



**EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU
MATERIALIZACIÓN POR LOS TRIBUNALES CHILENOS**

PROYECTO DE TESINA, DERECHO.

Autoras: Daniela Aguilera Arancibia.

Francisca Brevis Toro.

Profesor guía: Rommy Álvarez.

Carrera: Derecho.

Diciembre, 2022.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I:	3
TRATAMIENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL	3
1. Regulación normativa internacional	3
2. Regulación normativa nacional.....	6
CAPÍTULO II:	10
PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL	10
1. Concepto	10
2. Distinción entre principio de corresponsabilidad, autoridad parental, y los regímenes de cuidado compartido.....	11
3. Función de los jueces en la materialización del principio de corresponsabilidad parental	13
3.1. Función de los jueces en la materialización del principio de corresponsabilidad parental en España.....	16
CAPÍTULO III	20
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	20
1. Jurisprudencia nacional respecto de la función del juez en la aplicación del principio de corresponsabilidad parental	20
2. Jurisprudencia internacional respecto de la función del juez en la aplicación del principio de corresponsabilidad parental: Situación en España.....	24
CONCLUSIONES	30
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	31

TABLA DE ABREVIATURAS

NNA	Niño, niña o adolescente
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CETFDCM	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
CCE	Código Civil Español

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20.680 introdujo relevantes reformas en el Código Civil Chileno, siendo uno de estos la consagración expresa del principio de corresponsabilidad parental en el derecho chileno, máxima que debe verse reflejada en los acuerdos a los que lleguen los progenitores con relación a sus hijos menores de edad o en las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales, especialmente en las relaciones paternofiliales. Este principio busca propiciar una equitativa, activa y permanente participación de los progenitores en la vida del niño, niña o adolescente (en adelante, “NNA”) con el fin de que este tenga un óptimo desarrollo y pleno disfrute de sus derechos. Transcurridos más de diez años de su entrada en vigencia, resulta pertinente realizar un estudio de la aplicación de esta nueva ley por parte de los Altos Tribunales, especialmente, la función que cumplen los jueces al materializar la aplicación del principio de corresponsabilidad parental en sus fallos.

Con el objeto de ilustrar el tratamiento del principio en análisis, se analizará además el sistema español que incorporó la máxima de corresponsabilidad parental en su ordenamiento jurídico civil con anterioridad a nuestro sistema nacional.

Por ello, con la finalidad de comprender el significado del principio de corresponsabilidad parental, su transversalidad en el derecho de familia, así como también su manifestación en los regímenes de cuidado compartido, entendiendo que está máxima no solo se materializa en dicho ámbito, sino que, es un principio que guía la labor de los padres en su cotidianidad, se revisará el tratamiento normativo tanto nacional como internacional junto con conocer la función que cumplen los jueces en las causas que llegan a su conocimiento, en las situaciones de desacuerdo o conflictos entre los progenitores.

CAPÍTULO I:

TRATAMIENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

1. Regulación normativa internacional

Los instrumentos internacionales configuran un elemento fundamental dentro de la consagración de derechos relativos a las relaciones paternofiliales, es así como las autoras Marisa Herrera y Fabiola Lathrop en su obra “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva latinoamericana” sostienen que “recuperada la democracia en varios países latinoamericanos, los ordenamientos jurídicos intentaron ponerse a tono con los tratados internacionales de derechos humanos que habrían venido a subvertir ciertos principios y reglas sobre las cuales se edificaron las legislaciones en general” (2017: p. 144), agregando que, “la rama del derecho que más cambios tuvo fue la vinculada directamente con el derecho de familia” (Herrera y Lathrop, 2017: p. 144). De modo que, en virtud del aumento de Estados que ratificaron diversos tratados internacionales, sostienen que “La gran mayoría de los Estados latinoamericanos – con mayor o menor desarrollo legislativo – han pasado de un modelo patriarcal con criterios legales hermenéuticos propios de los códigos civiles del siglo XIX a uno producto de la interpretación y, en consecuencia, reconstrucción de estos, para estar a tono con sistemas sociales y familiares más democráticos. En este marco, se produjeron reformas legales de enorme trascendencia en diferentes ámbitos del derecho de familia, como la filiación, el divorcio, la violencia intrafamiliar y de género, la protección psico-socio-jurídica de la infancia y la justicia familiar, entre otras” (Herrera y Lathrop, 2017: p. 145). Así, ambas concluyen que todos estos procesos de cambios fueron influenciados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, también, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, pues afirman que “varios de los principios de derechos humanos que emanan de ambos instrumentos legales habrían puesto en crisis las regulaciones clásicas y existentes en el campo de las relaciones de familia” (Herrera y Lathrop, 2017: p. 145).

Por otro lado, y en la misma idea, Nicolás Espejo Yaksic en su trabajo de investigación denominado “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República” sostiene que “en las últimas décadas, muchos sistemas constitucionales han comenzado a visibilizar la relevancia de la infancia en cuanto objeto específico de protección y/o reconocido formalmente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (2017: p. 11). El autor explica que dentro de los casos de países, principalmente europeos, “el reconocimiento formal de la infancia y/o de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema constitucional ha permitido dotar de mayor claridad y precisión respecto a los límites, poderes y obligaciones que se derivan de la CDN” (Espejo, 2017: p. 21). A partir de ello, en el apartado relativo al efecto práctico del reconocimiento formal de los derechos de los NNA en la Constitución Política de la República, el autor comenta que “si bien el reconocimiento formal de la infancia y de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a nivel constitucional es indispensable, sólo un sistema de garantías explícitas a su favor puede dar debida efectividad a tales mandatos normativos” (Espejo, 2017: p. 31), en otras palabras, no bastaría con un reconocimiento general de los derechos fundamentales de los NNA, sino que son necesarios instrumentos concretos para que tales derechos sean exigibles, como por ejemplo, la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, publicada en el Diario Oficial el 15 de marzo de 2022, la cual establece en su artículo primero, inciso primero el objeto de la ley¹.

