

CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y CUIDADO PERSONAL.

PARENTAL JOINT RESPONSIBILITY AND PERSONAL CARE.

RONALDO FUENTES PARRA* **

Universidad Nacional Arturo Prat - Victoria, Chile.

RESUMEN: El principio de Corresponsabilidad Parental, el cual se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 20.680, y que cuyo objetivo es principalmente buscar y establecer un equilibrio de derechos y deberes entre los progenitores, en cuanto a la crianza y educación de los hijos, constituye un gran logro y avance para la sociedad actual. Sin embargo, es posible que dicho principio no logre tener el alcance y efectividad que pretende, puesto que pareciera que no es posible cumplir de igual manera la forma de participación que exige dicha ley en contexto de separación de los padres, retrotrayéndonos al problema que buscaba solucionar.

PALABRAS CLAVES: Corresponsabilidad Parental - Familia – Cuidado Personal – Interés Superior del Niño.

ABSTRACT: The principle of Parental Co-responsibility, which is enshrined in our legal system through Law 20,680, and whose main objective is to seek and establish a balance of rights and duties between parents, in terms of raising and educating children, is a great achievement and progress for today's society. However, is possible that this principle will not achieve the scope and effectiveness it seeks, since it seems that it is not possible to comply in the same way with the form of participation required by this law in the context of separation from parents, bringing us back to the problem it sought to solve.

KEYWORDS: Parental Joint Responsibility - Family - Personal Care - Child's Best Interest.

* Estudiante de Cuarto Año (2019), Carrera de Derecho, Universidad Nacional Arturo Prat, Sede Victoria, Chile. Correo Electrónico: ronaldofuentesparra@gmail.com .

** Este trabajo corresponde al texto de la ponencia presentada en el 1^{er} Congreso Estudiantil de Derecho Privado de la Universidad de Concepción, los días 29 y 30 de agosto de 2019.

I.- INTRODUCCIÓN

Hoy en día nuestra legislación ha señalado que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo el matrimonio la base principal de la familia. Sin embargo, un matrimonio no está ajeno a los divorcios y crisis matrimoniales.

Hoy en día se puede apreciar que existe un aumento de familias monoparentales. Así lo muestran los datos del Servicio de Registro Civil e Identificación,¹ en donde se puede observar que en la última década el número de divorcio, en matrimonios que han durado 5 años o menos, aumentaron en un 525%, pasando de 578 en 2006 a 3.035 en 2016, situación que trae como consecuencia notables cambios en la sociedad respecto a la forma de vivir tanto del hombre como la mujer. Sin embargo, a pesar de este contexto social, se puede apreciar que nuestra legislación ha prevenido con anterioridad estas situaciones, creando un sistema de protección conformado principalmente por la protección de los hijos y del cónyuge más débil.

Se puede dar que en contexto de matrimonio nazcan hijos, los cuales quedarían expuestos a estas situaciones, y es por ello que, a pesar de las rupturas que puedan sobrevenir después de la celebración de un matrimonio, existen principios que tienden a proteger el derecho de infancia, sobre todo después de la reforma chilena de 2013, la cual tiene como finalidad promover que ambos padres, aunque estén separados y tengan diferencias, participen en la crianza y educación de sus hijos, velando por su persona, proporcionando todo lo necesario para cumplir con esta obligación, lo que hoy en día llamamos corresponsabilidad parental.

A partir de la ratificación en Chile de la *Convención Internacional de los Derechos del Niño*,² convención que tiene por objeto garantizar los derechos de los niños, y que a su vez constituye un conjunto de derechos civiles, políticos, económico, sociales y culturales de los mismos, se logra avanzar en cuanto a la protección de los niños en Chile. Pero con la entrada en vigor de la Ley 20.680³ se consagra directa y expresamente el principio de corresponsabilidad parental, como aquel principio por el cual ambos padres, vivan juntos o separados, participaran de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos e hijas.

¹ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN (Eds.), “Primer Boletín de Información Semestral”, Gobierno de Chile, Santiago, 2016, 52 pp., documento .pdf, disponible en línea: https://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf.

² *Convención Internacional de los Derechos del Niño*, la cual fue suscrita en el año 1969, entrando en vigor en 1978, promulgada en nuestro país por Decreto N° 873 de 1990.

³ Ley 20.680, de 2013, introduce modificaciones al Código Civil chileno con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

Sin embargo, el objeto de este trabajo no es discutir la finalidad del principio de corresponsabilidad parental, y sus características propiamente tales, sino que lograr determinar si puede o no existir corresponsabilidad parental cuando ambos padres se encuentran separados.

