

derecho de familia
enso para contraer
n testamentaria, se

prescripción, que
necesidad de apli-
n no ha cumplido

norma muy simi-
l, al referirse a las
la acción de separa-
xtinga por el mero

caso de nulidad de
está contaminado
ido, como no va a
herramienta para

oducir un término

LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

Fabiola Lathrop Gómez*

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, una de las cuestiones de mayor importancia luego de la crisis matrimonial o de pareja, es lo concerniente a la organización del cuidado personal de los hijos. Tanto así, que de la atribución que al respecto se decida dependen otra serie de materias que cabe resolver, como la relación directa y regular que se llevará a cabo y los alimentos que el padre o madre no conviviente deberá enterar. Dilucidar quién se queda con los hijos constituye un “efecto cascada” frente a los otros elementos que configuran la realidad familiar que se avecina.

El objeto del presente trabajo es poner de relieve el surgimiento de nuevas tendencias informadoras de este tipo de determinaciones. El interés por realizarlo se debe a la constatación de que Chile comienza a experimentar, en estos aspectos, fenómenos producidos con anterioridad o de forma simultánea en otras latitudes; de ahí el interés por teñir estas páginas de consideraciones no exclusivamente jurídicas sino también de corte sociológico y psicológico.

Claramente, dentro de estas nuevas tendencias, se encuentra la custodia compartida de los hijos, a la cual dediqué ciertas consideraciones generales en las Sextas Jornadas de Derecho Civil celebradas el año 2008 y que pretendo, en estas líneas, contextualizar dentro de un principio más amplio: la corresponsabilidad parental.

Como ya lo he sostenido en otras ocasiones¹, la custodia compartida, alternada o sucesiva es un sistema familiar, posterior a la ruptura matrimonial o de pareja

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesora de Derecho Civil, Universidad Finis Terrae y Universidad de Chile.

¹ LATHROP GÓMEZ, F., “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 10, Santiago, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, julio 2008,

que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.

Se trata de una figura jurídica de gran impacto en la organización de las relaciones familiares, pues evita, al menos teóricamente, que uno de los progenitores –generalmente el padre– quede desprovisto de injerencia en la vida del hijo. Por ello, se ha convertido en la bandera de lucha de diversas organizaciones de padres separados de todo el mundo y que, en Chile, sin ir más lejos, vienen realizando diversas acciones con el objeto de promover sus demandas. Prueba de ello es que el 12 de junio de 2008 fue presentado un proyecto de ley que establece la custodia compartida como régimen legal del cuidado personal de los hijos luego de la separación o el divorcio, que ha sido celebrado por estas asociaciones y por diversos sectores de nuestra sociedad.

En la actualidad, esta institución se encuentra reconocida legalmente, entre otros países, en Estados Unidos, Francia, Alemania, España, Italia, Suecia, Holanda, Australia, Bélgica y Brasil. Por su parte, recientemente, diversos ordenamientos jurídicos han introducido o han previsto modificaciones legales relativas al cuidado de los hijos tendentes a consolidar políticas de adopción de un modelo de “parentalidad compartida” o de un verdadero “derecho a la custodia compartida”. Así ha sucedido en Canadá, Dinamarca, Hong Kong, Portugal, y en ciertos estados de Estados Unidos. En los orígenes de todas ellas es posible advertir el fuerte impulso llevado a cabo por las asociaciones de padres separados (mayoritariamente varones).

Los principios inspiradores de la custodia compartida son la corresponsabilidad parental, la igualdad parental, y la coparentalidad, todos ellos informados transversalmente por la necesidad de una conciliación de la vida laboral y familiar².

En las páginas que siguen me referiré, como he dicho, al primero de ellos, empezando por una aproximación sociológica y psicológica a esta temática, algunos aspectos de su positivización tanto en el plano internacional como regional e interno; posteriormente, tratar de responder si se trata o no de una directriz reconocida por nuestro ordenamiento jurídico; analizar dos expresiones concretas de este principio (el abandono del concepto de patria potestad y los planes de

Continuación nota ¹

p. 13 y LATHROP GÓMEZ, F., “Custodia compartida: ¿necesidad de legislar?”, *La Semana Jurídica*, N° 379, Santiago, Tribuna, semana del 6 al 19 de agosto de 2008, p. 2.

² Para un análisis más detenido acerca de estos principios, *Vid.* LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 347 y ss.

coparentalidad); custodia compartida

II

1. C

Puede afirmarse el reparto equitativo frente a sus hijos.

En efecto, la separación de los padres está indisolublemente compartida, que

Se trata de un derecho y madre, históricamente las cifras hablan por sí solas, en 1992, los roles cada vez más consecuentemente hogar y padre-poderes y deberes crisis matrimoniales

Por ello, y solo el reconocimiento familiar, como en los hijos y, por supuesto

Sin embargo es que puede obtenerse un consejo del Instituto Nacional de la familia directa y regular si bien se observan las 12.494, observaciones

³ Conforme a la

coparentalidad); comentar cuál es la vinculación efectiva entre este principio y la custodia compartida, y, finalmente, esbozar algunas conclusiones.

II. EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

1. CORRESPONSABILIDAD PARENTAL: UNA MIRADA DESDE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Puede afirmarse que el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.

En efecto, la corresponsabilidad parental, que ciertos colectivos de padres separados comienzan, como he dicho, a promover y defender en nuestro país, está indisolublemente ligada al debate sobre el establecimiento de la custodia compartida, que no sería sino su expresión más fidedigna.

Se trata de un principio que cobra relevancia, fundamentalmente, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. En este sentido, las cifras hablan por sí solas: la participación laboral femenina ha aumentado de un 28,1%, en 1992, a un 40,8% en agosto de 2008³. Asimismo, se están asumiendo roles cada vez más equitativos por parte de ambos progenitores, produciéndose, consecuentemente, la disolución paulatina y progresiva de los "binomios" mujer-hogar y padre-proveedor, lo que, a primera vista, podría conducir a conceder derechos y deberes potencialmente iguales a padre y madre una vez producida la crisis matrimonial o de pareja.

Por ello, y sobre la base del respeto al principio de igualdad, se está demandando el reconocimiento legal de una serie de cambios producidos en la estructura familiar, como el reconocimiento de la función del hombre en el cuidado de los hijos y, por supuesto, la custodia compartida.

Sin embargo, cabe efectuar algunas precisiones. Lo primero que cabe señalar es que puede observarse una creciente preocupación de los padres (varones) por mantener un contacto más fluido con sus hijos. De acuerdo a las estadísticas del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), más de 18.400 demandas sobre relación directa y regular ingresaron a los Juzgados de familia en el año 2006. No obstante, si bien se observa un aumento por las demandas de cuidado personal, éstas alcanzan las 12.494, observándose una diferencia importante entre éstas y las demandas sobre

³ Conforme a la Encuesta Nacional del Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

régimen comunicacional⁴. No todo padre que pide la regulación del régimen de relación directa y regular con sus hijos solicita el cuidado de los mismos, cuestión que puede deberse bien a que el padre no se plantea siquiera la posibilidad de hacerse cargo del cuidado de su hijo –asumiendo que éste corresponde a su ex–, o bien, a que nuestra actual normativa y la reticencia de los tribunales a invertir la regla tradicional de asignación materna, “desincentiva” que el padre solicite la tuición y demuestre así sus capacidades parentales.

Por otra parte, 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 al interior de la familia. Así, de acuerdo a la Encuesta Exploratoria Uso del Tiempo en el Gran Santiago 2007, los hombres declaran una participación en labores de trabajo doméstico no remunerado tres y hasta cuatro veces menor que las mujeres. Asimismo, del total de los encuestados que realiza tareas del hogar, sólo el 34,2% son hombres, mientras que cuidar a miembros del hogar es la actividad que menor participación masculina presenta: sólo uno de cada cuarenta varones declaró pasar tiempo cuidando a menores de cuatro años y solamente uno de cada 23 hombres cuida de los niños y niñas con edades entre 4 y 17 años⁵.

En suma, si bien se observa una mayor presencia femenina en el mercado laboral y una creciente preocupación por compartir las responsabilidades relativas al cuidado personal de los hijos, ellas continúan ejerciéndose en gran medida por la madre.

Algo parecido sucede en países europeos; incluso, en ordenamientos que han recepcionado legalmente la custodia compartida como fiel expresión de la corresponsabilidad familiar. Así, por ejemplo, en España, según la Encuesta de Calidad de Vida del Trabajo del año 2004⁶, la mitad de las mujeres asumen en solitario las tareas domésticas (48,7% si trabaja su pareja y 50% si su cónyuge no trabaja), y casi el 34% de las mujeres ocupadas con hijos a cargo menores de 12 años asumen principalmente solas el cuidado de los hijos fuera de su horario

⁴ *Informe Anual de Justicia, 2006*, pp. 200-201, disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/justicia/justicia.php.

⁵ Entre las tareas del hogar, las más frecuentes a las que ellos dedican su tiempo son la administración del hogar (23,1%), hacer el aseo (21,4%) y preparar alimentos y afines (13,3%). Estos datos están tomados de Instituto Nacional de Estadísticas, *Hombres y Padres en Chile*, junio de 2008, p. 4, disponible en http://www.ine.cl/canales/sala_prensa/archivo_documentos/enfoques/2008/junio/hombres_pag_pag.pdf

⁶ Encuesta realizada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Cabe señalar que este país reconoció la custodia compartida en el año 2005, incorporándola, expresamente en el Código Civil, como un modelo más de organización del cuidado personal.

laboral. Asimismo, el Instituto Nacional de los Derechos de los Hijos son e funciones que así hora menos de ti

Ahora bien, s de los hijos y las l legislativa que es familiar en dive compartida o de afirmación de qu al menos potenc

En primer l introducida en histórico, social; altísimas⁷. En C cuestiones debic introducción de Civil e Identific alrededor de 59 igualar el núme 2006, subiendo los divorcios alc

Estas estadí como un comp autodeterminac que las aspirac de la institució individual de lo

⁷ En Europa, c el año 2001 indicab 59,8, y en Inglaterra:

⁸ Es lo que se para aludir a la ten convertido en una e En este sentido *Viz* tema, puede consul citadas me refiero como RONFANI, P.

