi juicio, la modificación más relevante de la Ley 20.680. El espíritu de esta reforma era, como lo señala su título, proteger la integridad del NNA ante la separación de sus progenitores. El propósito inicial del proyecto de ley era introducir el cuidado personal compartido como sistema de organización del cuidado supletorio o al menos proritario. Durante la discusión del proyecto, este propósito se fue ampliando hasta reformar estructuralmente las reglas del cuidado personal en general, dejando de centrarse en su modalidad compartida. Es por ello que esta ley, equívocamente conocida como de cuidado personal compartido en la jerga común, terminó siendo más bien un cuerpo normativo sobre cuidado personal y relación directa y regular.[14]

[14] El Boletín No. 5.917-18 contenía una de las dos mociones parlamentarias que originaron la Ley 20.680. Esta moción proponía modificar el inciso primero del artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido: "Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en

Al incorporar estos criterios, el legislador chileno contribuyó positivamente a la determinación del interés superior del NNA en materias de cuidado personal y relación directa y regular, toda vez que ellos colaboran a su concreción ordenando pautas de análisis al juez o jueza. Con esto se siguió la tendencia proveniente del derecho anglosajón y del derecho catalán, entre otros países, y que sería recomendada por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General núm. 14 de 2013.[15]

La Corte Suprema de Chile ha relevado la existencia de estos criterios y aclarado su consideración holística. En sentencia de 19 de febrero de 2020 resolvió el caso de un padre que presenta demanda de cuidado personal y de alimentos respecto de su hija, cuestión que es aceptada por el tribunal de primera instancia. Luego, el tribunal de segunda instancia (Corte de Apelaciones de San Miguel) revoca la sentencia en todas sus partes, al considerar que el padre no se encarga directamente de la hija,

---

principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cuál padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos". Énfasis añadido.

[15] Los párrafos 50 y 51 establecen: "50. El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto. Todos los elementos de la lista deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. La lista debe ofrecer orientaciones concretas y, al mismo tiempo, ser flexible.

51. La elaboración de esa lista de elementos proporcionaría orientación a los Estados o los responsables de la toma de decisiones cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los niños, como la legislación en materia de familia, adopción y justicia juvenil, y, en caso necesario, se podrían añadir otros elementos que se considerasen apropiados de acuerdo con su propia tradición jurídica. El Comité desea señalar que, al añadir elementos a la lista, el fin último del interés superior del niño debería ser garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico. Por consiguiente, los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños." Énfasis añadido.

Cabe recordar que el Estado chileno había sido condenado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el Caso Atala e Hijas vs. Chile, en 2012, señalando que: "[...] la determinación del interés superior del niño […] se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, en daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas [...]." (párrafo 109).

sino que lo hace su conviviente. Lo anterior lleva al demandante a presentar un recurso de casación en el fondo (es decir, anular la sentencia), dando cuenta de que, al establecer una preferencia injustificada en favor de la madre se ha infringido el principio de corresponsabilidad parental y la ponderación de los criterios legales existentes para su determinación, más allá de que los haya enunciado.

Conociendo de este recurso, la Corte Suprema declaró que la sentencia recurrida no había realizado un análisis acabado de todos los criterios del artículo 225-2 del Código Civil a la luz del interés superior de la niña, pues se había considerado únicamente que el padre no ejercía su cuidado diario, dejándola con su conviviente o familiares cercanos, a fin de contribuir económicamente a la familia. Además, la Corte aclaró que la madre cursaba estudios técnicos, lo que supondría encomendar, al igual que el padre, el cuidado de su hija a otras personas.

Finalmente, la Corte afirma que:

> En efecto, el análisis conjunto de los elementos establecidos en el artículo 225 2 del Código Civil, sobre la base de los hechos que se dieron por acreditados en la sentencia impugnada, permite concluir que si bien ambos padres son aptos para la crianza de su hija y cuentan con habilidades parentales similares, sin que la niña manifieste una opción muy clara por mantenerse con uno u otro, deseando compartir con ambos en términos similares, lo cierto es que existen circunstancias que permiten concluir que el padre puede ofrecer condiciones más favorables al óptimo desarrollo de la niña, en particular, en lo relativo a la estabilidad y estructura que requiere en esta etapa de su ciclo vital, dado que la madre ha alterado su domicilio y núcleo familiar en dos oportunidades, al dejarla al cuidado del padre y, luego de unos meses, regresarla a su hogar, que comparte con diversos miembros de su familia de origen, entre ellos, un hermano a quien se vinculó con la situación de abuso en la esfera de la sexualidad vivida por M.; mientras que el padre, quien ha estado siempre presente en su

> crianza y educación, la incorporó a una familia compuesta por su pareja, la hija de ésta, de edad similar a la niña, y el hijo nacido de la relación, donde, según se desprende de los antecedentes incorporados y de los dichos de la niña, ha recibido tanto cariño como reglas y disciplina, además de mantener un contacto fluido y regular con la progenitora, y con sus abuelos y otros miembros familiares por línea paterna y materna.[16]

Asimismo, el 23 de mayo de 2017, la Corte Suprema se refirió al impacto de la reforma de 2013 en los siguiente términos:

> en tal circunstancia, los jueces del fondo cometen un error de derecho al interpretar la norma [inciso tercero artículo 225] en la forma en que lo han hecho, lo que ha tenido evidente influencia en lo dispositivo del fallo, desde que es posible observar que todo el razonamiento está orientado a ajustarse a tal predicamento, en el sentido de apreciar los distintos elementos probatorios bajo la mirada de si son suficientes para derrotar el criterio legal preferido, o alterar el estándar legislativo priorizado, en circunstancias que, como se ha dicho, no existe tal priorización o preferencia legal, en la medida que lo único que interesa es desentrañar con quién los niños habrán de estar mejor, es decir, cuál de los padres está en condiciones de proveer mejor a su interés superior, que no es otro que el que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad, concepto en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso.[17]

Este fallo sentó jurisprudencia al determinar que no existe una regla supletoria que haya venido a reemplazar la atribución preferente a la madre,

[16] Corte Suprema de Chile, Rol 26.257-2018, considerando cuarto.
[17] Corte Suprema de Chile, Rol 99.861-16, considerando quinto.

sino que el principio del interés superior del NNA es el que orienta la decisión judicial en este tipo de conflictos entre progenitores.[18]

4. Efectos del reconocimiento legal del principio de corresponsabilidad parental

La Ley 20.680 reconoció expresamente un principio del derecho de familia: el de corresponsabilidad parental.[19] En el artículo 224, inciso 1o., del Código Civil se indica que: "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos".

Este principio ha importado una redefinición de la parentalidad ejercida tanto durante la vida en pareja de los progenitores como cuando se encuentran separados, constituyendo una orientación transversal para el desarrollo de las funciones paternas y maternas, cualquiera que sea el régimen que organiza el cuidado de los hijos. A mayor abundamiento, ha importado un cambio de paradigma cuando este derecho y deber está radicado solo en uno de los progenitores, pues enfatiza que no obstante esta unilateralidad, quien no es su titular debe ejercer activa, equitativa y permanentemente roles de crianza y educación.