Así, el principio de corresponsabilidad parental se encuentra consagrado en:

- i. La Convención sobre los Derechos del Niño² de 1989 (CDN) que en su artículo 18.1 sostiene 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 la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso,

¹ Artículo 1°. Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la [Constitución Política de la República](#), en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.

² Ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990 para su posterior publicación el 27 de septiembre de 1990.

a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

ii. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³ (CETFDICM, o en inglés conocida por sus siglas CEDAW) que en su artículo 5, letra b) establece, “Los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”; y además, en el artículo 16, letra d) que sostiene que “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

iii. La Declaración Universal de Derechos Humanos⁴ (DUDH) que en su artículo 16.1 establece, “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. A su vez, se

³ Ratificada por Chile el 27 de octubre de 1989 para su posterior publicación el 9 de diciembre de 1989.

⁴ Ratificada por Chile el 10 de diciembre de 1949, a través de la Resolución 217.

debe agregar el artículo 25.2 el cual sostiene que “2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

- iv. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ (PIDCP), establece en el artículo 23.4 “Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

Los instrumentos internacionales mencionados, han sido ratificados por Chile y han significado cambios considerables en la normativa nacional, especialmente en materia de familia.

2. Regulación normativa nacional

En base a los tratados internacionales que Chile ha ratificado en las últimas décadas, dentro del sistema normativo interno se han producido diversos cambios a la legislación chilena. Es por ello, que en Chile, en el año 2013 se dictó la Ley N°20.680, publicada el 21 de junio de 2013, la cual introdujo modificaciones al Código Civil respecto a la materia de cuidado personal del NNA y patria potestad.

Respecto a la Ley N°20.680, esta reforma tuvo su fundamento en que previa a su publicación “nuestra legislación era una de las pocas existentes en el mundo occidental que poseía en materia vigente una atribución preferente en el contexto de los derechos y deberes parentales, sin adaptar su ordenamiento legal interno a lo establecido en las normas internacionales” (Informe Ley de Corresponsabilidad (Ley N° 20.680), 2013: Disponible en <https://www.mediacionchile.gob.cl/wp-content/uploads/2022/01/informe-corresponsabilidad.pdf>). De esta forma, uno de los fundamentos principales era que la opción

⁵ Ratificada por Chile el 10 de febrero de 1972 para su posterior publicación el 29 de abril de 1989.

legal preferente por la mujer para atribuir el cuidado personal en caso de separación constituía una eventual inconstitucionalidad; pues contravenía diversos tratados internacionales al no ajustarse a los principios de corresponsabilidad y de interés superior del niño y, además, la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Dicho proyecto de ley de Boletín 5917-18, en una primera instancia sólo contenía modificaciones a propósito de los artículos 222, 225 y 229 del código civil, cuyas normas se referían al establecimiento de nuevas obligaciones de los padres respecto del NNA, derechos y deber de criar y educar de los padres a sus hijos y que, finalmente, consagraría el antiguamente mal llamado “Síndrome de Alienación Parental” (SAP) el cual se define como “un trastorno que se presenta casi exclusivamente en el contexto de una disputa por la custodia del niño” (Maida, Herskovic, Prado, 2011: p. 486), y su manifestación es “una campaña de denigración de un progenitor anteriormente querido por el niño, a la que se agregan elementos que el propio niño aporta para alejarse cada vez más del progenitor alienado” (Maida, Herskovic, Prado, 2011: p. 486). Sin embargo, durante la tramitación del proyecto, luego de diversas discusiones en las salas parlamentarias, terminó por no ser integrado en el texto final.

La Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia, entregó el año 2013 un informe sobre la corresponsabilidad parental; en él, explica que la novedad que trajo consigo la Ley N° 20.680 fue establecer en su artículo 224 inciso primero el principio de corresponsabilidad parental como principio general del ejercicio, conjunto o separado, del cuidado personal de los hijos (2013: Disponible en <https://www.mediacionchile.gob.cl/wp-content/uploads/2022/01/informe-corresponsabilidad.pdf>). De modo que, la nueva redacción de dicha disposición consagró de manera más directa, una manifestación del principio de corresponsabilidad parental, específicamente dentro de las figuras del cuidado compartido y la relación directa y regular.

La dictación de la Ley N°20.680 consagró en el artículo 224 inciso primero, lo siguiente: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”. Frente a tal disposición, los autores Arancibia y Cornejo (2014) sostenían que dicha normativa “parece restringir el antiguo concepto de cuidado personal a un

elemento más bien de carácter material, referido a quien vivirá de manera regular con el niño y lo tendrá bajo su cuidado directo” (p. 303), agregando también que la corresponsabilidad aparece como un término amplio, pues esta exige un involucramiento directo y continuo de ambos padres en la crianza del hijo, el cual abarca desde el derecho-deber que tiene cada padre de definir cómo será criado su hijo hasta la toma de decisiones sobre su enseñanza, comprendiendo tanto aspectos académicos como sociales (Arancibia y Cornejo, 2014: p. 303).

La normativa anterior a la Ley N° 20.680 del año 2013, era la establecida por la Ley N° 19.585 de 26 de octubre de 1998, en dicha Ley, el antiguo artículo 224 consagraba lo siguiente:

“Artículo 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez”.