ón del régimen de
mismos, cuestión
la posibilidad de
esponde a su ex-
bunales a invertir
el padre solicite la

de los varones en
siendo elocuentes
rior de la familia.
el Gran Santiago
rabajo doméstico
es. Asimismo, del
2% son hombres,
menor participa-
laró pasar tiempo
23 hombres cuida

na en el mercado
bilidades relativas
gran medida por

denamientos que
el expresión de la
ín la Encuesta de
ujeres asumen en
0% si su cónyuge
cargo menores de
iera de su horario

laboral. Asimismo, según la Encuesta de Empleo del Tiempo 2002-2003 del Instituto Nacional de Estadística de dicho país, las labores domésticas y de cuidado de los hijos son esencialmente femeninas; pasan más tiempo en el hogar pero las funciones que asume al interno del mismo les significa, en un día promedio, una hora menos de tiempo libre que los hombres.

Ahora bien, si estas cifras dejan claro que la madre es la que asume el cuidado de los hijos y las labores domésticas, cabe preguntarse a qué se debe la "explosión" legislativa que explícita o implícitamente ha incorporado la corresponsabilidad familiar en diversos cuerpos legales a través de la instauración de la custodia compartida o de otras expresiones jurídicas análogas, y que, por ende, conlleva la afirmación de que el hombre también puede y debe desenvolverse en estos ámbitos, al menos potencialmente, en las mismas condiciones.

En primer lugar, debemos señalar que la custodia compartida está siendo introducida en diversos ordenamientos jurídicos pertenecientes a un contexto histórico, social y geográfico en que el divorcio y la separación han alcanzado cifras altísimas⁷. En Chile, si bien no existen tasas de divorcios tan elevadas (entre otras cuestiones debido a que no contamos con una tradición divorcista dada la tardía introducción del divorcio vincular), los datos publicados por el Servicio de Registro Civil e Identificación nos muestran que en los años 2006 y 2007 se registraron alrededor de 59 mil matrimonios anuales, mientras que los divorcios, lejos de igualar el número de los matrimonios, registraron la suma de 10.107 en el año 2006, subiendo notoriamente a 16.043 en el año 2007. Sólo hasta junio de 2008, los divorcios alcanzaban 10.224 (más del total de divorcios del año 2006).

Estas estadísticas nos demuestran que el matrimonio está siendo concebido como un compromiso entre dos personas que, sobre la base de la libertad y la autodeterminación, puede ser revocado cada vez con mayor facilidad, de forma que las aspiraciones personales de las partes no están subordinadas a las exigencias de la institución matrimonial⁸. Así, el reconocimiento progresivo de la autonomía individual de los cónyuges se vería reflejado en la tendencia a reducir las exigencias

⁷ En Europa, de acuerdo a los índices EUROSTAT, la relación entre parejas casadas y divorciadas en el año 2001 indicaba que por cada 100 parejas casadas se divorciaban: en Bélgica 69.7; Suecia y Finlandia, 59.8, y en Inglaterra, 50.5.

⁸ Es lo que se ha denominado fenómeno del *démariage*, expresión acuñada en el Derecho francés para aludir a la tendencia de la banalización del divorcio, es decir, al hecho de que el matrimonio se haya convertido en una experiencia subjetiva, una cuestión privada; en definitiva, un contrato entre particulares. En este sentido Vid. THÉRY, I., *Le démariage*, Paris, O. Jacob, 1993, en especial, pp. 128-139. Sobre este tema, puede consultarse LATHROP (n. 1), en *Revista chilena de Derecho Privado*, pp. 23-25. En estas páginas citadas me refiero a algunas de las posiciones que han sido construidas desde la sociología del Derecho, como RONFANI, P., "Relazioni familiari: evoluzione di modelli e prospettive", en DELL'ANTONIO, A. (a cura

icia/justicia.php.

o son la administración
os datos están tomados
4, disponible en http://s_pag_pag.pdf

i. Cabe señalar que este
nte en el Código Civil,

legales previstas para el pronunciamiento del divorcio. Esta libertad conllevaría un ámbito de disposición de las partes en las materias relativas a su situación conyugal pero no así, en cambio, respecto de la esfera paterno-materno-filial, que permanece prácticamente inalterada y férreamente protegida por la intervención judicial a través de la realización del interés superior del hijo.

Las reformas llevadas a cabo en materia de disolución del vínculo matrimonial son ejemplo de esta evolución. Por una parte, el legislador ha avanzado hacia el reconocimiento de una mayor capacidad de los cónyuges para autorregular el conflicto familiar, sea facilitando el acceso al divorcio —como ha sucedido en la legislación española que ha suprimido las causas de separación y divorcio en lo que se ha llamado “divorcio express”⁹—, o bien, incentivando la cultura de los acuerdos a través de la mediación, como sucede en Francia e Inglaterra¹⁰.

Sin embargo, en cuanto a las relaciones parentales, las legislaciones continúan exigiendo la presentación de un convenio o acuerdo regulador de las relaciones personales y económicas entre las partes y respecto de los hijos y, por otra parte, han sometido la ordenación y aplicación de la misma custodia compartida a un fuerte control judicial, reforzando el papel decisorio del juez a través de la

Continuación nota ⁸

di), *Genitori e capacità genitoriale alle soglie del 2000: contributi interdisciplinari*, Roma, Formello Seam, 1999, pp. 25-40, en especial, pp. 32-34; EEKELAAR, J., *Regulating Divorce*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 173; AMBROSE, P., HARPER, J., y PEMBERTON, R., *Surviving Divorce. Men Beyond Marriage*, London, Wheatshaf Books, 1983, pp. 171-174; y MEULDERS-KLEIN, M.T., “Familles et Justice: à la recherche d’un modèle de justice”, en MEULDERS-KLEIN, M.T. (sous la direction de), *Famille et Justice*, Paris, LGDJ, 1997, p. 633.

⁹ Según LASARTE ÁLVAREZ, C., “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”, en *Actualidad Jurídica*, núm. 655, Parte Tribuna, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2005, BIB, 2005\153, p. 1. La Ley 15/2005 de 8 julio de 2005 deja atrás el sistema causalista de la crisis matrimonial al abandonar radicalmente las causas de la separación y divorcio, reconociendo, asimismo, la debida libertad a los cónyuges para dejar de estar vinculados por el lazo que antes les unía. Al respecto, las estadísticas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial en España, indican que en el año 2005, un total de 51.768 parejas pusieron fin a su matrimonio de forma amistosa, lo que supuso un aumento de casi el 81% respecto a las cifras de 2004. Las rupturas definitivas no consensuales crecieron, por su parte, un 70%. A su vez, como es lógico dada la eliminación del requisito de separación previa, las separaciones han seguido la trayectoria inversa: las consensuales disminuyeron un 35% y las contenciosas, un 27%. Este organismo constata que la nueva normativa ha creado el efecto de “animar” a resolver los conflictos matrimoniales y que, por lo tanto, “resulta innegable la importancia que la nueva ley ha tenido y sus rápidas y concluyentes consecuencias” (“Separaciones y Divorcios tras la Ley 15/2005”, *Datos de Justicia. Boletín de Información Estadística*, Nº 4, febrero, 2006).

¹⁰ En Inglaterra, a partir de la *Family Law Act* de 1996, se ha implementado fuertemente el sistema de mediación. Algo similar ha ocurrido en Francia con la Ley Nº 2002-305 de 4 de marzo de 2002 que ha favorecido la intervención del mediador familiar para permitir los acuerdos entre los progenitores, prescribiendo que el juez debe considerar, en primer lugar, las decisiones adoptadas por estos últimos.

ampliación de sus paternalismo judic

2. CORRESPONSA

También desde vez más asentada para asumir las res

En esta parte disciplina que, ac relaciones afectiva

En primer luy FREUD y SOLNIT¹² psicológico, es de de la interacción, psicológicas y bio

Según estos a une al niño, podí o cualquier otra j esta forma, señala de suma importa ciones interperso evitarse cambios l

¹¹ Así, por ejemplo padres quienes propon su procedencia adopt oyendo, si correspond comparecencia y la pr hijos. Sin considerar q de uno de los padres.

¹² Esta teoría de *the Best Interests of the* edición de esta obra y

¹³ Cfr. GOLDSTEI The Free Press, 1979

¹⁴ Esta categoría menor sin ser su pad to) de un menor a su procedimiento legal, (n. 13), pp. 27 y 19.

ampliación de sus poderes discrecionales, inspirado por una indudable lógica de paternalismo judicial¹¹.

2. CORRESPONSABILIDAD PARENTAL: UNA MIRADA DESDE LA PSICOLOGÍA JURÍDICA

También desde la psicología se han intentado explicar las causas de esta cada vez más asentada idea de que ambos progenitores están igualmente capacitados para asumir las responsabilidades que derivan de su parentalidad.

En esta parte presentaré algunos apuntes breves sobre la evolución de esta disciplina que, actualmente, considera capaces a ambos padres para establecer relaciones afectivas significativas con sus hijos.

En primer lugar, durante la década de los setenta y ochenta, GOLDSTEIN, FREUD y SOLNIT¹² señalaron que la gran mayoría de los hijos tenían un progenitor psicológico, es decir, una persona que, sobre una base diaria, continua, a través de la interacción, el compañerismo y la reciprocidad, satisfacía las necesidades psicológicas y biológicas del niño¹³.

Según estos autores, el progenitor psicológico, sin importar la relación que le une al niño, podía ser biológico, adoptivo, de acogida, un padre "common-law"¹⁴ o cualquier otra persona, pero nunca un padre ausente, un adulto inactivo. De esta forma, señalaban que, para el normal desarrollo y crecimiento del menor era de suma importancia la existencia de la máxima continuidad, tanto en sus relaciones interpersonales, como en su ambiente social y físico, de manera que debían evitarse cambios bruscos en sus costumbres de vida. Estos autores describieron los

¹¹ Así, por ejemplo, si bien conforme al párrafo quinto del artículo 92 del Código Civil español, son los padres quienes proponen, en principio, dicha modalidad de cuidado, es el juez quien, en definitiva, pondera su procedencia adoptando las cautelas que estime convenientes, recabando Informe del Ministerio Fiscal, oyendo, si corresponde, al niño, y valorando, por otra parte, tanto las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, como la relación que los padres mantienen entre sí y con sus hijos. Sin considerar que, además y de manera excepcional, puede determinar su ejercicio contra la voluntad de uno de los padres.

¹² Esta teoría del progenitor psicológico fue presentada por primera vez en 1973 en su libro *Before the Best Interests of the Child*, New York-London, The Free Press, 1973. En 1979 fue presentada la segunda edición de esta obra y, en 1996, su última versión revisada.