La Corte Suprema de Chile, en sentencia de 18 abril de 2018, ha señalado que la finalidad última de este principio consiste en que el niño disfrute a ambos padres de la manera más natural, formadora, sana y afectiva posible, garantizando la mayor cercanía al criterio y expectativa de lo óptimo; considerando siempre su interés superior como objetivo fundamental, en lo que los padres deben cooperar y deponer sus propios beneficios.[20]

---

[18] Lathrop, 2017, pp. 323-336.
[19] Lathrop, 2009, pp. 209-213.
[20] Corte Suprema de Chile, Rol 42.651-2017, considerando tercero de la sentencia de reemplazo.

Adicionalmente, ha señalado, en sentencia de 11 de marzo de 2020:

> Con todo, conforme el tenor del inciso 1o. del artículo 224 del Código Civil, es el principio de la corresponsabilidad el que prima en el tema de que se trata, que apunta a la distribución de responsabilidades o al ejercicio mancomunado del cuidado personal, crianza y educación de los hijos, esto es, que insta a que ambos padres se comprometan y participen en forma activa, equitativa y permanente en dichas actividades aunque no haya vida en común, para procurar su mayor realización espiritual y material posible, por ende, tiene el carácter de principio informador en lo tocante a la crianza de la prole; surgiendo, como contrapartida, el derecho correlativo de los hijos a que sus progenitores velen por ellos.[21]

En suma, la reforma de 2013 repercutió estructuralmente en la concepción de las relaciones entre progenitores e hijos, entre progenitores propiamente, y entre éstos y sus familias más extensas; pero también en contextos extrafamiliares del NNA. Con ello, puede observarse un cambio en el razonamiento judicial, en la adopción de acuerdos parentales en contextos de separación, y en los términos de las conciliaciones y mediaciones; y, asimismo, en ciertas actuaciones administrativas que van direccionando en el ámbito educacional el ejercicio de la corresponsabilidad.

En cuanto a las *repercusiones judiciales*, un análisis realizado por la Corte Suprema de Chile da cuenta de la aplicación de la Ley 20.680.[22] Entre las cifras que el estudio comenta se señala que la persona a quien se le entregó el cuidado personal del NNA en actas de mediación[23] aprobadas por Tribunales de Familia el año 2018, fue:

---

[21] Corte Suprema de Chile, Rol 4.528-2019, considerando cuarto.

[22] Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile, 2019.

[23] La mediación familiar fue introducida en Chile en el año 2005, asociada a los Tribunales de Familia que ese año se crearon en el país. Es obligatorio acudir previamente a esta instancia autocompositiva en materias de cuidado personal, relación directa y regular, y alimentos. Las demandas que versan sobre estas cuestiones deben acompañarse de un certificado que acredite haber realizado la mencionada mediación.

- A la madre en el 55%; al padre en el 25.4%; a la abuela en el 8.3%; al padre y madre, distribuyendo a sus dos hijos, en el 3.6%; a la familia extensa (no abuelo ni hermano) en un 2.6%; compartido en un 1.6%; a los abuelos maternos en un 1%; y a un hermano en un 0.5%.

Como puede apreciarse, la mayoría de los acuerdos adoptados por los progenitores en mediación otorgan el cuidado personal del hijo a la madre.

Por otro lado, del análisis de las 245 causas seleccionadas cuyo término correspondió a conciliación, se observa que se acordó entregar el cuidado personal:

- Al padre (32.6%), a la madre (29.3%), a la abuela materna o paterna indistintamente (17.4%), a la familia extensa (10.3%); en menor medida, se acordó el cuidado personal compartido del o los hijos o hijas (4.5%), o se entregó el cuidado personal al abuelo materno o paterno indistintamente (1.2%), al hermano (0.8%) o a la hermana (0.4%).

Es decir, en la mayoría de las conciliaciones se otorga el cuidado personal al padre varón.

Asimismo, la persona a quien se entregó el cuidado personal del NNA por sentencia definitiva el año 2018 es:

- El padre (21.9%), la madre (27.2%), la abuela materna o paterna indistintamente (26%), la familia extensa (7.7%), ambos progenitores en virtud del cuidado personal compartido del o los hijos o hijas (1.2%), el abuelo materno o paterno indistintamente (1.2%), y el hermano (1.2%).

Estos últimos datos son significativos pues evidencian que los tribunales que han dictado sentencia definitiva, si bien continúan atribuyendo en

mayor medida el cuidado personal a la madre, comparativamente, sólo lo es en cinco puntos porcentuales más que la atribución paterna. Esto da cuenta del impacto de la Ley 20.680 en el razonamiento judicial, en cuanto actualmente la norma a aplicar es neutra en términos de género de los progenitores. Asimismo, destaca el hecho de que el porcentaje de atribución materna sea sólo un punto porcentual más alto que el de la atribución a la familia extensa del NNA.

En todo caso, un estudio jurisprudencial arrojó que los tribunales de familia aún no llenan de contenido las cláusulas generales contenidas en los artículos 224 y 229, incisos tercero y cuarto, del Código Civil, por cuanto no establecen —dado el caso concreto que tienen que resolver— en qué forma el progenitor no custodio participa en la crianza y educación de sus hijos. En este sentido, los fallos estudiados establecerían una extensión temporal de la relación directa y regular de no más que cuatro o cinco días al mes, sin señalar la forma en que el progenitor no custodio participa en la crianza y educación de los hijos. La ley de 2013 estaría siendo aplicada de manera de establecer facultades y derechos prácticamente desnudos para tal padre o madre.[24]

No puede dejar de mencionarse que los criterios judiciales han llegado a flexibilizarse de notable manera en cuanto a los titulares del cuidado personal, llegando a reconocer la función que ejerce la pareja de los mismos. En este sentido, cabe destacar el fallo en el cual se otorgó tal cuidado al padre para ser ejercido en conjunto con su pareja; el tribunal dispuso: "II.- Que, en consecuencia, se confiere el cuidado personal definitivo de la niña […], [a] su padre […], que en los hechos será ejercido en coparentalidad con doña E.C.A." (E.C.A. su pareja).25

En cuanto a las *repercusiones extrajudiciales* de la reforma de 2013, en el plano administrativo se produjeron consecuencias positivas. Así, la

[24] Barcia, 2018, p. 505

[25] Tribunal de Familia de Valparaíso, 24 de mayo de 2018. Se omiten mayores antecedentes de la causa para protección de la identidad e intimidad de las personas involucradas.

Superintendencia de Educación de Chile dictó una resolución que "Fija sentido y alcance de las disposiciones sobre derechos de padres, madres y apoderados en el ámbito de la educación", de 11 de enero de 2016. Al referirse al derecho a ser informado, a ser escuchado y a participar y asociarse, esta resolución señala:

> Los padres y madres, o quienes gocen de la tuición o tengan la representación legal del alumno o alumna, de preferencia deben designar a una persona para que ejerza este derecho en las instancias establecidas, de conformidad a las disposiciones que la institución contemple en su reglamento interno, sin perjuicio de que, en aquellos casos en que no se formalice esta designación, ambos puedan ejercerlo indistintamente.