Para ese entonces, según Joaquín Mesías (2017) la hipótesis normativa que estaba vigente previa a la reforma del año 2013 no era más que “la confirmación de que el derecho deber de cuidado personal del hijo nace y surge del hecho de la filiación, de modo que, si los padres vivían juntos, ya sea en matrimonio o relación de convivencia, ambos debían ejercer de manera conjunta el cuidado personal del hijo. Contemplaba el caso de fallecimiento de uno de los padres, caso en el cual el derecho deber de cuidado personal se radicaba en el sobreviviente. La misma razón explica que derecho deber corresponde al padre o madre que haya reconocido al hijo. Por último, en caso de que un NNA carezca de vínculo de filiación reconocido, dicho derecho deber correspondería a la persona que determinara el juez” (p. 21).

La norma derogada deja en evidencia la diferencia fundamental de la anterior redacción del artículo 224 en comparación a la actual, pues la disposición vigente agrega en el inciso primero que dicho régimen de cuidado personal se basará en el principio de corresponsabilidad parental, establecido de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico a partir de las normas

que regula el Título IX “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” del Código Civil chileno.

CAPÍTULO II:

PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

1. Concepto

El artículo 224 del Código Civil Chileno establece el principio de corresponsabilidad como principio rector de las relaciones de los progenitores con sus hijos independientemente del régimen de cuidado personal que ostenten con éste. A partir de las características que rigen este principio, Marcela Acuña señala que el centro de este principio está encausado por la responsabilidad común que deben asumir ambos padres, influenciando esto directamente a la participación en la crianza y educación de sus hijos (Acuña, 2020: Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2018/42494545/v1/document/04AE8CA7-FEA5-0D86-4FDB-CA4BF1B73FED/anchor/04AE8CA7-FEA5-0D86-4FDB-CA4BF1B73FED>).

Este principio no está orientado al reparto de las funciones parentales, sino que, más bien, a la responsabilidad y participación de los progenitores tanto en la crianza como en la educación de sus hijos (Acuña, 2013: pp. 21-59).

La forma de participación descrita por este artículo, para establecer de manera correcta está máxima, es activa, es decir, en ningún caso puede ser pasiva y debe ser eficaz; que la participación sea de forma equitativa es que exista igualdad tanto de derechos y deberes de ambos progenitores con sus hijos; que la participación sea permanente es que debe ser constante y estable en el tiempo (Acuña, 2013: p. 21).

Una cuestión de vital importancia que incorpora esta disposición es que, ambos padres mantendrán el cuidado y crianza de sus hijos independientemente del régimen de cuidado personal que ostenten los padres (Rizik, 2018: Disponible en https://proview-thomsonreuters-com.bibliotecadigital.uv.cl/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2019%2F42687224%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0ad629760000017c3d514ec288ef6b6c#sl=e&eid=fde18c6556e6e1439a27e557f8831c87&eat=er_mark_1&pg=&psl=&nvgS=true&tmp=401).

La Corte Suprema, a su vez, ha sostenido que la corresponsabilidad “constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral, como lo son su crianza y su educación, a fin de que el niño disfrute a ambos padres de la manera más natural, formadora, sana y afectiva posible, garantizando la mayor cercanía al criterio y expectativa de lo óptimo, siempre considerando su interés superior como el objetivo fundamental, en lo que los padres deben cooperar y deponer sus propios beneficios” (Corte Suprema de Justicia, rol N° 42651 – 2017).

2. Distinción entre principio de corresponsabilidad, autoridad parental, y los regímenes de cuidado compartido

La corresponsabilidad parental, según Acuña (2013), “solo adelanta el modo como se ejerce dicha responsabilidad, así se ha entendido que la corresponsabilidad parental implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial” (p. 26).

En relación a los regímenes de cuidado personal, es definido por Acuña como “el derecho-deber referidos a los cuidados y atenciones diarios y habituales del hijo, que supone la convivencia con éste y habilita al que lo ejerce para tomar las decisiones corrientes y cotidianas que se refieran a aquél, al tiempo que le impone una serie de cargas o deberes” (2018: Disponible en

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2018/42534834/v1/document/1B5F9F06-6D8A-20CB-6FE7-B2B7AFFA7475/anchor/1B5F9F06-6D8A-20CB-6FE7-B2B7AFFA7475>).

La autoridad paterna, es definida como “el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos” (Ramos Meza, 2010, p. 458), y de ella, se distingue entre: (a) Deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes, y b) Derechos-deberes de los padres para con los hijos (Ramos Meza, 2010, p. 458).

La patria potestad, en virtud del artículo 243 del Código Civil, corresponde al “conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer”.

En el caso de España, a diferencia del sistema chileno, se comprenden los efectos de contenido personal y contenido patrimonial en una sola figura, la cual corresponde a la patria potestad, ello se desprende del artículo 154 del Código Civil Español.

“Artículo 154 Código Civil Español. Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1°. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2°. Representarlos y administrar sus bienes.
- 3°. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que sólo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”

Las distinciones realizadas corresponden a un aspecto fundamental de la investigación, pues no debe confundirse el principio de corresponsabilidad parental con el cuidado compartido ni con la autoridad parental. En el régimen de cuidado compartido “se divisa con mayor claridad el principio de corresponsabilidad, que parece inherente a este. Sin embargo, no es un requisito *sine qua non*, para ejecutar el principio, que exista aquel régimen de cuidado personal” (Carreta y Greeven, 2020: p. 23), debido a que el principio “va más allá de la ejecución física de las acciones encaminadas a la felicidad de los hijos, aunque estas son muy importantes para que se cumplan los fines de la directriz” (Carreta y Greeven, 2020: p. 23).

3. Función de los jueces en la materialización del principio de corresponsabilidad parental

Se hace imperativo realizar algunas precisiones sobre el principio de corresponsabilidad parental y la función que cumple el juez en las causas llevadas a su conocimiento.