II.- LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

Como se puede observar, concepto de corresponsabilidad parental es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, siendo incorporado por la ley 20.680 que modifica el artículo 224 del Código Civil chileno, precepto legal que anteriormente entregaba de forma preferente el cuidado personal de los hijos a la madre, basándose principalmente en estereotipos.

Actualmente el artículo 224 del Código Civil chileno en su inciso primero señala que *“toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Este se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participaran de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”*.

Entendiéndose corresponsabilidad parental como *“aquel reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”*.⁴

Dado esto la noción que existe de la corresponsabilidad parental solo nos da a entender el modo en que se ejerce dicha responsabilidad, entendiéndose como un reparto equitativo de los derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos, tanto en el plano personal, ya sea incluyendo decisiones cotidianas y afectivas, y como también patrimonial, sea que estos vivan juntos o no.

Tras la modificación, del artículo 224 del Código Civil chileno se puede desprender diversas situaciones en cuanto a la participación de los padres en la crianza y educación de los hijos, las cuales son:

a) La labor de crianza y educación de los hijos de ambos padres.

Es necesario señalar, respecto a este punto, que dicha tarea solo puede ser realizada cuando ambos padres tengan determinada la filiación respecto de sus hijos, ya sea filiación matrimonial, no matrimonial o voluntaria.

Respecto a este punto es necesario hacer referencia a lo establecido en el artículo 224 el cual señala que la labor de crianza y educación de los hijos recaerá en el padre o

⁴ LATHROP, Fabiola, “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2008, N° 10, p. 22.

madre sobreviviente, caso en cual uno de los padres haya muerto, o solo en el padre o madre que haya reconocido al hijo, en filiación voluntaria, o en la persona que determine el juez, en caso en que ninguna persona haya reconocido al hijo. En estos casos no existe, absolutamente, Corresponsabilidad Parental.

b) La labor de crianza y educación de los hijos de ambos padres vivan juntos o no.

En cuanto a este punto, es necesario hacer referencia a lo que señala expresamente la historia de la Ley 20.680, la cual señala “*De acuerdo a lo dispuesto actualmente en el Código Civil, en particular, el artículo N° 224, existe respecto de los padres un derecho-deber de crianza y educación que corresponde a ambos por su calidad de tales, y no por su cargo de cuidado personal del hijo o hija. Por esta razón si los padres se encuentran separados, no solo mantiene este deber quien asume el cuidado personal, sino también aquel que está privado de él, ya que se trata de un derecho y una responsabilidad de ambos*”.⁵

Es necesario señalar que la labor de crianza y educación de los hijos se torna más fácil cuando ambos padres viven juntos, ya que comúnmente esta labor se lleva a cabo a través de acuerdos implícitos entre ambos. Sin embargo, cuando ambos no lo están la realidad cambia absolutamente, siendo necesario regular inmediatamente la forma de participación de ambos padres.

Respecto a este punto los derechos y obligaciones claramente no se alteran (independientemente de la situación en que ambos padres se encuentren), primando sobre toda circunstancia el Interés Superior del Niño.

c) La labor de crianza y educación de los hijos que deben ser ejercidas por ambos padres -vivan juntos o no- de forma activa, equitativa y permanente.

Respecto a este punto, tal como se manifestaba en la Historia de la Ley N° 20.680,⁶ cuando se hace referencia a que la labor de los padres en cuanto a la crianza y educación de los hijos debe ser de forma *activa*, lo que se pretende es que ninguno de los padres quede impedido o privado en la toma de decisiones sobre sus hijos.

- *Forma equitativa*, la cual no implica necesariamente que sea de forma igualitaria, sino que la forma de participación se debe realizar según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales que los padres posean.

- *Forma permanente*, es decir la ley exige que sea durante toda la vida del hijo.

⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 20.680*, BCN, Santiago, 2013, documento .pdf, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4280/>. Consultada: 15 de mayo de 2019.

⁶ Historia de la Ley N° 20.680, cit. (n. 5).

d) La Corresponsabilidad Parental en relación con la crianza y educación, en un sentido amplio.

Ya en un sentido amplio es preciso señalar que la corresponsabilidad parental no solo la toma de decisiones de carácter relevante, sino que va más allá, considerando incluso aquellas de carácter cotidianas y afectivas para con sus hijos, no tan solo aquellas de aspecto patrimonial.

Por tanto, se puede concluir que el principio de corresponsabilidad parental no está destinado principalmente para los progenitores, sino que su finalidad es proteger los derechos e intereses de los niños.

III.- EL CUIDADO PERSONAL

Para estos efectos, se tendrá en consideración el cuidado personal con la finalidad de que el lector logre comprender someramente en que consiste, y la relación que tiene con el principio de corresponsabilidad parental, en aquel caso en que los padres se encuentren separados.