Al abordar la regulación y restricciones al ejercicio de estos derechos, establece que

> […] las resoluciones que se pronuncian sobre la relación directa y regular y de los padres y madres no custodios respecto de sus hijos e hijas en tanto no hagan referencia a situaciones de contexto escolar, no obligan a la institución en ningún caso, y no pueden ser invocadas por los interesados para hacer efectivo el cumplimiento de dicha resolución judicial, es decir, el padre o madre no podrá solicitar al establecimiento educacional consideraciones especiales para el cumplimiento del régimen de visitas en tanto no estén expresadas en la respectiva resolución judicial. [26]

Antes de dictarse esta resolución, constituía una práctica el que la persona que tenía el cuidado personal del hijo —que pasaba a ser el único

[26] Superintendencia de Educación de Chile, Ordinario Circular 8CRD No.27, 11 de enero de 2016. Respecto de los derechos de padres o madres que no tienen la tuición de sus hijos, señala que: "[…] aunque no sean apoderados y no tengan el cuidado personal de sus hijos, están obligados a garantizar y respetar: a. su derecho a asociarse y a participar en las organizaciones de padres y apoderados. B. su derecho a participar en reuniones de apoderados. C. su derecho a tener acceso a los informes educativos del alumno de la misma forma que el padre o madre que está registrad como apoderado ante el establecimiento. D. su derecho a participar en actividades extraescolares, fiestas de fin de curso, paseos, primeras comuniones, día del padre y/o madre".

apoderado frente al establecimiento— excluyera al otro progenitor de las decisiones educacionales. La lógica exclusivamente unilateral del cuidado después de la separación confirmaba al padre varón en su función meramente proveedora, sin incidencia en la vida educativa, religiosa, sanitaria y cotidiana —salvo cuando se desarrollaban las "visitas"—.

Desde un punto de vista *sociológico*, al comparar ciertos datos estadísticos anteriores y posteriores a 2013, no es posible advertir transformaciones claras en las funciones familiares postseparación o postdivorcio.

En un plano general, en Chile, conforme a la Encuesta Nacional Bicentenario de 2007, un 64% de las personas estimaba que la familia se descuidaba si la mujer trabajaba a jornada completa. La misma encuesta, en el año 2019, indica que este porcentaje había disminuido a un 56% frente a la misma pregunta.[27] No obstante, según la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo de 2015, mientras las mujeres cargan con el 42% de las horas destinadas como pareja al trabajo remunerado, asumen el 68% de las dedicadas al trabajo no remunerado. Es decir, las mujeres tienen jornadas más cortas en el mercado laboral que sus parejas; y aunque 9 de cada 10 hombres dedica algún momento del día a labores no remuneradas, no alcanzan a compensar la mayor carga que las mujeres asumen en el hogar.[28]

Este mismo instrumento de medición arroja que las horas promedio dedicadas en un día al trabajo no remunerado en parejas heterosexuales adultas (24 a 59 años) que cohabitan y en que ambos están ocupados, es de 6.6 para la mujer y 3.2 para los hombres. En lo que se refiere estrictamente al trabajo doméstico, las mujeres aportan con el 70% de las horas destinadas como pareja, dedicándole 4.2 horas en un día tipo versus las 1.8 que aportan los hombres.[29]

---

[27] Encuesta Nacional Bicentenario. Disponible en: «https://encuestabicentenario.uc.cl/resultados/?slug=sociedad» (Consultada el 20 de junio de 2020).
[28] Comunidad Mujer, 2017, p. 4.
[29] *Idem*.

La tasa de participación y horas promedio dedicadas a actividades de cuidado no remunerado del hogar, en parejas heterosexuales adultas (24 a 59 años) que cohabitan y ambos están ocupados, según sexo y perfil del sujeto de cuidado, es la siguiente: integrantes de 0 a 4 años, 4 horas en el caso de las mujeres y 1.9 en el del varón.[30]

Estos estudios evidencian que las funciones familiares permanecen aún esterotipadas en el contexto social chileno. Es importante tener en cuenta este dato al analizar las razones por las cuales una figura más asociativa del cuidado de los hijos postseparación —el cuidado compartido— no ha permeado social ni jurídicamente como se esperaba. Finalmente, es relevante considerar esta falta de asociatividad, pues, como se ha señalado, los avances en materia de habilidades parentales sugieren que la corresponsabilidad familiar es un elemento clave para la adquisición de mayores grados de autonomía y sentido de eficacia de los progenitores (autoeficacia parental). Por lo anterior, la corresponsabilidad familiar es un factor de importancia para la mejora de las relaciones entre los progenitores y entre éstos y sus hijos. Al mismo tiempo, las interacciones en el medio familiar (incluida la distribución de responsabilidades en casa) producen el proceso en el cual se adquieren los principios básicos de convivencia social, el cual tiene repercusiones considerables en el mundo social-laboral de la persona y de la futura familia.[31]

5. La facilitación de la relación directa y regular como expresión de la corresponsabilidad parental

La ley chilena no reconoce derechos adicionales al de un régimen comunicacional en favor del progenitor que no ejerce el cuidado personal,[32]

[30] *Idem*.
[31] Gómez y Jiménez, 2015, p. 391.
[32] Barcia, 2017, pp. 219-254; Barcia, 2018, pp. 469-512.

por lo cual, tal régimen constituye, en la mayoría de los casos, el único medio formalmente regulado que permite ejercer la corresponsabilidad parental. En familias con alta conflictividad, la relación directa y regular suele incumplirse cuantitativamente y/o cualitativamente, sea por el progenitor no custodio o por el progenitor custodio, verificándose en este último caso, lo que se denomina "obstaculización de la relación directa y regular".

A consecuencia de estos niveles de conflictividad, también se observa un aumento sostenido en la iniciación de causas por sustracción y consecuente restitución internacional de niños. La práctica indica que buena parte de hechos constitutivos de estos ilícitos se encuentran asociados a situaciones de incumplimiento de regímenes de cuidado personal y de comunicación.[33]

Estos elementos demuestran la débil virtualidad práctica de los mecanismos de protección del régimen comunicacional y el escaso impacto disuasivo que presentan en contextos complejos de incumplimiento. En América Latina no existe intervención sistematizada sobre este tipo de conflictos, más allá de lo que dispone la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, debido a las dificultades en la comunicación y procedimientos que lleva adelante cada Autoridad de Aplicación nacional. Se pretendió llevar adelante un "Ley Modelo" para unificar criterios en los procesos de restitución, pero hasta la fecha no se han implementado este tipo de medidas.[34]

---

[33] Según cifras proporcionadas por la profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Javiera Verdugo, abogada de la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial de Chile, las solicitudes de restitución, tanto entrantes como salientes, han aumentado de 39 en 2016 a 86 en 2019. Del 2016 al 2018, 59 de las demandas de sustracción que conoció la mencionada oficina fueron salientes, es decir, en que el niño o la niña debía volver a Chile. Según su experiencia, las solicitudes de restitución van en aumento año con año, cuestión que se explica por la alta conflictividad familiar presente, así como por el incremento de los procesos migratorios y de las familias transnacionales. Véase «http://www.cajmetro.cl/cuenta-publica-de-la-corporacion-de-asistencia-judicial-de-la-region-metropolitana/» (Consultada el 30 de junio de 2020).