Una primera cuestión a este respecto es que se debe hacer hincapié en que la intervención del juez en cuanto a este principio es eventual, esto es, son los progenitores los primeros encargados de nutrir de contenido este principio mediante acuerdos que hayan convenido para el adecuado desarrollo de su hijo. Sin embargo, dada la multiplicidad de situaciones que se pueden suscitar, algunas de estas pueden devenir en conflictos, es en estos casos en que el juez es el encargado de concretizar el principio de corresponsabilidad parental, de modo que este se promueva de una forma efectiva en el desarrollo del niño con miras siempre al interés superior del niño.

Una segunda cuestión es que no se debe confundir el principio de corresponsabilidad parental con un derecho subjetivo, puesto que el primero no constituye un derecho de los hijos, sino un principio que orienta la labor de los padres para una correcta satisfacción de los derechos de la infancia en los términos establecidos por el Código Civil Chileno en su artículo 224 y, por el segundo se debe entender “(...) poder de obrar (actuar) concedido a la voluntad del sujeto para la satisfacción de sus propios intereses, poder reconocido y garantizado por el derecho objetivo”(Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2005: p. 13). Por tanto, dado que las primeras no constituyen un derecho subjetivo no es posible exigir forzosamente su cumplimiento, esto porque un principio como lo es el principio de corresponsabilidad parental tiene por objetivo

inspirar el ordenamiento y las decisiones que emanan de éste, de manera que, no es posible concebirlo como un derecho subjetivo del cual si se puede exigir su cumplimiento forzosamente.

La función de los jueces, según la doctrina, es activo en cuanto a establecer las condiciones que los progenitores deben cumplir para que este principio de corresponsabilidad parental sea correctamente aplicado, siempre en miras de una relación saludable entre los padres con el hijo y en el interés superior del niño, esto tomando en cuenta que el incorrecto cumplimiento de este principio deriva en la limitación de derechos que detentan los hijos.

Marcela Acuña San Martín establece que los órganos judiciales, en su rol como representantes del Estado, deben aplicar los principios emanados de la Convención Internacional de Derechos del Niño, especialmente, siempre observando el interés superior del niño. Al juez le corresponde apreciar cómo se debe aplicar estos principios en el caso concreto, además, debe asegurar que exista corresponsabilidad de los progenitores en la vida del hijo o hija, debiendo establecer las condiciones que permitan promover una relación saludable (2019: disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2018/42494552/v1/document/D348F830-1623-2F21-09AD-05A0E2FA4B81/anchor/D348F830-1623-2F21-09AD-05A0E2FA4B81>).

La misma autora, en su obra titulada "El Cuidado personal de los Hijos", nos reitera esta idea diciendo que en el artículo 229 de la Ley N°20.680 sobre Tuición Compartida, que la labor del juez es asegurar la participación y corresponsabilidad de los progenitores en la vida del hijo (Acuña, 2018: disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2018/42534834/v1/document/1B5F9F06-6D8A-20CB-6FE7-B2B7AFFA7475/anchor/1B5F9F06-6D8A-20CB-6FE7-B2B7AFFA7475>). Vislumbra que ante la falta de especificidad en la normativa son los tribunales quienes han intentado establecer ámbitos de aplicación respecto de este principio.

Los jueces tienen una especial exigencia respecto de esta máxima, puesto que a falta de una normativa específica y del acuerdo de los padres respecto a sus responsabilidades parentales, los jueces son los llamados a materializar este principio en sus resoluciones (Acuña, 2018: disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2018/42534834/v1/document/1B5F9F06-6D8A-20CB-6FE7-B2B7AFFA7475/anchor/1B5F9F06-6D8A-20CB-6FE7-B2B7AFFA7475>).

Rodrigo Barcia Lehmann (2020: Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2020/42767192/v1/document/B5A7D99A-99A7-67C7-0873-29E8F3DCFB8F/anchor/B5A7D99A-99A7-67C7-0873-29E8F3DCFB8F>) estima que la reforma no especifica los deberes-facultades para los padres en su conjunto ni para el padre no custodio, siguiendo la misma línea, esgrima el hecho de que es la doctrina y la jurisprudencia quienes deben dar contenido a este principio estableciendo las facultades y deberes que la reforma se abstiene de especificar. Hace énfasis en la importancia de la actitud de los padres para cooperar entre sí con la finalidad de dar estabilidad al hijo, esto es fundamental para que se desarrolle el principio de corresponsabilidad parental, el autor estima que en este aspecto el juez no cumple su función aún, puesto que este debería asegurarse de que el padre custodio actúe conforme al principio de corresponsabilidad (Barcia, 2020: Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2020/42767192/v1/document/B5A7D99A-99A7-67C7-0873-29E8F3DCFB8F/anchor/B5A7D99A-99A7-67C7-0873-29E8F3DCFB8F>).

En conclusión, ambos autores se encuentran contestes al estimar que la gran función del juez en las causas que se someten a su conocimiento es materializar este principio de corresponsabilidad parental, esto dado a que no existe un instrumento que desarrolle cómo esta máxima debe ser establecida caso a caso. En el sistema nacional, se entiende que este principio viene a favorecer un correcto desarrollo del niño, por tanto, en la eventualidad de que se promueva una causa de esta naturaleza es de suma relevancia que el juez efectivamente realice la

concretización de este principio, con la correcta atención al interés superior del niño para dar una positiva satisfacción a los derechos del NNA.

3.1. Función de los jueces en la materialización del principio de corresponsabilidad parental en España

Al estimar que España es uno de los países con más proximidad social y cultural con países de Latinoamérica (Hernández, 2021: p. 104), se realizará un estudio de la jurisprudencia de dicho país, a fin de poder realizar una comparación con la realidad de Chile, con especial énfasis en la función que cumple el juez a la hora de aplicar este principio transversal, que es la corresponsabilidad parental.