¹³ Cfr. GOLDSTEIN, J., FREUD, A., y SOLNIT, A., *Beyond the Best Interests of the Child*, New York-London, The Free Press, 1979, pp. 19 y 98.

¹⁴ Esta categoría de progenitor corresponde a aquella persona que ha desarrollado una relación con el menor sin ser su padre adoptivo o custodio, ni responder a la asignación inicial (al momento del nacimiento) de un menor a sus padres biológicos; se produce, por ejemplo, cuando un padre, sin recurrir a ningún procedimiento legal, deja a su hijo con un amigo o cercano durante un período prolongado. Cfr. GOLDSTEIN (n. 13), pp. 27 y 19.

devastadores efectos que la ruptura o la interrupción de las relaciones parentales producían sobre los menores concluyendo que, tanto en las situaciones de acogimiento y adopción como en las disputas relativas a la custodia, debía aplicarse el estándar de la "alternativa del menor daño", esto es, que la colocación específica del hijo y el procedimiento para determinarla, maximicen, de acuerdo al sentido del tiempo del hijo y no de los adultos, las oportunidades del menor de ser deseado y de mantener sobre una base continua, incondicional y permanente una relación con, al menos, un adulto que es o llegará a ser su progenitor psicológico¹⁵.

En los juicios relativos al cuidado personal de los hijos esto se traducía en la atribución del cuidado personal individual al padre con quien el menor permanecía más afectivamente unido y del cual habría podido recibir la mayor parte de los cuidados y atenciones físicas, educativas y morales. Una vez determinado el cuidador, era éste y no el juez, quien debía decidir bajo qué condiciones deseaba educar a su hijo. De esta forma, el progenitor no custodio no tenía un derecho legalmente ejecutable a visitar a su hijo, pues era el cuidador quien debía decidir totalmente si, y en qué medida, su ex cónyuge podía tener contacto con el menor¹⁶.

Posteriormente, WALLERSTEIN y KELLY¹⁷ realizaron una investigación en la que afirmaban que los hijos de padres separados que presentaban un mayor y mejor desarrollo eran aquellos que mantenían un contacto regular y continuo con ambos padres después de la ruptura conyugal, o bien, aquellos que pertenecían a familias en las que no había existido o había cesado un alto nivel de conflictividad parental. A su vez, en un intento por unir ambas teorías, SAMIS y SAPOSNEK¹⁸ consideraron que la noción de progenitor psicológico era válida aunque necesitaba ser flexibilizada, pues, mientras los hijos de padres separados podían en la práctica tener solamente un padre psicológico, también era posible que tuviesen dos o incluso tres, o bien, ninguno.

¹⁵ GOLDSTEIN (n. 13), pp. 53 y 99.

¹⁶ GOLDSTEIN (n. 13), pp. 38 y 63. En la última edición de esta obra, los discípulos de Anna Freud reiteran esta suerte de exclusión del juez en la regulación de las relaciones filiales y, en definitiva, del papel que le compete en la individualización del mejor interés del hijo. Así, según estos autores, la necesidad de seguridad del hijo dentro de la familia debería ser favorecida por el Estado a través del reconocimiento de la privacidad de la misma como una barrera de la intervención estatal frente a la autonomía de los progenitores. En definitiva, el interés del menor estaría realmente garantizado cuando lo está el derecho de los padres a la libertad de intrusión de la esfera pública en la vida privada y familiar. Cfr. Goldstein, J., Solnit, A., GOLDSTEIN, S. y FREUD, A., *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, New York, The Free Press, 1996, pp. 90-92.

¹⁷ Nos referimos a WALLERSTEIN, J.S. y KELLY, J.B., *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*, New York, Basic Books, 1980, pp. 341.

¹⁸ Cfr. SAMIS, M.D.C. y SAPOSNEK, D.T., "Parent-Child Relationships in Family Mediation: A Synthesis of Views", *Mediation Quarterly*, 14-15, 1986-87, pp. 23-37.

Actualmente, es obsoleta. Hoy en cada sujeto, individuo con las demás personas el padre como la sus vínculos. Su establecida con el ha puesto de man razonamientos ju o madre y su "vali no sean el punto sea establecida en

3. POSITIV

El contexto ju e importancia de

La Convenci los primeros Tra como un derecho 18 establece que *reconocimiento d que respecta a la*

¹⁹ En este sentido *divorzio*, Milano, Giu

²⁰ Cfr. GALOPPIN *Diritto di famiglia e c*

²¹ En este sentido para promover la cor ción, como un instrum las personas que cuida niños (...)" (*IRCO d for the Convention o son animados a dest emprendidas medida a través de la previsi ambos padres (...)" (el Estado Parte prom*

ciones parentales
aciones de acogi-
debía aplicarse el
ocación específica
cuerdo al sentido
or de ser deseado
ente una relación
icológico¹⁵.

se traducía en la
menor permanecía
r parte de los cui-
nado el cuidador,
deseaba educar a
recho legalmente
ecidir totalmente
menor¹⁶.

tigación en la que
un mayor y mejor
ntinuo con ambos
enecían a familias
ctividad parental.
EK¹⁸ consideraron
esitaba ser flexibi-
la práctica tener
sen dos o incluso

Actualmente, esta teoría del progenitor psicológico se considera unánimemente obsoleta. Hoy en día, se valoran no sólo las características de la personalidad de cada sujeto, individualmente considerado, sino también sus dinámicas de relación con las demás personas involucradas en la realidad familiar¹⁹. De esta forma, tanto el padre como la madre pueden asumir este papel y garantizar la continuidad de sus vínculos. Su idoneidad para ejercerlo depende de la calidad de la relación establecida con el hijo y no tanto de la propia función parental. Al respecto, se ha puesto de manifiesto la necesidad de revertir el *iter* hasta ahora seguido en los razonamientos judiciales, en el sentido de que las cualidades personales del padre o madre y su "validez parental", es decir, la determinación del "buen progenitor", no sean el punto de partida sino de llegada; en definitiva, que esta "legitimidad" sea establecida en consideración a la relación desarrollada con el hijo²⁰.

3. POSITIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

a) El contexto internacional

El contexto jurídico internacional, regional e interno han expresado la vigencia e importancia del principio de corresponsabilidad parental.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CDN) ha sido uno de los primeros Tratados en reconocer el principio de la corresponsabilidad parental como un derecho humano de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, su artículo 18 establece que "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (...)"²¹.

¹⁹ En este sentido, BRICKLIN, B., *Nuovi test psicologici per l'affidamento dei figli nei casi di separazione e divorzio*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 46.

²⁰ Cfr. GALOPPINI, A., "Affidamento dei figli nella crisi coniugale e trasformazione dei ruoli genitoriali", *Diritto di famiglia e delle persone*, 1994, p. 734; y BRICKLIN (n. 19), p. 39.

²¹ En este sentido, El Comité de los Derechos del Niño felicitó a Alemania por las medidas que ha tomado para promover la corresponsabilidad: "El agradecimiento expresado se debe al reconocimiento de usar la Convención, como un instrumento sobre los derechos del niño, para dar nitidez al conocimiento de las responsabilidades de las personas que cuidan a los niños y la necesidad de igualar las responsabilidades entre padres en la crianza de sus niños (...)" (IRCO de Alemania, Add. 43, para. 30). Cfr. Hodgkin, R., Newell, P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. Fully revised edition*, UNICEF, June 2002, p. 247. Los países son animados a destacar este principio en sus medidas de educación parental: "El comité recomienda que sean emprendidas medidas adicionales para educar a los padres sobre sus responsabilidades hacia sus niños, incluyendo, a través de la previsión de la educación de la familia, que debe enfatizarse la igualdad de responsabilidades de ambos padres (...)" (IRCO de Reino Unido, Add.34, para. 30). Por otra parte, "(...) el comité recomienda que el Estado Parte promueva la educación parental y el asesoramiento de familia, y tome las medidas para asegurar

cíbulos de Anna Freud
en definitiva, del papel
utores, la necesidad de
del reconocimiento de
onomía de los proge-
está el derecho de los
r. Goldstein, J., Solnit,
Alternative, New York,

with Children and Parents

Mediation: A Synthesis

A su vez, la norma de la CDN refleja la previsión del artículo 5º de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de 1979, que requiere el reconocimiento por parte de los Estados de una "(...) *responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*". Por otra parte, su artículo 16 prescribe que: "*los Estados Partes (...) asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial*".

b) Contexto regional

Expresión de la consideración creciente de este principio son los diversos instrumentos que se refieren a la corresponsabilidad familiar en los Derechos regionales.

En el sistema interamericano, si bien se prevé la protección de la infancia no existen disposiciones específicas relativas a su realidad familiar. Sólo el Protocolo de San Salvador de 1988, adicional al Pacto de San José de Costa Rica (1969) y que no ha sido ratificado por Chile, establece que "*todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*", agregando que "*todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres*". Esta declaración que, claramente, recoge el principio de corresponsabilidad, agrega que "*salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre*", apegándose así a la denominada doctrina de los años tiernos (*tender years* o *maternal preference*)²².

A diferencia de lo que sucede en el sistema interamericano, en el contexto comunitario el principio de corresponsabilidad ha alcanzado mayor difusión.

La Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992 sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, establece en su punto 8.11 que

Continuación nota ²¹

la adhesión al principio de que ambos los padres tienen responsabilidades comunes en la crianza de niños" (IRCO de Paraguay, Add. 75, paras. 19 y 39), HODGKIN (en esta nota), p. 247.