[34] Disponible en: «http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf» (Consultada el 30 de junio de 2020).

En Chile, la Ley 20.680 de 2013 introdujo modificaciones en orden a fortalecer la protección del régimen comunicacional. Así, el artículo 229, inciso quinto, del Código Civil aspira a ello al establecer que "El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo". En este mismo sentido, la nueva redacción que la Ley 20.680 dio al artículo 225-2 d) del Código Civil ordena al juez, al momento de decidir sobre el cuidado personal del hijo, entre otros criterios y circunstancias: "La actitud de cada uno de los padres (progenitores) 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 artículo 229 inciso quinto."

La reforma de 2013 quiso promover el ejercicio de la responsabilidad parental favoreciendo al "progenitor amigable",[35] es decir, permitiendo al juez considerar que es más apto para ejercer el cuidado personal del hijo el progenitor que no obstaculiza la relación de los hijos con la persona que no convive con ellos. La obstaculización de la relación directa y regular entre el NNA y su progenitor no custodio atenta contra el principio del interés superior y el principio de corresponsabilidad parental.

En Chile, doctrinal y jurisprudencialmente se acepta como causa suficiente para atribuir el cuidado personal del NNA al progenitor que favorece más la coparentalidad, cooperando y garantizando el contacto con el padre o la madre no custodio.[36] Acuña ha desarrollado esta obstaculización como un ejercicio abusivo del cuidado personal.[37] Al referirse a la

[35] Este criterio es el denominado "friendly parent" por la doctrina anglosajona. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, varios Estados consideran como factor para atribuir el cuidado personal, qué padre o madre está más dispuesto a permitir contacto frecuente con el otro progenitor. Por ejemplo, en Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375.(2)(6), de 28 de agosto de 2001 (actualizados por el Estado en 2013).
[36] Además, la legislación chilena establece la recuperación del tiempo perdido cuando ha mediado obstaculización, y la dictación de órdenes de arrestos o de multas proporcionales en el artículo 48 de la Ley de Menores 16.618, de 1967.
[37] Acuña, 2018, pp. 271-287.

buena fe que debe guiar el actuar de los progenitores, señala que este principio entraña la colaboración entre ambos al momento de ejercerse el derecho y deber de relación directa y regular con los hijos; ello atañe tanto a su titular formal como al que ejerce el cuidado personal. La colaboración implica que en el desarrollo del régimen comunicacional el progenitor no custodio deberá cuidar de no afectar la custodia del otro; su ejercicio no puede ser intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso. Por su parte, el progenitor cuidador debe respetar el derecho de relación, facilitando los contactos, posibilitando el ejercicio del derecho y abstenerse de conductas obstruccionistas.[38]

Cuando se obstruye o limita este régimen se infringen los artículos 9 y 18 de la CDN, causando perjuicio a la formación integral del NNA, al privarle de una vivencia, contacto y referente relevante en su desarrollo. Desde las ciencias sociales se alude a la desparentalización como un proceso psicosocial impuesto, y asumido, que limita o inhibe, parcial o totalmente el derecho a ejercer la parentalidad, sin existir un justificante o un motivo.[39]

---

[38] Estas últimas conductas pueden constituir incumplimiento total cuando impiden a todo punto el ejercicio del régimen de relación, por ejemplo, no entregando al NNA; o bien, cumplimiento imperfecto o defectuoso, en dos supuestos: al impedir que el ejercicio se efectúe adecuadamente del modo previsto (por ejemplo, retrasa la entrega, altera los días, no informa de situaciones imprevistas relativas al hijo); y cuando imposibilita que el ejercicio del derecho cumpla los fines a que está destinado, lo que materialmente no impide la relación pero la envenena (por ejemplo, no respeta la intimidad que supone la vinculación padre/hijo, crea un clima adverso, desvirtúa la imagen del padre). Cfr. Acuña, M., 2017, pp. 415 y 418.

[39] *Cfr. Ibid.*, p. 421. El Comité de los Derechos del Niño, el 12 de marzo de 2020, emitió un dictamen refiriéndose a la obstaculización reiterada por parte de una madre custodia del contacto entre un padre varón y su hija. El dictamen recomienda: "a) Adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución inmediata y efectiva de las decisiones judiciales de manera amigable para los niños, con el fin de restablecer y mantener el contacto entre el niño o niña y sus padres; b) Capacitar a los jueces, los miembros de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia y otros profesionales competentes sobre el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular y, en particular, sobre la observación general núm. 14 del Comité." En el párrafo 8.4 del examen de fondo estableció que: "La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones […] son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes)". En el párrafo 8.8 añadió: "Habida cuenta de lo anterior, el Comité considera que la falta de medidas efectivas adoptadas por el Estado parte para garantizar el derecho de la hija del autor a mantener relaciones personales y contacto directo con su padre de manera regular, privó a la niña

La Corte Suprema chilena, en sentencia de 30 de marzo de 2020, señaló a este respecto: "[…] Que la institución de derecho de familia que regula el artículo 229 del Código Civil está consagrada como un "derecho deber" […] como a la progenitora que carece de su cuidado personal para relacionarse con ella y, con ello, ejercitar la corresponsabilidad; por lo tanto, la relación directa y regular tiene por objeto propender a la mantención periódica y estable del lazo familiar entre el hijo y su padre o madre que no ejerce su cuidado personal, que permita fomentar una relación cercana entre ellos, que está fundamentada en el vínculo de filiación que los une, razón por la que, la norma legal citada velando por el interés superior de la hija mandata que no debe ser obstaculizado por quien lo tiene a su cuidado, limitando su suspensión o restricción sólo en el evento que perjudique su bienestar, esto es, de manera excepcional, para cuyo efecto la decisión debe ser debidamente fundada".[40]

Anteriormente, en sentencia de 5 de junio de 2018, resolvió que: el padre, que en la actualidad tiene su cuidado personal, no ha demostrado una actitud de cooperación con la madre, sino que, por el contrario, ha puesto obstáculos para que mantenga una relación directa y regular con el niño, sin que existan razones justificadas para ello. Lo anterior, es de suma importancia, porque al no garantizar una relación directa y regular entre ellos, perturba la estabilidad emocional del niño, quien para su pleno desarrollo requiere mantener una vinculación afectiva, cultivada a partir de una relación sana y cercana, con ambos padres.[41]

En fallo de 14 de febrero de 2019, la misma Corte señaló: "Que, en concepto de este tribunal, no resulta discutible la intensa conexión que existe

---

del disfrute de sus derechos en virtud de la Convención"; y que "las autoridades no cumplieron las órdenes del tribunal de manera oportuna y eficaz, y que no tomaron las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de esas órdenes para asegurar el contacto del autor con su hija". Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 30/2017 (Estado Parte: Paraguay). Énfasis añadido.

[40] Corte Suprema de Chile, Rol 4.963-2019, considerando quinto.