En el país europeo se encuentra como antecedente la Ley N°15, de 2005, esta ley modificó una serie de preceptos tanto al Código Civil como a la Ley de Enjuiciamiento Civil en materias de separación y divorcio, esta ley tiene por objetivo adaptar las normativas a la nueva forma de concebir las relaciones de pareja en la sociedad española (Hernández, 2021: p. 104).

A pesar de que esta ley trata la patria potestad, podemos vincularla al principio de corresponsabilidad parental dado que en la exposición de motivos de la ley se expresa que:

“Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.

En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse.

Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad” (LEY 15 – 2005, de 8 de julio de 2005).

De los párrafos citados, es posible dar cuenta de la gran importancia que adquiere en el derecho español tanto el interés superior del niño como el principio de corresponsabilidad parental para el desarrollo integral del hijo, dado que sin importar si los progenitores se encuentran casados o separados, siempre se debe priorizar el bienestar y correcto desarrollo del hijo.

En el Derecho español se hace una distinción para poder asignar la patria potestad, una de las cuales es que si los padres viven separados el juez decide de acuerdo a lo que dispone el artículo 159 del Código Civil Español (en adelante, CCE) “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”. La mayoría de la doctrina española entiende que el tratamiento igualitario de los progenitores es reglado por un imperativo constitucional, basándose en el artículo 14 sobre la “igualdad y prohibición de discriminación” de la Constitución de España de 1978 (Hernández, 2021: p. 104).

Respecto de la ley del año 2005 en España, se introducen varios cambios en el Código Civil del país europeo, uno de los más importantes para efectos de este trabajo de investigación es el que se encuentra en el artículo 92 del CCE, que se refiere a la guarda y custodia de los hijos, en este artículo se le entrega al juez la facultad para otorgar la custodia compartida a ambos progenitores, si es que estos así lo han solicitado o propuesto en el acuerdo al que se llegue en el procedimiento, una vez acordada la custodia conjunta, es el juez el encargado de adoptar las medidas para el cumplimiento de este régimen, además, en el mismo artículo 92.8 se establece que el cuidado compartido puede ser convenido por el juez, si no ha existido acuerdo por parte de los progenitores y si así lo solicita uno de los padres, esto fundado en la protección del interés superior del niño (Hernández, 2021: p. 105).

En este país la normativa no fue exenta de críticas, especialmente referente a la presencia de lagunas o a la falta de desarrollo normativo, al igual como ocurre en Chile, por tanto, encontramos gran variedad de sentencias que han ido dando más claridad a esta normativa (Hernández, 2021: p. 106).

A este respecto, se encuentra una importante sentencia del Tribunal Constitucional, N°185, de octubre de 2012, en que se declara inconstitucional el artículo 92.8 del Código Civil Español, en cuanto se requería de un informe favorable por parte de fiscalía para que el juez pudiese establecer la custodia compartida en caso de que los progenitores no la hayan acordado,

esto concluye que el juez puede decretar la custodia compartida aun cuando la fiscalía se oponga, puesto que es el órgano jurisdiccional el único llamado a resolver de los conflictos (Hernández, 2021: p. 108).

También se considera relevante para la materia la sentencia del Tribunal Supremo N°194, de 29 de marzo de 2016, especialmente respecto a que el artículo 92 del Código Civil Español no cuenta con la debida especificidad, pues se hacía necesario que existiera un criterio interpretativo unificado, puesto que para ese entonces para la jurisprudencia el criterio común que existía era garantizar el interés superior del niño, que a su vez, carecía también de claridad. Es por ello, que el Tribunal Supremo fijó ciertos criterios sobre los cuales el juez debe observar para establecer la custodia compartida, estos serían “La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales. - Los deseos manifestados por los menores competentes. - El número de hijos. - El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales. - El resultado de los informes exigidos legalmente. - Cualquier otro aspecto que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se daba cuando los progenitores convivían” (Hernández, 2021: p. 108).

Para una adecuada aplicación del principio de corresponsabilidad y resguardo del interés superior del niño en diversas legislaciones, se exige la presentación de un plan de parentalidad acordado por los progenitores para el ejercicio de estos derechos-deberes, esto sucede, por ejemplo, en el Código Civil de Cataluña que en su artículo 233-9 regula este plan de parentalidad, que tiene como finalidad que los progenitores establezcan la forma en que ejercerán estos derechos y deberes que tienen con sus hijos, los cuales deben estar a la vista del juez al adoptar las medidas definitivas en conformidad al artículo 233-4 del mismo Código. Además, se debe prever en las propuestas, que ante diferencias derivadas de la aplicación de dicho plan, es necesario concurrir a mediación familiar.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. Jurisprudencia nacional respecto de la función del juez en la aplicación del principio de corresponsabilidad parental

Respecto a la jurisprudencia nacional podemos encontrar un antecedente fundamental relativo a las facultades del juez para poder fijar el cuidado compartido, ello establece en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol N°364-2015, de 2 de septiembre de 2015. En esta causa se dedujo un recurso de apelación en contra de una sentencia dictada por el juzgado de familia de Concepción, en que no se da lugar a la tramitación de una demanda de cuidado compartido de los hijos dado que el tribunal lo estimó no procedente. Se apeló esta resolución a fin de que se acogiera a tramitación la demanda de cuidado personal compartido. El considerando cuarto de la sentencia de segunda instancia establece que es improcedente la demanda del cuidado compartido puesto que los tribunales no cuentan con las atribuciones que exige la ley, luego en los considerando quinto y sexto de esta misma sentencia, se establece que el artículo 225 del Código Civil de Chile indica que el cuidado compartido, cuando los padres viven separados, solo puede ser acordado por los padres, sin intervención de los tribunales (Barcia, 2020: Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2020/42767192/v1/document/B5A7D99A-99A7-67C7-0873-29E8F3DCFB8F/anchor/B5A7D99A-99A7-67C7-0873-29E8F3DCFB8F>).