²² Sobre esta doctrina, Vid. LATHROP (n. 1), en *Revista chilena de Derecho Privado*, p. 15 y "Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores", en FIGUERUELO, A., IBÁÑEZ, M. L., MERINO, R. M. (editoras), *Igualdad ¿para qué? (A propósito de la L.O. de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres)*, Granada, Comares, 2007, pp. 265-266.

padre y madre tie
del menor²³. Por s
Ministros del Co
las responsabilida
juntamente a amb
parentales son ejer
que afecte los int

Asimismo, en
del Convenio Eu
Libertades Funda
yugos gozarán de
ellos y en las rela
matrimonio, con

Especial men
de noviembre de
de resoluciones j
por el que se derc
bilidad parental
o jurídica en virt
acuerdo con efec
y, en particular, l

Precisamente
comunitaria a es
sin dimensionar
en su ejercicio. E
los derechos y ol
especial, el derec
Asimismo, consi
virtud de una re
la responsabilidad
sobre el lugar de

²³ A la custodia
en el año 1980, a pr
guntaba a dicha Con
de la custodia altern
dependientemente d
problema no era de s
organización especia
Comunidad Europe

o 5º de la Conven-
n Contra la Mujer
de los Estados de
to a la educación y
hijos constituirá la
ítulo 16 prescribe
ad entre hombres y
ritores, cualquiera
todos los casos, los

son los diversos
en los Derechos

de la infancia no
sólo el Protocolo de
Rica (1969) y que
al fuere su filiación
enor requieren por
"todo niño tiene el
". Esta declaración
ega que "salvo cir-
orta edad no debe
ctrina de los años

io, en el contexto
mayor difusión.

de julio de 1992
u punto 8.11 que

crianza de niños" (IRCO

vado, p. 15 y "Custodia
IBÁÑEZ, M. L., MERINO,
ntre mujeres y hombres),

padre y madre tienen una responsabilidad conjunta en el desarrollo y educación del menor²³. Por su parte, el Principio cinco de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R 84 (4), de 28 de febrero de 1984, afirma que las responsabilidades de los progenitores respecto de un hijo deben pertenecer conjuntamente a ambos; agregando, en su Principio diez, que si las responsabilidades parentales son ejercidas de manera compartida por ambos padres, cualquier decisión que afecte los intereses del hijo debe ser adoptada por el acuerdo de ambos.

Asimismo, en este ámbito, el artículo 5º del Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, establece que los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y responsabilidades de carácter civil entre ellos y en las relaciones con sus hijos, tanto en caso de matrimonio y durante el matrimonio, como después de su disolución.

Especial mención merece el Reglamento (CE) 2201/2003 Del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 "relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) Nº 1347/2000", que define la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor; y, en particular, los derechos de custodia y visita (artículo 2º número 7).

Precisamente, este concepto es criticable porque no se condice con la normativa comunitaria a este respecto; sólo recoge los aspectos formales de este instituto, sin dimensionar el alcance que la participación de ambos padres ha adquirido en su ejercicio. En efecto, el Reglamento define los "derechos de custodia" como los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia (artículo 2 número 9). Asimismo, considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor (artículo 2 número 11 letra b).

²³ A la custodia compartida se había referido con anterioridad la Comisión de la Comunidad Europea en el año 1980, a propósito de la interrogación escrita número 71/80 de 19 de marzo, por la cual se preguntaba a dicha Comisión si había sido examinada la posibilidad de conferir un estatuto jurídico al sistema de la custodia alternada. En la respuesta a esta cuestión, de fecha 29 de agosto de 1980, se señaló que, independientemente de las ventajas de la custodia alternada (*alternating custody*), la Comisión entendía que el problema no era de su competencia y que debía ser resuelto por los Estados mismos o bien a través de una organización especializada en la materia. Ambos documentos pueden consultarse en el Diario Oficial de la Comunidad Europea N. C 245 de 22 de septiembre de 1980, pp. 1 y 2.

Se trata de definiciones construidas sobre la permanencia de una concepción que es resabio del sistema de cuidado personal exclusivo, que ve al padre no conviviente en una posición opuesta a la de coparticipación plena en el proyecto educativo y que sólo le permite intervenir marginalmente en la vida del hijo. Así, conforme a estas definiciones, la custodia implica cuidado del menor pero no está inseparablemente ligada a una relación de estable convivencia con el hijo; la referencia a la colocación y, específicamente, al poder de decidir el lugar de residencia, parece representar el contenido primario del cuidado personal. En cambio, la responsabilidad parental que venimos analizando, comprende una pluralidad de elecciones mucho más amplia que aquella del dónde y por cuánto tiempo el hijo deba vivir con uno y otro progenitor²⁴.

c) Contexto interno

Qué ha sucedido en el ámbito interno.

En primer lugar, debemos señalar que, aunque las legislaciones no han proclamado la corresponsabilidad parental expresamente a nivel de principios, como sucede, por ejemplo, con el interés superior del hijo, diversas normas inspiradas en esta regla han sido establecidas en un número considerable de ordenamientos jurídicos durante los últimos años.

Del desarrollo legislativo interno de este principio da cuenta el *Manual para la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño* elaborado por la UNICEF²⁵, el cual ha señalado que debe enfatizarse la importancia de que ambos padres tienen responsabilidades comunes para con los menores; agregando que la mayoría de las sociedades han reconocido, sólo recientemente, que tanto los padres como las madres pueden y deben emprender el cuidado diario de sus hijos y que a ambos les corresponden funciones patrimoniales y derechos legales en relación con aquéllos.

Para el caso de crisis familiar, la UNICEF ha señalado que en estos supuestos la desigualdad de la responsabilidad parental tiende a agudizarse en muchos países²⁶. En efecto, los Iniciales y Segundos Informes de varios Estados han revelado

²⁴ En la doctrina italiana, NAPOLITANO, L., *L'affidamento dei minore nei giudizi di separazione e divorzio*, Torino, G. Giappichelli, 2006, pp. 108-109, y PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, Dott. A. Giuffré editore, 1984, p. 158, han manifestado también ciertas críticas a las definiciones contenidas en este Reglamento.

²⁵ Cfr. HODGKIN (n. 21), p. 247.

²⁶ Cfr. HODGKIN (n. 21), pp. 249-250.

que las costumbre unilateral de la educación, la fórmula es dado el cuidado, los padres mantienen, determinar la forma un progreso respecto de un fuerte vínculo judicial romper. N inflexible puede co

III.

1. TRATAMIENTO

En Chile, patr reguladas de man tiene una fisonom diferencia de otras vo a la vida del hi personal existe pa una vez producid dual que nuestro sonal de lo patrin señalaré, me pare

En efecto, el a dada por la Ley N legales en materi: *derechos que la ley* Se excluyen entor I del CC, que lle *los hijos*", y dentr corresponde a los de la crianza y ed

²⁷ Vid. LATHROP C

²⁸ En adelante, C

e una concepción
 e ve al padre no
 na en el proyecto
 vida del hijo. Así,
 el menor pero no
 cia con el hijo; la
 ir el lugar de resi-
 onal. En cambio,
 de una pluralidad
 cuánto tiempo el

que las costumbres jurídicas y sociales asignan rígidamente la responsabilidad unilateral de la educación infantil a la madre o al padre en caso de separación. A menudo, la fórmula adoptada corresponde a la siguiente realidad: a las madres les es dado el cuidado inicial de los bebés y niños de corta edad, mientras que los padres mantienen, subsecuentemente, las funciones y poderes dominantes para determinar la forma de la vida del hijo. Tales medidas representan, por una parte, un progreso respecto al sistema totalmente patriarcal pues reconocen la existencia de un fuerte vínculo entre madres y niños pequeños que, generalmente, sería perjudicial romper. No obstante, se señala, convertir este reconocimiento en una ley inflexible puede constituir un incumplimiento de los derechos del menor.

III. ¿CONSAGRA LA LEGISLACIÓN CHILENA EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL?

1. TRATAMIENTO DUAL DE LAS RELACIONES PARENTALES EN EL DERECHO CHILENO

ones no han pro-
 : principios, como
 normas inspiradas
 de ordenamientos

En Chile, patria potestad y cuidado personal de los hijos son dos instituciones reguladas de manera separada por el legislador. El cuidado personal de los hijos tiene una fisonomía propia, independiente de la ruptura entre padre y madre²⁷. A diferencia de otras legislaciones, en las que la patria potestad reúne todo lo relativo a la vida del hijo (tanto lo patrimonial como lo extrapatrimonial), el cuidado personal existe paralelamente a la patria potestad; no es contenido de ésta ni surge una vez producida la crisis matrimonial o de pareja. Ello se debe al tratamiento dual que nuestro Código Civil²⁸ otorga a la relación parental, dividiendo lo personal de lo patrimonial, opción legislativa que, por las razones que más adelante señalaré, me parece anacrónica y deficiente.

el *Manual para la*
 or la UNICEF²⁵,
 que ambos padres
 gando que la ma-
 e tanto los padres
 de sus hijos y que
 legales en relación

En efecto, el artículo 243 inciso primero de dicho cuerpo legal—en la redacción dada por la Ley N° 19.585 de 1998, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación—, define la patria potestad como “*el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados*”. Se excluyen entonces los derechos-funciones regulados en el Título IX del Libro I del CC, que lleva por epígrafe “*De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos*”, y dentro de cuyo articulado se encuentra la norma que establece que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos (artículo 224 del CC).

en estos supuestos
 se en muchos paí-
 ados han revelado

di separazione e divorzio,
civile, Milano, Dott. A.
 iones contenidas en este

²⁷ Vid. LATHROP GÓMEZ, F., *Cuidado Personal de los Hijos*, Santiago de Chile, Puntotex, 2005, pp. 8 y ss.

²⁸ En adelante, CC.

Se aparta así el legislador civil chileno de una fuerte tradición jurídica, que data de las Partidas y de los Códigos que le sirvieron de fuente²⁹, y de una opción legislativa, que a la época de la tramitación de la Ley N° 19.585, ya existía como tendencia en el Derecho Comparado (legislaciones de Argentina, Perú y España, por ejemplo).

No obstante, no era esta la idea original. El mensaje del Proyecto de la Ley N° 19.585 señalaba, entre sus ideas matrices, agrupar bajo el concepto de patria potestad el aspecto patrimonial y personal, es decir, el conjunto de derechos y obligaciones a que da lugar la relación de filiación.

WEINSTEIN³⁰ afirma que la separación entre los estatutos filiales de carácter personal y patrimonial, en dos instituciones diversas, no responde a una sistematización fortuita sino que es consecuencia de una voluntad deliberada y perfectamente consciente del legislador.

De ello da cuenta la Historia de la Ley. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado rechazó por unanimidad dicha norma. Los HH. Senadores señalaron que *"la distinción entre ambas instituciones que establece el Código Civil, responde a la conveniencia de utilizar criterios y normas particulares para los aspectos pecuniarios y los de orden personal. Este sistema tiene en nuestro país un cúmulo de doctrina y jurisprudencia que ha funcionado satisfactoriamente y se verá afectada al unir la autoridad paterna y la patria potestad, sin que existan motivos poderosos para hacerlo, pues lo medular consiste en los derechos y obligaciones que median entre padres e hijos"*³¹.