[41] Corte Suprema de Chile, Rol 43.557-2017, considerando primero.

entre el interés superior del niño y la relación directa y regular tanto con el padre como con la madre y que, según lo que se tuvo por acreditado, es precisamente esa relación la que la madre obstaculizó mientras tenía a los niños bajo su cuidado, no así el padre". Aquí no se cuestiona el profundo amor que pueda sentir la madre por sus hijos; el problema es que, a pesar de ese sentimiento, mientras tenía la custodia, dados los hechos que se tuvieron por acreditados, se puede inferir que influyó para que tuvieran una percepción negativa del padre y obstaculizó de manera permanente y consistente el régimen comunicacional con él.

De esta manera, aun cuando fuera efectivo lo que se afirma en el considerando quinto de la sentencia de alzada, según el cual, ninguno de los dos —el padre y la madre— tiene ventajas evidentes y marcadas que lleven a preferirlo para otorgarle el cuidado personal, lo cierto es que resulta menester recordar la letra d) del artículo 225 2 del Código Civil; su tenor es el siguiente: «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».[42]

En todo caso, cabe tener en cuenta que en situaciones complejas los tribunales chilenos se inclinan por establecer un funcionamiento detallado del régimen de contacto, con el fin de evitar conflictos futuros entre las partes. Asimismo, con tal fin se ordenan regímenes más rígidos que lo normal. Por su parte, los casos más recurrentes en los que se restringe o suspende este derecho-deber son los referidos a violencia intrafamiliar y los de vulneración grave de derechos de NNA, como cuando hay antecedentes de abuso sexual por parte del progenitor que no ejerce el cuidado personal o por parte de alguna persona con quien éste conviva. En estos casos de grave conflictividad, el régimen de comunicación puede quedar supeditado al cumplimiento de alguna terapia u otra obligación impuesta

[42] Corte Suprema de Chile, Rol 14.794-2018, considerando sexto.

por el tribunal; o puede ordenarse que para la materialización del régimen se acuda a casas de parientes o de terceros neutrales.[43]

6. El cuidado personal compartido como expresión de la corresponsabilidad parental

6.1. Chile

La parentalidad corresponde a la capacidad práctica que posee una persona (padre o madre, en principio) para atender las necesidades de sus hijos, asegurar su protección, educarlos y facilitar su proceso de socialización.[44] Al producirse la separación de los progenitores de un NNA, el modo en que se ejerce esta capacidad varía, pues las circunstancias fácticas cambian: comúnmente deja de compartirse la misma vivienda, con lo que se ven afectadas las rutinas y los espacios de comunicación. La ruptura de la pareja no importa, o más bien no debería importar, una afectación negativa de la responsabilidad parental; de hecho, los vínculos afectivos y los cuidados entre progenitores e hijos podrían fortalecerse.

Como señalé, al impulsarse la reforma chilena de 2013, el proyecto de ley que dio lugar a la Ley 20.680 buscaba que el cuidado personal compartido se transformara en la regla general de organización del sistema de vida cotidiano del NNA cuando sus progenitores viven separados, en el entendido de que ello era lo más aconsejable para su bienestar.[45]

Al interpretarse que este modelo compartido de organización procede sólo previo acuerdo de los progenitores, los tribunales no lo ponderan

[43] Lathrop, 2013, pp.129-135.
[44] Acuña, 2018, p. 11.
[45] El Boletín No. 5.917-18 contenía una de las dos mociones parlamentarias que originaron la Ley 20.680. Esta moción proponía modificar el inciso primero del artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido: "Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido *y surgiere disputa sobre cuál padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos*". Énfasis añadido.

siquiera como alternativa —a lo más, pueden propender a las partes a llegar a ciertos acuerdos en tal sentido— cuando una de las partes lo solicita fundadamente; por ejemplo, si venía desarrollándose compartidamente el cuidado cotidiando antes de gatillarse el juicio (muchas veces encubierto como un régimen de relación directa y regular amplio).[46] El progenitor que se resiste a adoptar esta figura tiene un arma potente para sostener su negativa: hasta el momento, ni aun cuando el tribunal lo estima conveniente para el interés superior del hijo en un caso en concreto, puede fijarla como modalidad.[47]

[46] En el Boletín No. 5.917-18, el cuidado personal compartido operaba como regla de aplicación general, legal y supletoria; el cuidado unilateral se atribuía en caso de disputa a través de sentencia judicial. En el Boletín No. 7.007-18 se permitía pactar la modalidad compartida y, a falta de acuerdo, decidía el juez, es decir, se entendía que podía también establecerla. Luego, en una indicación sustitutiva del Poder Ejecutivo de 30 de marzo de 2011 (oficio 001.359/), se establecía la posibilidad de que el juez atribuyera el cuidado personal compartido como sanción al progenitor que convive con ellos en caso de que obstaculizara la relación directa y regular con el no custodio o cuando realizara falsas denuncias o demandas a fin de perjudicarlo. Sin embargo, esta situación cambió a partir de las indicaciones sustitutivas presentadas por el Poder Ejecutivo el 20 de diciembre de 2011 (oficio 426-359/), que fueron acogidas por unanimidad en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, y cuyas razones fueron resumidas por la señora Diputada Marisol Turres, informante de la Comisión durante la discusión en particular en sala de la Cámara de Diputados: "se elimina la facultad del juez de entregar el cuidado personal de los hijos menores a ambos padres, ante situaciones de obstaculización del régimen de relación directa y regular o ante denuncias falsas de diversa índole. Al respecto se estimó que establecer como sanción el cuidado personal compartido contradice la lógica asociativa, que es sustancial a esta modalidad de cuidado personal. Asimismo, ignora el mínimo reconocimiento de las aptitudes parentales que este régimen requiere para su buen funcionamiento". A partir de ese momento, no se volvió a discutir sobre las facultades del juez para fijar un régimen de cuidado personal compartido; quedando manifestada en forma expresa, durante el trámite en comisión mixta, la idea de que el cuidado personal compartido "sólo puede proceder por acuerdo de los padres, ya que, si ellos no se pueden poner de acuerdo en lo macro, menos podrán hacerlo en cuestiones cotidianas. En caso de desacuerdo, se debe reemplazar la actual regla supletoria a favor de la madre, debiendo establecerse que el juez confíe el cuidado del hijo al padre o la madre. En consecuencia, no es posible obligar los padres a ejercer el cuidado personal de los hijos por disposición legal, así como tampoco por sentencia judicial." (Informe de Comisión Mixta. Senado. 10 de junio de 2013. Cuenta en Sesión 36. Legislatura 361). Un resumen de la historia de la Ley 20.680 en este y otros de sus aspectos puede consultarse en Mesías, J. (2017, pp. 76 y ss).