La sentencia entrega una clara muestra de que cuidado compartido y principio de corresponsabilidad parental son cuestiones diferentes, y que respecto de la primera el juez no tiene atribuciones para fijarla.

Otro ejemplo claro de las facultades del juez en el establecimiento de un régimen de cuidado personal que tenga una correcta aplicación del principio de corresponsabilidad parental, se encuentra la sentencia de la Corte Suprema rol N° 39171-2021, de 8 de noviembre de 2021. En esta causa el padre del niño interpone un recurso de casación en el fondo en contra de la

sentencia de la Corte de Apelaciones que confirma el fallo de primera instancia en que se rechaza la demanda sobre el cuidado personal del NNA. En los hechos, la madre del niño era quien tenía el cuidado personal de este mediante una resolución judicial del año 2015, pero se logró establecer que quien realmente ejercía el cuidado personal del niño no era su madre, sino que su abuela materna, lo cual contraviene las normas del cuidado personal, dado que para que se pueda atribuir este a un tercero los padres deben encontrarse inhabilitados para detentarlo, cuestión que no ocurría en este caso.

La Corte Suprema falla acogiendo el recurso de casación en el fondo y dictando sentencia de reemplazo, en que se acoge la demanda de cuidado personal y se fija un régimen de relación directa y regular entre el niño y su madre.

El considerando séptimo de esta sentencia es especialmente relevante para establecer que el juez no es el primero en ser llamado para establecer el cuidado personal del niño en correspondencia con el principio de corresponsabilidad parental y el interés superior del niño, sino que solo en los casos de inhabilidad de los padres el juez podrá establecer el cuidado personal del niño a un tercero. El considerando octavo de la sentencia explicita la facultad del juez en las causas que llegan a su conocimiento, al señalar que:

“En el evento que los padres vivan separados, y no exista acuerdo para el cuidado del niño se respeta la situación existente, al señalar que los hijos continuarán bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo, privilegiando la manera que en los hechos se ha distribuido esta labor. Así, el juez sólo puede, de manera supletoria y ante la falta de concierto, modificar dicha situación fáctica, mediante la atribución del cuidado personal del hijo al otro de los padres” (Corte Suprema de justicia, rol N° 39171-2021).

Esta sentencia es un claro ejemplo de las facultades que detenta el juez en los casos en que los padres no hayan llegado a un acuerdo respecto del cuidado personal de su hijo, en esta causa podemos ver que la corte hace un exhaustivo trabajo para poder interpretar y aplicar las normas existentes con un respeto a cabalidad del interés superior del niño y del cuidado personal, sin menoscabar los derechos que tiene el niño.

Por otro lado, la sentencia de la Corte Suprema con rol N° 99430 – 2020, del 17 de febrero de 2021, la demandante interpone un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones que revocó el fallo de primera instancia y rechaza la solicitud de autorización de salida definitiva del país de su hija para radicarse en Francia.

Del considerando octavo de la sentencia se desprende que el tribunal estima que de los antecedentes se cumple a cabalidad con el interés superior del niño, en cuanto a que, la educación y vivienda de la niña se encuentran garantizadas y el ámbito familiar es propicio para un crecimiento integral y seguro.

La Corte Suprema acoge el recurso de casación deducido y dicta sentencia de reemplazo en que estima que la autorización para que la niña salga del país es beneficiosa para esta y que la relación del padre con la niña se tendrá desde su nuevo lugar de residencia a través de los medios virtuales que estén disponibles.

A estos efectos es de suma importancia el considerando decimocuarto de la sentencia porque es una expresión más de cómo el tribunal toma sus decisiones orientadas siempre a este principio de corresponsabilidad y al interés superior del niño.

“(…) será responsabilidad de ambos padres conciliar estas cuestiones buscando el mayor beneficio para su hija, en términos que la residencia de la niña no reste injerencia al padre no custodio en el ejercicio de los derechos y deberes en que ambos progenitores han de participar, como, por ejemplo, poder incidir en su educación o en la adopción de otras medidas importantes en su desarrollo. Si bien resulta evidente que la decisión de establecer la residencia de un hijo o hija en el extranjero implicará mayores esfuerzos para viabilizar la participación del progenitor que no vive con éste o esta, no es una medida que se oponga per se al principio de corresponsabilidad, en particular si se considera el gran aporte que, como se ha dicho, en la actualidad significan las nuevas tecnologías de la comunicación” (Corte Suprema de Justicia, rol N° 99430-2020).

El tribunal falla respecto a una correcta adecuación del principio de corresponsabilidad parental que se condice con una nueva situación más beneficiosa para la hija, tal como es la residencia en Francia, sin ir en desmedro de la relación comunicacional con el padre.