Los HH. Senadores que estuvieron por unificar las dos instituciones indicaron que *"responde a una opinión extendida en la doctrina y recogida en diversos instrumentos internacionales, sin perjuicio de aceptar la necesidad de que la ley se haga cargo de casos como la separación de los padres. Estimaron que esta homologación de nuestra legislación al criterio que prevalece en el mundo occidental, además, fortalecería el vínculo entre ambos padres, al asignarles una misma responsabilidad en los aspectos personales y extrapatrimoniales de los hijos, disminuyendo la brecha real que existe entre ambos"*.

Así las cosas, al abordar las relaciones filiales, la Doctrina denomina *autoridad paterna* al conjunto de derechos funciones de carácter personal, reservando el concepto de *patria potestad* para los que revisten connotación patrimonial.

²⁹ Cfr. WEINSTEIN WEINSTEIN, G., "Autoridad paterna y patria potestad", en *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999, p. 57.

³⁰ WEINSTEIN (n. 29), p. 59.

³¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, Boletín N° 1.060-07, evacuado el 20 de noviembre de 1996, p. 64.

El artículo 2 madre sobrevivió

La mayoría d sonal. Incluso, se derecho función comprende no s para el desarroll ha señalado que y educación" sor (tuición) propic

Sin embargo a que este artícu deberes que a ar que devienen p preocupación fi por el artículo que regula dere principio de qu de cuidado per

Ahora, si b una consagraci concretarlo. Er del ejercicio co los progenitore

³² Cfr. ABELIU p. 322; COURT MU PAZOS, R., *Derecho*

³³ Cfr. ABELIU

³⁴ Sentencia c

³⁵ Cfr. SCHMI VELOSO VALENZUE 253. La autora cit parece que compr ción de los más va Litografía Univers se ha inclinado pe

ción jurídica, que
, y de una opción
5, ya existía como
a, Perú y España,

proyecto de la Ley
concepto de patria
to de derechos y

filiales de carácter
de a una sistema-
berada y perfecta-

stitución, Legisla-
dicha norma. Los
ciones que establece
normas particulares
a tiene en nuestro
satisfactoriamente
ad, sin que existan
chos y obligaciones

uciones indicaron
en diversos instru-
la ley se haga cargo
logación de nuestra
rtalecería el vínculo
aspectos personales y
ste entre ambos".

nomina autoridad
nal, reservando el
patrimonial.

uevo Estatuto de Filiación
e Chile, 1999, p. 57.

o del Senado, recaído en
l y otros cuerpos legales
6, p. 64.

2. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO CIVIL: ¿UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD?

El artículo 224 del CC establece que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el *cuidado personal de la crianza y educación* de sus hijos.

La mayoría de la Doctrina³² entiende que esta norma se refiere al cuidado personal. Incluso, se critica su redacción señalando que debe destacarse su carácter de derecho función y no de simple derecho; y que además se trata de una figura que comprende no sólo la crianza y educación sino la realización de todo lo necesario para el desarrollo espiritual y material del hijo³³. La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que los términos "*tuición*", "*cuidado personal*", "*cuidado*", y "*crianza y educación*" son utilizados como sinónimos por el legislador, siendo el primero (*tuición*) propio de la Ley de Menores N° 16.618³⁴.

Sin embargo, compartimos lo afirmado por la profesora SCHMIDT³⁵, en cuanto a que este artículo alude a un deber de carácter genérico, que comprende todos los deberes que a ambos padres corresponden respecto de los hijos, responsabilidades que devienen precisamente de la filiación y que deben cumplir teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, conforme a lo preceptuado por el artículo 222 inciso segundo CC. De esta forma, es el artículo 225 CC el que regula derechamente el cuidado personal, consagrando el artículo 224 CC, el principio de que a ambos padres cabe ejercer conjuntamente este deber genérico de cuidado personal de la crianza, es decir, la corresponsabilidad parental.

Ahora, si bien es posible sostener que al menos a nivel de principios sí existe una consagración de la corresponsabilidad parental, nuestra legislación está lejos de concretarlo. En primer lugar, porque nuestro ordenamiento no parte de la premisa del ejercicio compartido de la patria potestad; para ello es necesario el acuerdo de los progenitores a que se refiere el artículo 244 CC y, a falta de éste, al padre toca

³² Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R., *La Filiación y sus efectos*, Santiago, Editorial Jurídica, 2000, tomo I, p. 322; COURT MURASSO, E., *Nueva Ley de Filiación*, Santiago, Editorial ConoSur, 1999, p. 133; y RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Jurídica, 2001, tomo II, p. 425.

³³ Cfr. ABELIUK (n. 32), p. 322.

³⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 17 de mayo de 1962, *R.D.J.*, vol. LIX, secc.1, p. 145.

³⁵ Cfr. SCHMIDT HOTT, C., "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en SCHMIDT HOTT, C., y VELOSO VALENZUELA, P., *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Santiago, Editorial ConoSur, 2001, p. 253. La autora cita a Fueyo Laneri, quien refiriéndose al cuidado de la crianza, señala que "a primera vista parece que comprendiere solamente la atención personal del menor, (...) Comprende sin embargo, la prestación de los más variados socorros". FUEYO LANERI, F., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Santiago, Imprenta y Litografía Universo S.A., 1958, tomo VI, vol. 3, p. 353. Cabe señalar que la Corte Suprema, recientemente, se ha inclinado por esta interpretación (Sentencia de 29 de julio de 2008, Rol N° 3.469-2008).

su ejercicio. Y en situaciones de crisis matrimonial o de pareja, conforme al artículo 245 CC, si ambos padres lo convienen o si el juez así lo decide fundándose en el interés del hijo, el padre o madre que no tenga a su cargo el cuidado personal, podrá ejercer la patria potestad, descartándose la posibilidad de que ambos padres la ejerzan de manera conjunta.

En segundo lugar, lo mismo sucede con el cuidado personal, pues, como es sabido, el artículo 225 CC radica en la madre su ejercicio en caso que los progenitores vivan separados.

Al respecto, la nueva Ley de Matrimonio Civil reconoce a los cónyuges una importante autonomía para regular la ruptura matrimonial; sin embargo, resulta difícil concluir que la libertad de los cónyuges juega un rol tanto más diverso al que cumplía antes de la dictación de esta Ley, como para aceptar un convenio en tal sentido³⁶.

Lo cierto es que nuestra realidad contrasta drásticamente con la de otros países, en los que, como hemos dicho, la patria potestad no se restringe a lo patrimonial sino que corresponde más bien al concepto doctrinal chileno de autoridad paterna y donde no existe preferencia legal alguna en la asignación del cuidado de los hijos.

Así, en Italia, el inciso tercero del artículo 155 del *Codice* prescribe que la *potestà genitoriale* es ejercitada por ambos progenitores y que las resoluciones de mayor interés para los hijos relativas a su instrucción, educación y salud deben ser adoptadas de común acuerdo teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los mismos y que, en caso de desacuerdo, la decisión corresponde al juez. Por su parte, la asignación del cuidado de los hijos se centra en la regulación del *affidamento* y no directamente sobre la *potestà genitoriale* ni la residencia del hijo propiamente dicha. Con la modificación introducida mediante Ley N° 54 de 8 de febrero de 2006 “sobre disposiciones en materia de separación de los progenitores y cuidado compartido de los hijos”, la regla general en el ordenamiento jurídico italiano es el ejercicio conjunto de la *potestà genitoriale*, a no ser que la guarda haya sido adoptada en conformidad al artículo 155 bis del *Codice*, esto es, a favor de uno de los progenitores en razón de que el mejor interés del hijo podría verse afectado si era concedida también al otro en cuyo caso el padre o madre custodia tiene la patria potestad³⁷.

³⁶ Sobre el rol de la autonomía de la voluntad en los acuerdos reguladores de las crisis matrimoniales, Vid. LATHROP GÓMEZ, F., “Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de la crisis matrimonial”, *Gaceta Jurídica*, N° 333, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 20-37.

³⁷ Cfr. DE FILIPPIS, B., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione en el divorzio*, Padova, Cedam, 2006, pp. 98-99. En contra, SESTA, M., “Le nuove norme sull’affidamento condiviso: a) profili sostanziali”, *Famiglia e Diritto*, número 6, 2006, pp. 380 y 381.

En Francia, d por Ley N° 2.000 repercute en las r conforme a los p cuerpo legal, se ej del hijo exija que 373-2-1 del mism

En Alemania, la autoridad pate personal. En efec obligación y el de cuidado paterno (el cual comprend patrimonio (adm artículo 1671 esta que le ceda —bajo cuidado paterno, por ambos padres

IV. CUS

En los países absolutamente di tiones relativas a l cuidado personal de normalidad m hay pluralidad de simultánea porqu si el hijo se trasla viceversa, por eje relación directa y

³⁸ Así lo han señala alternada”, en VVAA., *Derecho de Familia. El p y DE PABLO MURILLO, I (comentario a la Ley 1 Pamplona, Editorial Ai*

nforme al artículo de fundándose en cuidado personal, que ambos padres

al, pues, como es aso que los proge-

los cónyuges una embargo, resulta to más diverso al ar un convenio en

la de otros países, nge a lo patrimo- leno de autoridad ación del cuidado

e prescribe que la as resoluciones de i y salud deben ser , las inclinaciones uerdo, la decisión hijos se centra en la e ni la residencia del Ley N° 54 de 8 de le los progenitores namiento jurídico ser que la guarda ice, esto es, a favor el hijo podía verse o madre custodia

las crisis matrimoniales, onial", *Gaceta Jurídica*,

vorzio, Padova, Cedam, o: a) profili sostanziali",

En Francia, de acuerdo con el artículo 373-2 del Código Civil (modificado por Ley N° 2.002-305, de 4 de marzo de 2002), la separación de los padres no repercute en las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental, la cual conforme a los principios generales enunciados en el artículo 372 del mismo cuerpo legal, se ejerce conjuntamente por el padre y la madre, salvo que el interés del hijo exija que el Juez confie dicho ejercicio a uno solo de los padres (artículo 373-2-1 del mismo cuerpo legal).

En Alemania, por su parte, la resolución judicial resuelve directamente sobre la autoridad paterna sin que recaiga pronunciamiento separado sobre el cuidado personal. En efecto, el artículo 1626 del BGB establece que los padres tienen la obligación y el derecho de cuidar del hijo menor de edad. A ello le denominan cuidado paterno (equivalente al concepto doctrinal chileno de autoridad paterna), el cual comprende el cuidado de la persona del hijo (cuidado personal) y el de su patrimonio (administración patrimonial). En caso de separación de los padres, el artículo 1671 establece que cada uno de ellos puede solicitar al Tribunal familiar que le ceda –bajo ciertas condiciones que enuncia– la totalidad o parte dicho cuidado paterno, a título unilateral, que en principio es ejercido conjuntamente por ambos padres.