[47] En mi opinión, las normas internacionales sobre la materia, contenidas, entre otras, en los artículos 9 y 18 de la CDN permitirían al juez establecer esta figura, al menos, a solicitud de uno de los progenitores. La ponderación judicial dirigida a la satisfacción del interés superior del hijo no puede quedar limitada de forma tan rígida por el legislador. El derecho de familia es, en esencia, un derecho de principios. En la doctrina chilena se han levantado críticas. Así, se señala que la regla operativa del cuidado personal en el Código Civil, al suponer un "previo acuerdo", actúa como "stopper" o bloquedor automático del sistema legal de cuidado personal compartido y con ello viola el sistema constitucional chileno y los Tratados de Derechos Humanos. *Cfr*. (Barcia, R., 2014, p.45). También se

Entre las críticas levantadas desde la doctrina a la forma en que se reguló el cuidado personal compartido y, particularmente, al modo en que tal regulación se aplica, destacan: que el acceso a la figura sea exclusivamente convencional, que no se haya restringido su determinación en casos de violencia intrafamiliar, que nada haya dicho sobre la subsistencia de los alimentos y de la relación directa y regular cuando se opta por este modelo, y la ausencia de mecanismos de control judicial del acuerdo parental (a diferencia de lo que ocurre si hay separación, divorcio y mediación).[48]

Así las cosas, el cuidado personal compartido no tuvo el impacto que se esperaba como mecanismo de distribución de tiempos cotidianos con el hijo pero sí en términos de socialización y difusión del principio de corresponsabilidad parental. Un fallo dictado por la Corte Suprema, de 4 de septiembre de 2014 —a poco tiempo de implementarse la reforma de 2013—, aclaró que no existía un régimen de corresponsabilidad parental, pues ésta era más bien un principio y no un derecho.

La Corte señaló: "La 'corresponsabilidad' a que alude el artículo 229 del Código Civil no es que importe —como se pretende— el establecimiento de un determinado "régimen" de parte del juez familiar, ya que, en realidad, constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos padres asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación".[49]

---

ha dicho que esta norma priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres. *Cfr*. (Tapia, M., 2014, p. 3).

[48] Illanes, 2016, pp. 139-152.

[49] Corte Suprema de Chile, Rol 21.334-2014, considerando tercero. En este mismo sentido, se ha señalado: que la corresponsabilidad parental es un principio y no una regla de atribución del cuidado personal: "Cuidado personal compartido y corresponsabilidad tienen una estrecha relación. La tuición compartida es una forma de ejercitar la corresponsabilidad parental después de la separación. Pero ambos conceptos no se identifican. La corresponsabilidad no exige cuidado compartido como único régimen posible de tuición durante la separación. La corresponsabilidad puede ejercitarse de diversas formas. Por ejemplo, mediante tuición exclusiva (del padre o la madre) y patria potestad conjunta. Mediante tuición exclusiva (del padre o la madre), relación directa y regular

Sin duda, en un gran número de casos las esperanzas de los progenitores que dejan la vivienda familiar producto de la separación son dar continuidad a la situación que se desarrollaba previamente, es decir, intentar mantener un contacto personal con el hijo en cuya compañía ya no viven lo más frecuente posible, de la manera más similar a como se venía desarrollando la vida en compañía con el hijo antes del quiebre.

En las últimas décadas se ha comenzado a demandar en América Latina el reconocimiento legal de una serie de cambios producidos en la estructura familiar, como lo es la función del padre varón en el cuidado de los hijos y, por supuesto, el cuidado personal compartido. Pocas legislaciones latinoamericanas han reconocido estas figuras y, en los casos en que lo ha sido, mayoritariamente debe ser acordada sin que pueda ser impuesta por el juez aun a petición de una sola de las partes.[50]

En cuanto a la aplicación de estas nuevas figuras, podemos afirmar que existen inconveniencias al determinar qué ámbitos son los que se comparten: crianza o residencia y, en este último caso, la medida de la alternancia. Ello, a pesar del esfuerzo por adecuar la legislación interna al interés superior y al principio de igualdad y corresponsabilidad parental.

El reconocimiento de esta figura, conocida como "coparentalidad" en varios de estos países, tiene su explicación en que hombre y mujer están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. La participación laboral femenina ha aumentado en todos los países de la región, cuestión que ha redefinido las funciones que se cumplen en el seno de la familia y conducido hacia la disolución paulatina y progresiva de los "binomios" mujer-hogar y progenitor-proveedor. A su vez, puede observarse una creciente preocupa-

(del hijo con el padre o madre privado del cuidado personal), y patria potestad conjunta o exclusiva." (Rodríguez, M., 2014, p. 80).

[50] En este sentido, se ha señalado que los países de la región debería transitar hacia la generalización del cuidado personal compartido como régimen primario, no sólo convenido por los progenitores sino también imponible por el juez. Véase Chechile, A. 2007, pp. 293-313.

ción de los padres (varones) por mantener un contacto más fluido con sus hijos.[51] Sin embargo, datos estadísticos —como demandas por cuidado personal, régimen de comunicación y alimentos, y cifras sobre el uso del tiempo libre— demuestran la tensión existente entre ciertas demandas progresivas de algunas organizaciones sociales y la verdadera asunción de roles que se sostiene estar generándose en la familia. Resulta pertinente confrontar la legitimidad de estas reivindicaciones con la efectiva coparticipación en el desarrollo de las funciones parentales: aunque se observa una mayor participación de los varones en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, los datos siguen siendo elocuentes en cuanto a la fuerte asignación femenina de estas labores.

En este sentido ¿es el cuidado personal compartido el régimen ideal para organizar la vida cotidiana del hijo cuyos progenitores viven separados? Creo que transcurridos siete años desde la reforma chilena es conveniente procurar una respuesta a esta interrogante.

El estudio que evalúa la aplicación de la Ley 20.680 concluye que existe poca claridad y exhaustividad en la redacción de los acuerdos sobre cuidado personal, lo que guarda relación con la ausencia de una planificación detallada sobre las fechas y periodos en que cada padre o madre se ha comprometido a estar con su hijo, lo que generaría conflicto entre los padres, sobre todo al momento de determinar periodos de vacaciones y celebraciones como navidades y cumpleaños.[52] Asimismo, el estudio señala que existe un escaso conocimiento en materias de cuidado personal compartido, desde lo que significa este tipo de régimen hasta el mecanismo por el que se puede determinar y regular. Por otra parte, al referirse a las instituciones a cargo de establecer este régimen —Servicio de Registro Civil e Identificación y Notarías—, se criticó específicamente que el primero no se encontraría suficientemente capacitado para la ejecución del procedimiento que implica el establecimiento del cuidado

[51] Lathrop, 2009, pp. 209-213.
[52] Cámara de Diputados de Chile, 2019, p. 100.

personal compartido, en atención a la falta de conocimientos de su personal para extender las actas que lo regulan, mientras que el problema del segundo se presentaría en razón de los costos que implica realizar este tipo de procedimiento en una notaría.[53]

6.2. Breve mirada comparada

¿Qué ha ocurrido en otros continentes? En Estados Unidos —donde se encuentra el origen del sistema compartido de custodia—, Francia, Alemania, España, Italia, Suecia, Holanda, Australia y Bélgica, entre otros, se han llevado a cabo reformas que introducen este modelo o bien que lo modifican, utilizando distintas fórmulas legales. En algunos países se hace mención expresa a este régimen como una de las posibilidades de organizar la convivencia (legislación nacional en España); en otros existe un llamado legal a la "valoración judicial prioritaria" del mismo (Italia); en algunos mas se utiliza la técnica legislativa de mencionarlo como primera opción (Francia); o bien, es prácticamente un modelo supletorio (gran parte de Estados Unidos y Australia). En ciertos países, como Canadá, Dinamarca, Hong Kong, Portugal, y en ciertos estados de Estados Unidos, se reclama un modelo de parentalidad compartida sobre la base de un "derecho" a la custodia compartida.[54]