En la misma línea, está la sentencia rol N° 24265-2019 de la Corte Suprema en que se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre de la niña en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones en que se da lugar a la autorización para la salida de la niña y su posterior radicación definitiva en Estados Unidos, en este orden de cosas, la madre de nacionalidad norteamericana es quien ostenta el cuidado personal de la niña. La Corte estimó que salir del país y radicarse en Estados Unidos es beneficioso para la niña atendiendo que esta también tiene nacionalidad norteamericana, cuenta con familia allá con quienes mantiene vínculos permanentes e importantes, optando a beneficios de educación, salud, etc. Además, se concluye que la relación entre el padre y su hija no se vería afectada por una desvinculación, dado que la madre de la niña se ofrece a viajar a Chile todos los años, esto sumado a que el padre podría viajar a países cercanos a Estados Unidos puesto que no puede ingresar a este por su estricta responsabilidad cuestión que no puede perjudicar a la niña. La Corte señala que:

“En consecuencia, será necesario conciliar estas cuestiones, en términos que la residencia del niño, niña o adolescente no reste injerencia al padre no custodio en el ejercicio de los derechos y deberes en que ambos progenitores han de participar, como, por ejemplo, poder incidir en su educación o en la adopción de otras medidas importantes en la vida del niño. Si bien resulta evidente que la decisión de establecer la residencia de un hijo o hija en el extranjero implicará mayores esfuerzos para viabilizar la participación del padre que no vive con su hijo, no es una medida que se oponga per se al principio de corresponsabilidad, en particular si se considera el gran aporte que en la actualidad significan las nuevas tecnologías de la comunicación.” En este caso, no se debería ver perturbado el derecho del padre a mantener una relación directa y regular con la salida del país de la niña, “(...) en la medida que existen diferentes mecanismos a través de los cuales es posible hacer efectiva la comunicación regular entre el padre no custodio y su hija y la madre ha ofrecido alternativas para hacer posible el encuentro personal de éste con la niña” (Corte Suprema de Justicia, rol N° 24265-2019).

En conclusión, es el juez quien ostenta la potestad para poder aplicar el principio de corresponsabilidad parental correctamente en la eventualidad de que exista algún tipo de conflicto entre los progenitores, por ejemplo, que alguno de los progenitores no cumpla con lo pactado, siendo el juez quien debe velar porque el principio se cumpla de manera satisfactoria y esté establecido de forma equitativa, activa y permanente en derechos y deberes para ambos progenitores.

2. Jurisprudencia internacional respecto de la función del juez en la aplicación del principio de corresponsabilidad parental: Situación en España

En la causa 536 – 2013 emitida por la Sala primera, de lo civil, del Tribunal Supremo, se presentaron los siguientes hechos: Doña Candelaria interpone una demanda de juicio de divorcio contra don Romulo, en dicha acción la madre solicita que se le atribuya la guarda y custodia del hijo menor, siendo la patria potestad compartida, autorizándose la residencia de la madre y el menor en Brasil. Posteriormente, don Romulo, padre del menor, solicita que la guarda y custodia le sea atribuida a su persona. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de 2012, en la cual se acordó atribuir la guarda y custodia del hijo menor habido en el matrimonio a la madre, compartiendo ambos progenitores la patria potestad y, también, autorizando el traslado del menor a Brasil. Ante dicha decisión, don Romulo interpuso recurso de apelación con fecha 12 de septiembre de 2022 ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de la Ciudad Real, en la cual se revocó parcialmente la resolución de primera instancia, dicha sentencia de apelación adoptó como medidas la atribución de la guarda y custodia del hijo menor a don Romulo y un régimen de visitas que disponía de periodos de vacaciones para que doña Candelaria tuviera al menor. Ante la sentencia de segunda instancia, doña Candelaria interpuso recurso de casación.

El tribunal Supremo, resolvió dicho caso, advirtiendo lo siguiente:

“2. Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial (...) Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido

y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España”.

El tribunal, por ende, no es ajeno a que la decisión que tome generará consecuencias, ya sea, positiva o negativamente en la vida del menor, incluso, es posible observar en el fallo la importancia del principio del interés superior del niño y como está máxima va a la par con la aplicación del principio de corresponsabilidad parental. Luego, el tribunal también considera que “No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores”, es decir, el tribunal analiza la circunstancias que envuelven a ambos padres y partir de ellas, estima cual es la mejor opción para el niño, de forma que, finalmente, sostiene el Tribunal que:

“Las circunstancias que ha tenido en cuenta son estas: a) doña Candelaria tiene su familia directa en Brasil, no solo a su padre y hermanos, sino también a otro hijo de 17 años; b)

don Romulo mantiene malas relaciones con su familia por lo que el entorno familiar y de allegados resulta insuficiente para cuidar de su hijo si encontrara trabajo, y c) se protegen las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos de desplazamiento Brasil-España-Brasil”.

Por ende, se acepta el traslado del menor en virtud de las consideraciones mencionadas, lo cual hace comprender y dilucidar la importancia que tienen los jueces respecto a la aplicación del principio de corresponsabilidad, pues si bien, durante el fallo no hacen mención a los principios que puedan guiar su decisión, pareciera ser que, dichas máximas se encuentran intrínsecas en sus consideraciones.

Otro fallo emitido por la Sala primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, causa 578 - 2019 en la cual, el objeto del juicio recayó en que la madre, quien tenía su residencia en Estados Unidos, se le atribuyó la guarda y custodia del niño; ante ello, el padre recurre al Tribunal Supremo para impugnar la decisión. En lo relativo al rol de los jueces, estos evaluaron las dos posibles situaciones en las que podría desarrollarse el régimen de visitas, el primer régimen estableció la hipótesis en que el progenitor permaneciera en Estados Unidos, lugar de residencia de la madre del niño, de forma que el Tribunal estableció lo siguiente:

“a) Mientras D. Borja permanezca en EE.UU.

Siempre que D. Borja venga de viaje a España tendrá derecho a pasar con el menor fines de semana alternos con pernocta y dos tardes intersemanales que, a falta de acuerdo entre los progenitores, serán martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Los viajes a España deberán ser comunicados por D. Borja a Da Claudia con una antelación mínima de 72 horas. Los períodos de vacaciones escolares de Patricio se repartirán entre ambos progenitores, a falta de acuerdo en otro sentido, de la siguiente forma:

Verano: sé dividirá en tres partes iguales, dos de las cuales corresponderán a D. Borja correspondiendo la restante a Da Claudia. En defecto de acuerdo, el padre elegirá los años pares, la madre elegirá los años impares. La decisión habrá de ser comunicada con al menos 45 días de antelación.