IV. CUSTODIA COMPARTIDA Y PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD

En los países en que el concepto de patria potestad tiene una connotación absolutamente diversa a la chilena, esto es, como comprensiva de todas las cuestiones relativas a la vida del hijo, ciertos autores han precisado que, en realidad, el cuidado personal siempre es compartido por ambos padres, tanto en situaciones de normalidad matrimonial como en las de ruptura conyugal³⁸. En los dos casos hay pluralidad de sujetos que ejercen el cuidado personal: en el primero, de forma simultánea porque la custodia es conjunta y, en el segundo, alternada o sucesiva si el hijo se traslada con cierta periodicidad del domicilio materno al paterno, y viceversa, por ejemplo, cuando se ha previsto un régimen amplio y flexible de relación directa y regular.

³⁸ Así lo han señalado GODOY MORENO, A., "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", en VV.AA., *Diez años de abogados de familia*, Madrid, La Ley, 2003, pp. 324; PÉREZ MARTÍN, A., *Derecho de Familia. El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Valladolid, Lex Nova, 1997, tomo II; y DE PABLO MURILLO, B., "La Reforma Matrimonial (II): La nueva regulación de la separación y el divorcio (comentario a la Ley 15/2005 de 8 de julio)", *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 14/2005, Parte Estudio, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2005, BIB 2005\1564, p. 2.

Personalmente, creo que la responsabilidad del cuidado de los hijos debiera ser siempre compartida entre los progenitores, ya sea que vivan juntos o estén separados o divorciados. Sin embargo, en los países en que la patria potestad no sólo comprende las cuestiones relativas a los bienes sino el conjunto de las relaciones paterno-materno-filiales, debemos distinguir dos situaciones.

En primer lugar, si el cuidado personal es unilateral, lo que verdaderamente comparte el padre o madre no custodia con quien sí lo es, no es el cuidado personal propiamente dicho sino determinados aspectos que conforman la patria potestad de los hijos de la cual es titular y, desde luego, cuestiones de carácter personal. Ello se verifica mediante el desarrollo de tres funciones: velar por ellos, que importa el derecho-deber de vigilancia y control y el deber de colaboración; tenerlos en su compañía, a través de la relación directa y regular, y, además, mediante la formación y desarrollo integral, en las cuales se participa no obstante la no convivencia. En este caso, por ende, aunque el lenguaje cotidiano pueda conducirnos a hablar de custodia compartida, lo que existe, en estricto rigor, es un cuidado personal unilateral o unipersonal sin perjuicio de que la responsabilidad parental sea siempre compartida.

La segunda hipótesis se produce cuando, no obstante la separación de los padres, se ha decidido de común acuerdo o a instancia de uno de ellos, según lo autorice la legislación, que dicho aspecto personal de la patria potestad del hijo sea "efectivamente" compartido por ambos progenitores, los cuales, a través de un ejercicio alternado o sucesivo del cuidado personal, disfrutan de lapsos más o menos equivalentes en la atención de dicho cuidado.

Asimismo, se ha señalado que el ejercicio conjunto de la patria potestad y del cuidado personal alude a una regulación de la distribución de las funciones parentales que deja un mínimo margen de situaciones aleatorias en lo que respecta a la educación y formación del hijo³⁹. Esta afirmación presupone un concepto de cuidado personal que comprende no sólo el cuidado directo del hijo, sino el conjunto de derechos y deberes que se generan de la relación paterno-materno-filial, sin distinción de ninguna especie. Conforme a esta noción amplia de cuidado personal, en situaciones de crisis matrimonial o de pareja, la custodia compartida o conjunta equivaldría al coejercicio de la responsabilidad parental.

³⁹ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, J., "Pàtria potestat, guarda i custodia i crisis familiar. La mediació familiar. Circumstàncies a tenir en compte en la resolució judicial sobre guarda i custodia", en *Studia Iuridica*, N° 5, 1993, p. 127 y "Criterios sobre la distribución de funciones en el ejercicio de la patria potestad conjunta, en las crisis matrimoniales", en *Derecho de Familia*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 10, Madrid, 1993, p. 484.

A nuestro juicio compartida y corre las expresiones "co la siguiente forma y responsabilidad derecho a continu el aprendizaje de r acuerdos entre los con uno y con otr

Estimo que es cada traducción denominación "gr términos *joint cus* respectivamente. de diferencias sig vocablos poseen uso cotidiano de vocablo *custody* i tanto *matérielle* al cuidado perso en algunos paíse como se ha señal *conjointe* equival

⁴⁰ SALZBERG, B., *l después del divorcio*, B esta definición, POU I la", Ponencia presenta de *Derecho de Familia*, p. 13 (esta ponencia h Madrid, Colegio de R 1, pp. 1743-1766).

⁴¹ De hecho, en *California Family Coa*

⁴² En efecto, la s presión *garde conjoint* "ejercicio conjunto de *droit civil*", París, Dalle

⁴³ Así lo ha señal N., *Nuove norme sulle*

A nuestro juicio, en estas afirmaciones subyace una confusión entre custodia compartida y corresponsabilidad familiar y, en este sentido impropio, son utilizadas las expresiones “compartida” y “conjunta”. En efecto, algunos autores definen de la siguiente forma la custodia compartida: “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad en relación a todo cuanto concierna al niño; el respeto de su derecho a continuar contando afectiva y realmente, con un padre y una madre; el aprendizaje de modelos solidarios entre ex-esposos pero aún socios parentales; acuerdos entre los integrantes de la familia sobre los tipos de convivencia del niño con uno y con otro”⁴⁰.

Estimo que es posible que la confusión terminológica se deba a una inadecuada traducción de las locuciones empleadas en la legislación extranjera. Así, la denominación “guarda y custodia conjunta” no es sino la traducción literal de los términos *joint custody* y *garde conjointe* del Common Law y del Derecho francés, respectivamente. Sin embargo, la identidad léxica entre estas expresiones esconde diferencias significativas que debemos aclarar. En efecto, estos dos últimos vocablos poseen un significado más amplio que aquel que nos ha impuesto el uso cotidiano de la frase custodia conjunta o compartida, pues, en realidad, el vocablo *custody* incluye tanto la custodia física como legal⁴¹ y la *garde* puede ser tanto *matérielle* como *juridique*⁴², de forma que ambos términos se refieren no sólo al cuidado personal propiamente dicho de los hijos en el sentido asignado a éste en algunos países, sino a un espectro más extenso de derechos y facultades. Tal como se ha señalado en el Derecho italiano, *joint legal custody* y *garde juridique conjointe* equivalen más bien al ejercicio conjunto de la potestad parental⁴³;

⁴⁰ SALZBERG, B., *Los niños no se divorcian. Estudio psicológico: como preservar a los hijos antes, durante y después del divorcio*, Barcelona, Editorial Logos Clínica Psicoanalítica, 1992, pp. 144-145. Ha hecho suya esta definición, PONS DE LA FLOR, M., “Igualdad conyugal y custodia compartida en la legislación española”, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Congreso Internacional de Derecho de Familia, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 22 a 24 de septiembre de 2005, México, p. 13 (esta ponencia ha sido publicada también en el *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2006, vol. 1, pp. 1743-1766).

⁴¹ De hecho, en el Estado de California, *joint custody* significa custodia física y legal (artículo 3002 del *California Family Code*).

⁴² En efecto, la sentencia de la Corte de Casación francesa de 2 de mayo de 1984 observó que la expresión *garde conjointe*, en cuanto se refiere a los aspectos jurídicos de la custodia, podría ser sustituida por “ejercicio conjunto de la autoridad parental”. Cfr. Nerson, R. y Rubellin-Devichi, J., *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Dalloz, 1984, p. 692.

⁴³ Así lo ha señalado SCANNICCHIO, N., “Commento alla l. 26 marzo 1987, n. 74, sub art. 11”, en Lipari, N., *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, Padova, Cedam, 1988, p. 248.

de hecho, la expresión francesa *garde* fue sustituida, conforme a la Ley N° 87-570 de 22 de julio de 1987, por la frase “modalidad de ejercicio de la autoridad parental”.

Conforme a lo que hemos comentado hasta ahora, sostenemos que estas descripciones corresponden más bien a una definición de responsabilidad compartida y no a una especial modalidad de cuidado personal. No cabe confundir custodia compartida con uno de sus principios: la corresponsabilidad parental.

V. LOS PLANES DE COPARENTALIDAD Y EL ABANDONO DEL CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

En numerosos países, la recepción de la corresponsabilidad parental o familiar en el ámbito interno se ve reflejada, entre otros aspectos, en un replanteamiento legislativo de la patria potestad y en la introducción de los denominados “planes de coparentalidad” o “planes de responsabilidad parental”.

1. EL ABANDONO DEL CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Es necesario destacar que en el ámbito interno, en observancia a este principio de corresponsabilidad parental, los países que han acogido la custodia compartida han redimensionado el instituto de la patria potestad, comenzando por desterrar esta denominación.

En efecto, en el Derecho comparado, esta expresión ha sido reemplazada por *autoridad parental*, concepto que alude a una función ejercida por ambos padres en el propio interés del hijo y no a un poder de dominio sobre éste. Además, esta nueva designación suprime las prerrogativas del padre varón, poniendo de relieve que ambos progenitores son titulares de la autoridad de la familia en una posición de igualdad; de hecho, se tiende, además, a abandonar la distinción entre titularidad y ejercicio de la misma.

— Así, en *Francia*, la Ley de 4 de junio de 1970 modificó el concepto de patria potestad por “*autorité parentale*”, término que ha sido también utilizado por la Ley núm. 2002-305 de 4 de marzo de 2002 que modificó el Código Civil francés precisamente en algunas materias referidas a dicha institución. Asimismo, mediante esta última ley, se ha abandonado la expresión “*garde*”, que ha sido reemplazada por “autoridad parental conjunta” y “alternancia de la residencia con uno y otro progenitor”. Al respecto, cabe señalar que el vocablo “*autorité parentale*” ha sido adoptado por cierta doctrina y jurisprudencia traducéndola a *autoridad parental*, cuestión que, en estricto rigor,

no alude —a diferer
progenitores sino,

— En *Italia*, po
tad”. En efecto, la
es decir, la potesta
de 2006, número
nitores y cuidado
cual ha levantado

— En *Alemania*
1998, el B.G.B. h:
rra⁴⁶, *Escocia*⁴⁷, G
similares a *autorid*
se habla de “*poder*

⁴⁴ La Sentencia de
parental conjunta del I
Real Academia Españ
parientes”. *Diccionario*
Espasa Calpe, 2001, p.