El cuidado personal ha sido entendido como: *“el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”*.⁷

En palabras de María Quintana Villar *“La titularidad del cuidado personal ha sufrido un cambio sustancial con la entrada en vigencia de la ley 20.680, mientras que la antigua legislación la atribución era legal, pues el derogado artículo 225 CC., en su inciso primero declaraba: Si los padres viven separado, toca a la madre el cuidado personal de los hijos”*; en la ley actual, la atribución es, en primer lugar, convencional, y, en subsidio de acuerdo entre los progenitores, se establece que los hijos permanezcan con quien están conviviendo (artículo 225 inciso tercero CC.)”⁸.

El objeto del cuidado personal es principalmente la protección del niño o niña adolescente. Hoy el cuidado personal se ha considerado más bien una función social y también como un conjunto de poderes que se encuentran direccionado al cumplimiento de los deberes y obligaciones que les impone la ley a los padres.

Dado esto, es necesario mencionar lo establecido en el artículo 225 del Código Civil chileno el cual señala:

⁷ BAVESTRELLO, Irma, *Derecho de Menores*, LexisNexis, Santiago, 2003, p. 61.

⁸ QUINTANA, María, *“La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual”*, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2014, Vol. XLIII, p. 242.

“Si los padres viven separados podrán determinar **de común acuerdo** que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

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 estabilidad y continuidad.

A falta de acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran, y el interés superior del niño lo haga conveniente, **el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo** al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución la frecuencia y libertad con quien el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan con los criterios establecidos en el artículo 229.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.⁹

Del artículo anterior claramente se desprenden principalmente 3 especies de mecanismos de atribuciones del cuidado personal los cuales son:

1.- **Atribución convencional:** si bien el nuevo artículo 225 del Código Civil chileno en su inciso primero (a diferencia de lo que antiguamente señalaba) establece un mecanismo de atribución del cuidado personal, siendo en primera instancia un mecanismo de carácter convencional, es decir, los padres de común acuerdo determinan sobre quien recaerá la labor del cuidado personal, ya sea al padre o la madre, e incluso a ambos de manera conjunta.

⁹ Código Civil, art. 225. El destacado es nuestro.

2.- *Atribución legal*: toda vez que se establece como solución el sistema de residencia del menor a la falta de acuerdo entre los padres.

3.- *Atribución judicial*: la cual se ve complementada principalmente por una serie de directrices que el juez debe tener en consideración para otorgar el cuidado personal a uno de los padres e incluso a un tercero.

Respecto a este punto cabe señalar que siempre que el juez atribuya el cuidado personal de los hijos a uno de los padres deberá establecer la frecuencia y libertad con que el otro padre mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior.

De lo expuesto anteriormente, se podría decir que las modificaciones realizadas por la ley 20.680, en cuanto al cuidado personal, son buenas, ya que se logró eliminar aquella especie de discriminación que existió por mucho tiempo respecto al cuidado personal de los hijos, el que antiguamente recaía en la mujer por el hecho de ser tal, y que la reemplazo por tres especies de atribución del cuidado personal en aquellos casos en que los padres vivan separados. Sin embargo, en este último contexto, creo no es posible cumplir con lo requerido por el principio de corresponsabilidad parental, en cuanto a la forma de participación de los padres cuando estos están separado, puesto que, una vez determinado el cuidado personal de los hijos (ya sea de común acuerdo, legal o judicialmente) claramente sobre uno de los padres recaerá una mayor responsabilidad respecto a ellos, y no tan solo respecto de la crianza y educación de los hijos, sino que también será responsable de lo cotidiano y afectivo de los mismos, puesto que aquella persona será la que pasará más tiempo con los hijos. Por otra parte, el juez fijará, en su caso, la frecuencia y libertad del otro padre de mantener una relación directa y regular con los mismos, lo que no quiere decir que aquel padre no estará obligado a participar en la crianza y educación de los hijos, sino que, al contrario, sobre él también pesa esta responsabilidad, pero a la luz de todo esto debemos preguntarnos: ¿describe nuestra legislación que debe entenderse por participación activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos?, es más: ¿Nuestro ordenamiento jurídico nos describe alguna forma de participación (ya sea activa, equitativa y permanente) en la crianza y educación de los hijos de aquel padre que mantiene una relación directa y regular, o cómo debe cumplir con esta obligación? Y claramente la respuesta es no, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se hace mención de que debe entenderse por participación activa, equitativa y permanente, e incluso ni siquiera detalla, a modo referente, como debe llevarse a cabo esta forma de participación aún en aquellos casos en que los padres viven juntos.