Mavis Maclean ha construido una importante tesis sobre este asunto. En primer lugar, ha detectado que en los Estados Unidos (donde se ha realizado la mayor parte de las investigaciones relevantes acerca de esta interrogante), las expresiones "custodia física compartida", "residencia dual", "residencia alternada" y "colocación física compartida" son usadas para describir acuerdos de tiempo compartido. No obstante, estos conceptos rara vez representan acuerdos de tiempo compartido 50/50; en lugar de ello, las investigaciones generalmente han definido el tiempo de parentalidad compartido como un acuerdo en el cual los niños están con

[53] Cámara de Diputados de Chile, 2019, p. 98.
[54] Lathrop, 2008, pp. 287-288.

cada progenitor entre 30% y 50% del tiempo. En este mismo sentido, la mayoría de las investigaciones australianas definen el cuidado compartido como "aquel en que los niños pasan 35-65% de las noches con cada uno de los progenitores".[55]

Entonces, como punto de partida para responder a nuestra pregunta, y para continuar explicando la tesis de Maclean, debemos afirmar que Chile se inscribe también en esta serie de países que conciben el cuidado compartido del NNA de una manera más cercana a la similitud de tiempos.[56] Cuando se opta por una flexibilidad mayor, se pactan regímenes comunicacionales más amplios, dejando el cuidado personal atribuido unilateralmente a uno de los progenitores.[57]

Al responder la pregunta sobre ¿cuándo les va mejor a los hijos de padres separados? Maclean señala que las investigaciones realizadas sugieren que los intereses de los NNA después de la separación de sus progenitores están fuertemente relacionados con la calidad de la parentalidad que reciben, la calidad de la relación entre ellos, y con recursos prácticos como una vivienda adecuada e ingresos, y no tanto con algún patrón de cuidado o cantidad de tiempo.[58]

En cuanto a si son o no practicables los regímenes de cuidado personal compartido, Maclean señala que las investigaciones, avaladas incluso por las propias opiniones de los NNA, muestran que los acuerdos de tiempo compartido funcionan bien cuando se centran en el NNA y son

[55] Maclean, 2017, pp. 165-166.
[56] Así, por ejemplo, el 9 de enero de 2014, el Primer Juzgado de Familia de Santiago aprobó una transacción sobre cuidado personal, patria potestad, alimentos y relación directa y regular, en que tanto la primera como segunda función parental eran ejercidas conjuntamente. Luego, en noviembre de 2016, el tribunal dio lugar al divorcio de común acuerdo solicitado por las partes, aprobándose el acuerdo de relaciones mutuas exigido por la ley; este acuerdo reiteraba la modalidad compartida con alternancia semanal de los cuatro hijos entre las residencias materna y paterna pactado en 2014. Otros acuerdos de cuidado personal compartido siguen otro tipo de distribución de residencias (no se indican las individualizaciones de las causas para resguardar la identidad de las personas involucradas).
[57] Lathrop, 2013, pp. 125 y ss.
[58] Maclean, 2017, p. 174.

flexibles y cooperativos, y que casi siempre se realizan mediante acuerdo privado sin la participación de abogados ni tribunales.[59]

Las investigaciones muestran que los factores que hacen que el tiempo de parentalidad compartido sea difícil para los niños están relacionados a altos niveles de conflicto parental permanente, violencia y abuso intrafamiliar, y rigidez.[60]

Maclean señala que más que la equidad exacta del tiempo que se comparte con los hijos(as), las investigaciones demuestran consistentemente que el interés superior de los niños está estrechamente relacionado con capacidades y habilidades parentales y con recursos prácticos, tales como vivienda e ingresos adecuados; y que el éxito de las modalidades de cuidado compartido depende de las características de las familias que lo acuerdan más que de exigencias legales; el desafío crucial es, entonces, identificar maneras de asistir a los progenitores separados para que acuerden cuidadosamente el régimen, ubicando las necesidades cambiantes de los hijos(as) por sobre sus propias opiniones.[61]

No se han emprendido aún en Chile estudios completos que evalúen el impacto sociojurídico del cuidado personal compartido, por lo que, hasta el momento, no es posible determinar la frecuencia con que se adoptan acuerdos en tal sentido ni los términos en que se organiza este sistema de cuidado. Sí podemos afirmar que un acuerdo completo y suficiente de relaciones mutuas construido colaborativamente por las partes es un buen punto de partida para el ejercicio de la corresponsabilidad parental postseparación. En efecto, en algunas realidades latinoamericanas se han adoptado experiencias comparadas que regulan los denominados planes de parentalidad. Estos planes son, precisamente, expresión de lo que Maclean comenta: la asistencia que los progenitores reciban para llegar a

[59] Ibid., pp. 176-177.
[60] Ibid., pp. 181-182.
[61] Maclean, 2017, pp. 196-198.

los acuerdos sobre parentalidad después de su separación es determinante para el interés del NNA.[62]

7. Conclusiones

El aspecto más valioso de la reforma de 2013 introducida en el Código Civil chileno ha sido la incorporación de criterios legales que ayudan a objetivizar la decisión del juez tanto en cuestiones de cuidado personal de NNA como de relación directa y regular. Estos criterios han servido también para orientar la adopción de acuerdos entre progenitores, buscando soluciones colaborativas y pertinentes a la realidad familiar. Asimismo, es posible determinar que la consagración del principio de corresponsabilidad parental colabora en la argumentación y decisión de casos en que los progenitores buscan un mayor involucramiento y participación en la vida del NNA; de manera que la atribución preferente y supletoria a la madre, derogada en 2013, ha sido reemplazada por una lógica de adjudicación centrada en los intereses del NNA y su derecho a ser oído.

No obstante, la reforma emprendida ha presentado falencias con el paso de los años, fundamentalmente, por la ausencia de reglas claras sobre el cuidado personal compartido, por una interpretación literal que impide que el juez lo regule a petición de una de las partes y, particularmente, por la debilidad de los mecanismos de control y cumplimiento de los regímenes de cuidado y de comunicación. Por su parte, existen aún derechos y deberes que reconocer positivamente al progenitor no custodio, tales como el de obtener información y ofrecer colaboración al que ejerce la custodia. Un buen instrumento para alcanzar acuerdos sostenibles en el tiempo y beneficiosos para el NNA son los planes de parentalidad, regulados en otros continentes y de poca difusión en América Latina todavía.

En todo caso, es posible concluir que no existe un modelo único exitoso de organización del cuidado de los hijos post-separación, más bien el modo

[62] Acuña, 2018, p. 123.

en que se regula esa organización, la forma en que se articulan las soluciones y el protagonismo que el interés del NNA tiene en ello, son esenciales para alcanzar un bienestar familiar aceptable. A su vez, las mejoras no pasan sólo por modificar las leyes, pues se requiere que el Estado impulse políticas de coparentalidad centradas en la asistencia e información a los progenitores que se encuentran en conflicto. Equipos y herramientas colaborativas con enfoques interdisciplinarios, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, son claves para alcanzar un mayor y mejor compromiso parental. Paralelamente, la promoción de asignaciones de funciones de cuidado y crianza libres de estereotipos de género y de otra índole pavimentará el camino hacia lógicas parentales más asociativas.