⁴⁵ Al respecto, refi
superar el concepto de
la tutela de las person
ombre della nuova leg

⁴⁶ La *Children Ac*
ella representa todos l
un niño/a tiene en rel

⁴⁷ La *section 1* de
y promover la salud de
de su desarrollo, de la
mantener relaciones p
Todo ello en la medic

⁴⁸ El artículo 15
cuidado de un niño r
El cuidado parental ir
del niño en cualquier

⁴⁹ El Título IX
intitula “*De la autori*

⁵⁰ El Capítulo T
a la “*autoridad paren*
el 1° de enero de 19

⁵¹ El artículo 1
N° 496/77 de 25 de

de la Ley N° 87-
cio de la autoridad

mos que estas des-
bilidad compartida
confundir custodia
parental.

NO

parental o familiar
n replanteamiento
nominados "planes

TAD

cia a este principio
custodia compartida
ando por desterrar

o reemplazada por
por ambos padres
obre éste. Además,
arón, poniendo de
e la familia en una
la distinción entre

concepto de patria
utilizado por la Ley
francés precisamente
esta última ley, se ha
'autoridad parental
nitor". Al respecto,
or cierta doctrina y
e, en estricto rigor,

no alude —a diferencia del idioma francés— a la responsabilidad o autoridad de los progenitores sino, literalmente, al de los padres o *parientes* en general⁴⁴.

— En *Italia*, por su parte, el Código Civil ha mantenido la expresión "potestad". En efecto, la Ley de 19 de mayo de 1975 se refiere a la "*potestà dei genitori*", es decir, la potestad de los progenitores. Del mismo modo, la Ley de 8 de febrero de 2006, número 54, "sobre disposiciones en materia de separación de los progenitores y cuidado compartido de los hijos", se refiere a la "*potestà genitoriale*", lo cual ha levantado críticas en la doctrina⁴⁵.

— En *Alemania*, conforme a las leyes de 18 de julio de 1979 y 1 de julio de 1998, el B.G.B. habla de "*elterliche Sorge*", esto es, cuidado parental. Y en *Inglaterra*⁴⁶, *Escocia*⁴⁷, *Grecia*⁴⁸, *Luxemburgo*⁴⁹ y *Suiza*⁵⁰ se utilizan también expresiones similares a *autoridad parental* o *responsabilidad parental*. En cambio, en *Portugal*⁵¹, se habla de "*poder paternal*".

⁴⁴ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 13 de abril de 2005 afirma que la autoridad parental conjunta del Derecho francés equivale a nuestro "rancio" término jurídico de patria potestad. La Real Academia Española define el adjetivo "parental" como "perteneciente o relativo a los padres o a los parientes". *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 1682.

⁴⁵ Al respecto, refiriéndose a esta última reforma, la doctrina italiana ha señalado que habría sido oportuno superar el concepto de *potestà genitoriale* y, en línea con otros ordenamientos, afirmar el interés público por la tutela de las personas que componen la familia. Cfr. LOVATI, P., "Affidamento condiviso dei figli: luci ed ombre della nuova legge", *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XXIV-1, marzo, 2006, p. 166.

⁴⁶ La *Children Act* de 1989 se refiere a la "responsabilidad parental" estableciendo en su *section 3.1* que ella representa todos los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y la autoridad que por ley el padre de un niño/a tiene en relación con el niño/a y su propiedad.

⁴⁷ La *section 1* de la *Children (Scotland) Act* de 1995 se refiere a las "responsabilidades parentales": proteger y promover la salud del niño, su desarrollo y bienestar social; proveer al niño, de manera apropiada a la etapa de su desarrollo, de la dirección y orientación adecuada; si el niño no está viviendo con uno de los padres, mantener relaciones personales y contacto regular con aquél; y actuar como el representante legal del niño. Todo ello en la medida que sea practicable y en interés del niño.

⁴⁸ El artículo 1510 del Código Civil griego utiliza la expresión "*cuidado parental*" estableciendo que el cuidado de un niño menor de edad es un deber y un derecho de los padres, el cual es ejercido conjuntamente. El cuidado parental incluye el cuidado de la persona del niño, la dirección de su propiedad y la representación del niño en cualquier transacción legal.

⁴⁹ El Título IX del Libro I del Código Civil de Luxemburgo, conforme a la Ley de 6 febrero 1975, se intitula "*De la autoridad parental*".

⁵⁰ El Capítulo Tercero del Título VIII de la Segunda Parte del Libro II del Código Civil suizo, se refiere a la "*autoridad parental*" conforme al texto introducido por la Ley de 25 de junio de 1976, en vigor desde el 1° de enero de 1978.

⁵¹ El artículo 1878.1 del Código Civil portugués, conforme a la redacción dada por el Decreto-Ley N° 496/77 de 25 de noviembre de 1977, se refiere al contenido de dicho poder paternal estableciendo que

En España, en cambio, el legislador sigue refiriéndose a la patria potestad. En efecto, se ha señalado que, en atención a los principios constitucionales que la inspiraron, la reforma introducida por la Ley N° 11/1981 de 13 de mayo debió reemplazar dicha expresión –históricamente unida a la jefatura del padre– y cualquier otra que connotase el predominio del padre sobre la madre, como lo es el epígrafe del Título VII del Libro I del Código Civil español, referido a las relaciones *paterno-filiales*, cuyas disposiciones continúan utilizando el término *patria potestad*⁵². Al respecto, cierto sector⁵³ ha afirmado que el cambio de denominación de dicho epígrafe se debe a la pretensión de englobar alguna norma que no reglamenta la patria potestad, como por ejemplo, el artículo 155 del Código Civil referido a los deberes de los hijos frente a sus padres; o a la intención de aminorar el mantenimiento de los artículos atinentes a la adopción dentro del mismo Título⁵⁴.

De todas formas, el pluralismo que caracterizó a la reforma en materia de patria potestad conllevó el abandono de soluciones patriarcales y autoritarias y el recurso necesario a la intervención pública a través del control judicial, generando, además, una mayor atención por el contenido personal de la patria potestad⁵⁵.

Continuación nota ⁵¹

competir a los padres, en el interés de los hijos, velar por la seguridad y salud de éstos, proveer a su sustento, dirigir su educación, representarlos, incluso a los nasciturus, y administrar sus bienes.

⁵² Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Comentario al artículo 154 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. 2, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1043. Incluso, las *Conclusiones sobre Las Reformas del Derecho de Familia. II Encuentro institucional de jueces y magistrados de familia, fiscales y secretarios judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia*, Madrid, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005,

[<http://www.reicaz.es/circubol/boletcol/bolc0172/bolc0172.pdf>], p. 3, recomiendan que se haga constar el término "responsabilidad parental" entre paréntesis junto al término "patria potestad" o el correspondiente nombre que se le dé a la institución por los derechos forales, como "autoridad familiar" en Aragón o "potestad" en Cataluña. En sentido contrario se manifiesta CASTÁN VÁZQUEZ, J., "Comentario al Título VII del Libro I del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo III, vol. 2, Madrid, Edersa, 1982, p. 66, para quien la expresión patria potestad se encuentra arraigada y su reemplazo es dificultoso.

⁵³ Así, DE LA VÁLGOMA, M., "Notas sobre la titularidad en el ejercicio de la patria potestad", *RFDC*, núm. 62, 1981, p. 100.

⁵⁴ Cfr. BERCOVITZ (n. 52), p. 1044.

⁵⁵ Así lo ha señalado Bercovitz (n. 52), p. 1044. En todo caso, para algunos autores la patria potestad sigue siendo un derecho subjetivo de los padres perteneciente al Derecho civil y privado. En este último sentido se manifiestan PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, sección Publicaciones, 1989, p. 505 y RUIZ-RICO RUIZ, J., DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M., y LUQUE JIMÉNEZ, C., "Reflexiones sobre la protección de menores en el ordenamiento jurídico español", en *RDF*, núm. 17, octubre, 2002, pp. 62-64.

Nosotros con potestad ha cedido importante terreno que se traduce en las últimas leyes la expresión *autoridad* denominar la patria a la madre⁵⁶ y, m

2. LOS PLANES

En aplicación de la ley se prevé la presente *Parental* diseñado derechos-funciones de manera detallada cuidado, residencia al hijo que se este sociales de los hijos

Es una figura una normativa con en Estados Unidos los casos en que el tribunal, salvo custodia; o que lo ponerlo antes que Kansas⁵⁸, al referir el régimen de custodia niño en función de "plan de responsabilidad" posibles acuerdo

⁵⁶ Cfr. "Conclusiones del Anteproyecto de la reforma de 2004, [<http://www>] el 15 de octubre de 2004:

⁵⁷ Artículo 131 bis

⁵⁸ Kansas Statute

⁵⁹ También con el número 9 de los M

Nosotros compartimos estas críticas y sostenemos que el concepto de patria potestad ha cedido, aunque no se refleje en un cambio legal terminológico, un importante terreno a nuevos paradigmas en el Derecho de familia, fenómeno que se traduce en un creciente reconocimiento del interés superior del hijo en las últimas leyes dictadas en la materia. En este sentido, nos parece adecuada la expresión *autoridad parental* o *función tuitiva*, como ciertos colectivos comienzan a denominar la patria potestad haciendo hincapié en su función dual sin invisibilizar a la madre⁵⁶ y, mejor aún, la relación paterno-materno-filial.

2. LOS PLANES DE COPARENTALIDAD O DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

En aplicación del principio de corresponsabilidad, diversas legislaciones prevén la presentación de un *Plan de Coparentalidad* o *Plan de Responsabilidad Parental* diseñado de mutuo acuerdo por ambos padres para el ejercicio de los derechos-funciones que comprende la autoridad parental. Se trata de determinar, de manera detallada, las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta al cuidado, residencia, vivienda, alimentos y demás aspectos de relevancia relativos al hijo que se estime necesario regular, como los aspectos sanitarios, educativos o sociales de los hijos.