Respecto a la relación directa y regular nuestro ordenamiento jurídico solo ha hecho mención a lo que debe entenderse por una relación directa y regular, la forma en que ésta se determina y suspende o restringe, pero no ha señalado como aquel padre,

que mantiene una relación directa y regular con sus hijos, participará en la crianza y educación de los mismos, dando lugar a que él participe como él estime conveniente, retrotrayéndonos nuevamente al problema que la ley 20.680¹⁰ intentó solucionar.

Tal vez alguien podría decir que el cuidado personal compartido es la solución para que entre los padres exista un equilibrio en cuanto a la participación en la crianza y educación de los hijos, y así lograr cumplir con lo que exige el principio de corresponsabilidad parental. Pero si se analiza el artículo 225 inciso segundo del Código Civil chileno, que dice relación con dicho cuidado, se puede observar que solamente 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, pero no describe ni impone ningún modelo particular de cuidado personal compartido, generándonos nuevamente otro problema.

Por ello es necesario hacer especial referencia a lo dicho por la profesora Marcela Acuña San Martín respecto del principio de corresponsabilidad parental, el cual tiene directa relación con el cuidado personal, y que nos permitirá entender aún más el alcance de dicho principio *“El principio de Corresponsabilidad Parental significa que ambos padres se responsabilizan y participan, es decir, concurren ambos, asumen en común ciertas funciones en relación con los hijos, siendo las de mayor impacto en su formación integral: la crianza y la educación. Las expresiones distribución o reparto que han empleado algunas definiciones, por muy equitativo que sea, choca frontalmente con lo que se quiere comunicar, pues en realidad si los padres se reparten las funciones y uno se ocupa de la crianza habitual y otro de los esparcimientos, uno de los gastos y otro de la gestión, uno del cuidado diario y otro del cuidado ocasional realmente no hay corresponsabilidad en los términos de la Ley”*.¹¹

IV.- CONCLUSIONES

1.- El objeto de la ley 20.680 que introduce modificaciones al Código Civil chileno, es positivo, puesto que busca reestablecer el equilibrio entre los padres, respecto a la forma de participación en la crianza y educación de los hijos, ya sea que vivan juntos o separados. Pero creo que es necesario considerar que nuestra ley ha sido bastante insensata e imprudente al señalar en su artículo 224 del Código Civil

¹⁰ Ley 20.680, 2013, introduce modificaciones al Código Civil chileno con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

¹¹ ACUÑA, Marcela. “El principio de Corresponsabilidad Parental”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2013, Vol. 20 N°2, p.29.

chileno que “ambos padres, *vivan juntos o separados*, participarán de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos”, como estimando nuestro legislador que “sí o sí”, en ambas situaciones en que se encuentren los padres, la forma de participación de ellos será igual.

2.- Nuestro ordenamiento jurídico no ha descrito ni señalado como debe llevarse a cabo ésta forma de participación que exige el principio de corresponsabilidad parental, ya sea que ambos padres se encuentren juntos o separados, limitándose solamente a señalar que ambos padres, *vivan juntos o separados*, participarán de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos.

3.- En aquel contexto en que un padre detenta el cuidado personal de sus hijos y el otro mantiene una relación directa y regular (contexto más claro en que los padres están separados) con los mismos tampoco puede existir corresponsabilidad parental, ya que mientras nuestro ordenamiento jurídico no exprese ni detalle que debe entenderse por participación de forma activa, equitativa y permanente (en la crianza y educación de los hijos) y como ésta deberá llevarse a cabo cuando ambos padres están separados, dará a lugar a un sinnúmero de desigualdades entre los mismos, ya que ninguno de ellos sabrá como participar en la crianza y educación de sus hijos.

Para finalizar, y teniendo en consideración todo lo anteriormente señalado, es necesario preguntarnos: ¿Existe corresponsabilidad parental cuando ambos padres se encuentran separados? La respuesta sería no.

BIBLIOGRAFÍA

a) Doctrina

ACUÑA, Marcela, “El principio de Corresponsabilidad Parental”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 2013, Vol. 20 N°2.

BAVESTRELLO, Irma, *Derecho de Menores*, LexisNexis, Santiago, 2003, p. 61.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 20.680*, BCN, Santiago, 2013, documento .pdf, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4280/>. Consultada: 15 de mayo de 2019.

LATHROP, Fabiola, “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2008, N° 10.

QUINTANA, María, “La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2014, Vol. XLIII.

SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN (Eds.), “Primer Boletín de Información Semestral”, Gobierno de Chile, Santiago, 2016, 52 pp., documento .pdf, disponible en línea: https://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf.

b) Legislación

Código Civil Chileno

Convención Internacional de los Derechos del Niño, de 1969, entrando en vigor en 1978, promulgada por Decreto N° 873 de 1990.

Ley 20.680, de 2013, introduce modificaciones al Código Civil chileno con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.