Bibliografía

Acuña San Martín, M. (2018), *El cuidado personal de los hijos*, Santiago de Chile: Thomson Reuters.

_____ (2017), "Modificación del cuidado personal de los hijos por obstaculizar el ejercicio del derecho de relación directa y regular", en Guzmán Brito, A., (ed.), *Aportaciones adicionales a los nuevos horizones en el derecho privado*, Santiago de Chile: Universidad Católica del Norte, pp. 411-432.

Barcia Lehmann, R. (2018), "La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres", Ius et Praxis, 24(2), pp. 469-512.

_____ (2017), "Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno", *Revista de Derecho Privado*, (32, enero-junio), pp. 219-254.

_____ (2014), *Informe en Derecho sobre inconstitucionalidad de la asignación del cuidado personal*, presentado en Tribunal Constitucional en causa Rol 2.699.

Chechile, A. M. (2007), "Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación", en Grosman, C., (dir.), y Herrera, M. (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, pp. 293-313.

Comunidad Mujer (2017), *Mujer y trabajo: Uso del tiempo y la urgencia por compartir las tareas domésticas y de cuidado*, (38, marzo), pp. 469-512.

Espejo, N. y Lathrop, F. (2014), "Relaxation and dissolution of marriage in Latin America: Trends and challenges", en Eekelaar, J., (ed.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Oxford, Routledge, pp. 133-137.

Gómez Urrutia, V. y Jiménez Figueroa, A. (2015), "Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género", Polis, *Revista Latinoamericana*, 14(40), pp. 377-396.

Herrera, M. y Lathrop, F. (2017), "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", *Revista de Derecho Privado*, (32, enero-junio), pp. 143-173.

Illanes Valdés, A. (2016), "Incoherencias del régimen de custodia compartida introducido por la Ley 20.680 con los principios orientadores de la reforma", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción, (ed.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 139-152.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2012), "La guarda compartida. Una visión comparativa", *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, (edn. Especial).

Lathrop Gómez, F. (2017), "Cuidado Personal y Copaternidad: Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 23 de mayo

de 2017 (Rol No. 99.861-16)", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 24(2), pp. 323-336.

_____ (2015), "Protección interdisciplinaria de los regímenes de relación directa y regular: los puntos de encuentro familiar", en Fernández, S., (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, niñas y Adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 797-810.

_____ (2013), *Cuidado Personal y la Relación Directa y Regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot/Thomson Reuters.

_____ (2009) "La corresponsabilidad parental", en Varios Autores, *Estudios de Derecho Civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil. Olmué, Santiago de Chile*, Santiago de Chile: Legal Publishing, pp. 209-213.

_____ (2008) *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley.

Maclean, M. (2017), "El cuidado de los niños después de la separación de sus padres: ¿Ayuda a los niños la legislación sobre tiempo de parentalidad compartida?", en Espejo, N., y Lathrop, F., (coords.) *Responsabilidad Parental*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 165-166.

_____ (2007), "Introduction: Conflicted Contact between Parents and Children after Separation", en Maclean, M., (ed.), *Parenting after Partnering: Containing Conflict after Separation*, Oxford y Portland, Hart Publishing, pp. 1-7.

Mesías Toro, J. (2017), *Análisis crítico del cuidado personal compartido conforme a la Ley No. 20.680: ¿interés del hijo o de los progenitores?*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

y Sociales, Universidad de Chile. Profesora Guía: Dra. Fabiola Lathrop Gómez.

Roberts, C., Fehlberg, B., Maclean, M., Smyth, B. (2011), "Caring for children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children?", University of Oxford-Department of Social Policy and Intervention, (Family Policy Briefing 7, May), pp. 1-16.

Rodríguez Pinto, M. S. (2014), "Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley No. 20.680 de 2013", *Revista de Derecho de Familia*, 1(1), pp. 75-101.

Tapia Rodríguez, M. (2014), "Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos", *Revista de Derecho de Familia*, pp. 477-491.

Fallos, leyes, y otros

Cámara de Diputados de Chile (2020), *Evaluación de la Ley 20.680*, enero.

Comité de los Derechos del Niño (2020), Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 30/2017.

Corte Suprema de Chile

- Rol 510-2009.
- Rol 2.699-14.
- Rol 21.334-2014.
- Rol 99.861-16.

• Rol 42.651-2017.

• Rol 43.557-2017.

• Rol 14.794-2018.

• Rol 26.257-2018.

• Rol 4.528-2019.

• Rol 4.963-2019.

Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile (2019), *Descripción de casos de Cuidado personal terminados por mediación, conciliación y sentencia*.Disponibleen:«http://decs.pjud.cl/articulo-descripcion-de-casos-de-cuidado-personal-terminados-por-mediacion-conciliacion-y-sentencia/» (Consultada el 30 de junio de 2020).

Encuesta Nacional Bicentenario. Disponible en: «https://encuestabicentenario.uc.cl/resultados/?slug=sociedad» (Consultada el 20 de junio de 2020).

Informe de Comisión Mixta. Senado, 10 de junio de 2013, Cuenta en Sesión 36. Legislatura 361.

Ley de Matrimonio Civil, Chile.

Ley de Menores 16.618, 1967. Chile.

Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños. Disponible en: «http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf» (Consultada el 30 de junio de 2020).

Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375. (2)(6), de 28 de agosto de 2001 (actualizados por el Estado en 2013).

Observación General núm. 14 del Comité de Derechos del Niño, de 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14).

Superintendencia de Educación de Chile, Ordinario Circular 8CRD No. 27, 11 de enero de 2016.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Agosto de 2021.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Este libro es resultado de la continuidad al trabajo de investigación comparada sobre derecho constitucional familiar impulsado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México. Desde el año 2019, el Centro ha venido impulsando una reflexión teórica y crítica sobre las prácticas jurisdiccionales en materias normadas por el sistema constitucional y el derecho familiar. Si en la publicación *La Constitucionalización del Derecho de Familia* se buscaba dar cuenta de las diversas formas en que las relaciones familiares han pasado a ser una materia de especial preocupación constitucional, la presente obra entra en un campo de especial interés para este debate: las relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos e hijas.

Los trabajos aquí contenidos dan cuenta de una suerte de desplazamiento progresivo del eje de las relaciones parento-filiales: desde la potestad o poder paterno, hacia el ejercicio equitativo y permanente –entre padres y madres– de una responsabilidad específica por el cuidado y bienestar integral de sus hijos e hijas. Este desplazamiento consolida una tendencia, ya de larga data, respecto a la disminución y recomprensión de los antiguos poderes omnímodos concedidos históricamente al padre sobre sus hijos. En su concepción moderna, representada en varios ejemplos del derecho comparado que se revisan en esta obra, las facultades, autoridades o derechos parentales no desaparecen, pero se justifican y ejercen en función de la protección de los derechos de los niños y las niñas y su desarrollo holístico. Esto resulta imprescindible para comprender la noción misma de parentalidad y su relación con los derechos fundamentales, en un sistema constitucional y democrático de derecho.

Suprema Corte
de Justicia de la Nación