Es una figura jurídica que ha alcanzado difusión en los países que cuentan con una normativa consolidada en materia de custodia compartida. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, el Código Civil del estado de Lousiana⁵⁷ establece que en los casos en que se haya acordado el ejercicio conjunto del cuidado de los hijos, el tribunal, salvo casos excepcionales, requerirá la presentación de un plan de custodia; o que los padres, a título individual o de mutuo acuerdo, podrán proponerlo antes que se adopte una decisión al respecto. Asimismo, la legislación de Kansas⁵⁸, al referirse a los regímenes de residencia, establece que, tras determinar el régimen de custodia, el tribunal decidirá sobre el lugar en que haya de vivir el niño en función del mejor interés de éste, añadiendo que las partes presentarán un "plan de responsabilidad parental acordado" o, en caso de divergencia, someterán posibles acuerdos a la consideración del juez⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. "Conclusiones del Taller de Trabajo realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, sobre el *Anteproyecto de la reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio*", España, 17 de noviembre de 2004, [<http://www.hera2001.com/custodiareponsable/doc/CONCLUSIONES.pdf>; fecha de consulta: 15 de octubre de 2008], p. 3.

⁵⁷ Artículo 131 letra A número 1) sobre Custody of children pending the litigation del Civil Code.

⁵⁸ Kansas Statute No. 60-1610, chapter 60, article 16, 5).

⁵⁹ También contemplan un plan de custodia los Oklahoma Statutes, 43 O.S. §109, C); en Missouri, el número 9 de los Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and

Cabe señalar que la mediación resulta particularmente importante en estos aspectos, no sólo como mecanismo previsto para la resolución de posibles conflictos posteriores, sino durante la adopción del acuerdo de coparentalidad propiamente dicho y, sobre todo, en aquellos casos que presenten cierto grado de disputa entre partes. En este sentido, en Canadá, aunque aún no se ha consagrado legalmente la custodia compartida, el Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso del Parlamento, en su informe de 1998⁶⁰, recomienda que se inste a los padres que se divorcian a elaborar un plan de responsabilidad parental por sí mismos, con ayuda de un mediador capacitado o a través de alguna forma de resolución alternativa de conflictos.

En cuanto al incumplimiento de las sentencias de responsabilidad parental, estimamos de gran utilidad la previsión de respuestas coordinadas que incluyan tanto elementos terapéuticos como punitivos. Así, la Recomendación número 19 del Informe canadiense aludido, prevé programas de educación parental, políticas de recuperación del tiempo de convivencia, asesoramiento para las familias con conflictos sobre el desempeño de las funciones parentales, servicios de mediación y, en los casos persistentes y difíciles de tratar, soluciones punitivas para los progenitores que incumplan injustificadamente las sentencias de responsabilidad parental⁶¹.

Este valioso Informe sugiere, además, la adopción de políticas de educación parental, elemento que deviene como indispensable para una adecuada concienciación de la labor de responsabilidad de los padres y que aparece absolutamente novedoso en el contexto del Derecho comparado. En efecto, el Comité señala que todos los padres que soliciten sentencias de responsabilidad parental, a menos que exista acuerdo entre ellos sobre los términos de tales sentencias, deben participar obligatoriamente en un programa educativo que les ayude a tomar conciencia de las reacciones de los padres tras la separación, las necesidades del desarrollo de los

Continuación nota ⁵⁹

Separate Maintenance, Section 452.375.1, de 28 de agosto de 2001; en Pennsylvania, como "plan de aplicación de la sentencia de custodia", los Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations, §5306; y en Alabama, conforme al Code of Alabama, 1975, Acts 1996, N° 96-520, §30-3-153, de 1 de enero de 1997. El Estado de Illinois lo denomina "Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta", el cual debe especificar las facultades, los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres para el cuidado personal del niño y las decisiones importantes, tales como las relativas a la educación, la atención sanitaria y la formación religiosa (Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, 750 ILCS 5/602.1.b)).

⁶⁰ Special Joint Committee on Custody and Access, for the sake of children, en <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02-e.htm>, fecha de consulta 15 de octubre de 2008, p. 32.

⁶¹ Cfr. For the..., *op. cit.*, p. 55.

hijos en las diferentes etapas del divorcio, los costos y las ventajas de...

Por otra parte, las medidas adoptadas como acuerdos de coparentalidad presadas como acuerdos de coparentalidad en todas las decisiones importantes, formalmente en virtud de la autoridad normativa y aquellos en los que el derecho del menor o el deseo de adopción del menor o el deseo sea tomado en cuenta...

De lo hasta ahora se desprende el principio de que el acuerdo de coparentalidad en materia de custodia y acceso desarrollado en...

En primer lugar, se trata de cuestiones relativas a la vida diaria, por el legislador se ha establecido un régimen de custodia extrapatrimonial durante la norma que establece el cargo de la patria potestad atinente a los hijos de convenio en el caso de ello al padre y...

En efecto, tras la configuración de la custodia con uno de sus padres, se exige. Este tipo de acuerdo jurídico no sólo tiene un carácter funcional y judicial...

⁶² Cfr. For the...

portante en estos
posibles conflictos
dad propiamente
de disputa entre
grado legalmente
odia y Acceso del
los padres que se
ismos, con ayuda
lución alternativa

abilidad parental,
das que incluyan
ación número 19
parental, políticas
a las familias con
vicios de media-
punitivas para los
e responsabilidad

cas de educación
decuada concien-
de absolutamente
Comité señala que
ntal, a menos que
deben participar
nar conciencia de
l desarrollo de los

ia, como "plan de apli-
3: Domestic Relations,
0, §30-3-153, de 1 de
ntal Conjunta", el cual
padres para el cuidado
, la atención sanitaria y
(5/602.1.b)).

[p://www.parl.gc.ca/In-](http://www.parl.gc.ca/In-)
tubre de 2008, p. 32.

hijos en las diferentes edades, los beneficios de la cooperación entre los progenitores tras el divorcio, los derechos y responsabilidades de los padres y la disponibilidad y las ventajas de la mediación y de otras formas de solución de conflictos⁶².

Por otra parte, este Informe sugiere que las resoluciones judiciales sean expresadas como acuerdos de parentalidad. En este sentido, considero positivo que todas las decisiones relativas a estos aspectos de la vida del hijo se materialicen formalmente en planes de coparentalidad, de manera que exista coherencia y uniformidad normativa entre los asuntos que han sido resueltos con cierta litigiosidad y aquellos en los que ha existido mutuo acuerdo. Asimismo, en conformidad al derecho del menor a ser oído y a su interés superior, estimo que durante el proceso de adopción del acuerdo es altamente aconsejable que el hijo sea oído y que su deseo sea tomado en cuenta en función de su edad y madurez.

VI. CONCLUSIONES

De lo hasta aquí dicho, podríamos sostener que el artículo 224 del CC consagra el principio de corresponsabilidad parental, pero que, dadas las normas actuales en materia de patria potestad y cuidado personal, se encuentra deficientemente desarrollado en nuestra legislación.

En primer lugar, por la ausencia de una sola institución que abarque todas las cuestiones relativas al hijo en un todo integral, tal como se verifican y resuelven, en la vida diaria, dichas cuestiones. No veo por qué ambas "esferas" son separadas por el legislador pues si bien pueden concurrir intereses diversos (patrimoniales y extrapatrimoniales), la persona del niño es una sola. Es anacrónico, además, que durante la normalidad familiar sea el padre quien, a falta de acuerdo, tenga a su cargo la patria potestad, como si estuviese en mejores condiciones de gestionar lo atinente a los bienes, y que, en caso de crisis familiar, sea la madre la que, a falta de convenio en contra, reciba el cuidado personal, como si fuera normal excluir de ello al padre y, en cuyo caso, además, pasa a tener también la patria potestad.

En efecto, tradicionalmente, la regulación del cuidado personal ha dado lugar a la configuración del cuidado personal *unilateral*. Conforme a éste, el niño reside con uno de sus padres, otorgándole éste el cuidado directo que dicha convivencia exige. Este tipo de tuición ha venido consolidándose en nuestro ordenamiento jurídico no sólo mediante la atribución de carácter legal, sino también convencional y judicial de este derecho-función.

⁶² Cfr. For the..., *op. cit.*, p. 30.

Si bien el artículo 225 del CC chileno radica en la madre su ejercicio en caso que los progenitores vivan separados, lo cierto es que mediante una atribución convencional o bien judicial, esta regla podría alterarse, de manera que el cuidado personal fuera radicado en el padre (el tenor de la norma no da lugar a que se pacte el ejercicio compartido). No obstante, los acuerdos suscritos entre progenitores con el objeto de invertir la regla de la atribución legal son escasísimos. Del mismo modo, los acuerdos reguladores de la crisis matrimonial reglamentados en la Ley de Matrimonio Civil, aisladamente conceden al padre el cuidado de los hijos, y la jurisprudencia evidencia una arraigadísima tendencia que concede a la madre este derecho-deber; regla que es prácticamente absoluta respecto de los hijos de corta edad.

La presentación de iniciativas tendentes a compartir las responsabilidades parentales pone en evidencia un cambio sociológico en nuestro país. No existe, al parecer y como lo señalé al inicio de estas páginas, una conciencia consolidada de corresponsabilidad. El hecho de que se comience a debatir acerca del reconocimiento legal de la custodia compartida, ayuda a crear cierta conciencia de corresponsabilidad parental y prepara el camino para que esas modificaciones sociales y culturales tengan una mayor recepción judicial. En este sentido, si bien las estadísticas no evidencian aún un incremento de la custodia compartida en los casos resueltos por la jurisprudencia en los países que la contemplan, las reformas legales que la han consagrado han generado un importante efecto pedagógico y promocional de la misma.

Así, más allá del posible reconocimiento legal de este instituto, lo cierto es que la iniciativa ha puesto de relieve la necesidad de una reforma que revise las materias en las que la regulación de la patria potestad y del cuidado personal permanece anclada a viejos principios.

LA TUCIÓN COM INTERÉS SUPE

El cuidado pe:
puesto de moda. F
Francisco Chahuá
madre por una de
audaz que se ha fc
senador Jaime Na
madre y permitir l
nal se alterne entr
alternado entre lo
civil que ven posit
regulatorios que p

La mejor man
Hace poco un trit
a solicitud del pa
niños así: lunes y
más un fin de sen
día viernes hasta

* Este estudio es un
responsable.

** Profesora de De

¹ Boletín N° 591.

² Boletín N° 519.

³ Sentencia de la A
Ponente: Enric Anglad