Navidad: se dividirá en dos mitades: la primera mitad se extiende desde el día siguiente al último lectivo a las 12 horas y el 31 de diciembre a las 12 horas; la segunda mitad se extiende desde el 31 de diciembre a las 12 horas hasta el último día festivo (víspera de la vuelta al colegio) a las 12 horas. Cada progenitor tiene derecho a uno de esos dos periodos. En defecto de acuerdo, el padre elegirá los años pares, la madre elegirá los años impares. La decisión habrá de ser comunicada con al menos 30 días de antelación.

Semana Santa: D. Borja la disfrutará íntegra con su hijo.

D. Borja podrá trasladar a Patricio a EE. UU durante los períodos que le correspondan durante las vacaciones, haciendo frente a los gastos que ello suponga, informando con una antelación de al menos 30 días a Da Claudia. Durante el tiempo que Patricio pase con su padre, Da Claudia tendrá derecho a comunicarse con él del mismo modo que más arriba se indica con respecto a las comunicaciones entre Patricio y su padre”.

Además, establece el Tribunal un régimen que se fundamenta en la hipótesis en que el progenitor volviera a residir habitualmente en España, y es en este apartado donde el Tribunal dispuso más situaciones en las que el padre pudiera ejercer su régimen de visitas, quedando del siguiente modo: El papá del menor, podrá estar en compañía del menor fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas; en caso de eventos o fiestas familiares, el menor asistirá a los mismos, siempre que el progenitor que tenga el evento avise al otro con al menos una semana de antelación; los cumpleaños él menor lo pasará con el progenitor con el que no esté al menos tres horas en la tarde; en periodo de vacaciones se seguirá el siguiente régimen: Las vacaciones de verano, de navidad y de semana santa se dividirán en dos mitades, cada progenitor tiene derecho a uno de esos dos periodos, en efecto, la madre elegirá los años pares y él padre los años impares.

Así, dicho fallo deja entrever, nuevamente, la relevancia de la función de los jueces, pues no solo es materializar el principio de corresponsabilidad parental en sus sentencias, sino que también comprender que la decisión que los jueces toman influyen directamente en la vida del NNA, y que, en la medida que el fallo considere todas las situaciones o hipótesis en las cuales,

el progenitor puede cumplir su rol como padre, más concreta y efectiva es la aplicación del principio.

En un tercer fallo de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, causa N° 29 – 2017, se presentaron los siguientes hechos: Don Agapito presentó demanda de modificación de medidas acordadas en previa sentencia de guarda y custodia dictada el 17 de diciembre de 2012, él solicitó al Juzgado establecer un régimen de guarda y custodia individual a favor del padre y establecer, a su vez, un régimen de visitas a favor de la madre. Luego de admitida a trámite la demanda, la madre, doña Marí Trini, solicitó al Juzgado que se ratifique la guarda y custodia del menor Gines a la madre y se establece para el padre un régimen de visitas propuesto por ella. Sin embargo, lo relevante del caso es la disputa entre la aplicación del derecho español y el derecho suizo, pues la madre reside en España, específicamente Alicante, y el padre don Agapito solicita se le otorgue la guarda y custodia para llevarse consigo al menor a Ginebra.

Ante tal conflicto, el Tribunal Supremo, decidió en base a lo siguiente:

“La sentencia recurrida recoge como hechos probados: (i) que el menor siempre se ha desarrollado desde su nacimiento en el entorno de la madre, habiendo ostentado el señor Agapito tan sólo un derecho de visitas; (ii) que el grado de apego del menor lo es fundamentalmente con su madre, mientras que a su padre apenas le conoce, pues los progenitores se separaron cuando apenas tenía tres meses de edad; (iii) el menor cuando se trasladó a España carecía de arraigo en Suiza, pues contaba con apenas tres años de edad y ni siquiera había sido escolarizado, mientras que en España se encuentra escolarizado desde su llegada en septiembre de 2012, habiendo desarrollado relaciones sociales en la ciudad, donde se encuentra su entorno más inmediato; (iv) la familia paterna no se encuentra en Suiza, donde el señor Agapito vive solo; (v) los abuelos maternos, con quien el menor tenía más apego, permanecen en Suiza, aunque tienen vivienda en España, vienen con frecuencia y, según la hija, regresarán para jubilarse en su país de origen.

De todos esos hechos infiere la sentencia de la Audiencia que el cambio de custodia no beneficiaría al menor, pues cambiar al otro país alteraría sus costumbres y hábitos ya adquiridos, su escolarización e idioma, teniendo en cuenta que lleva más de dos años residiendo en Alicante. Lo anterior no va en detrimento del derecho a relacionarse con el otro progenitor, que queda salvaguardado con un adecuado régimen de visitas, como el recurrente solicita en su demanda de forma subsidiaria”.

De modo que, el tribunal, entiende que más allá del conflicto que existe entre ambas legislaciones, lo relevante para dicha situación, siempre será considerar el impacto que traería consigo el cambio de residencia en el niño, y que, sin perjuicio de la negativa de trasladar al niño a otro país, se le garantice al padre un régimen de visitas.

Por tanto, en virtud de las sentencias mencionadas, es posible concluir que la función de los jueces a propósito de la materialización del principio de corresponsabilidad parental es de suma relevancia, toda vez que ellos deben analizar y ponderar las situaciones y/o conflictos a los que pueda exponerse el NNA, ya sea, con un traslado de residencia al extranjero permanente o respecto a una modificación de las medidas de guarda y custodia, el interés superior del niño siempre será la primicia más importante y, a su vez, buscar materializar este principio de corresponsabilidad parental para cada caso concreto.

CONCLUSIONES

A modo de finalizar la presente investigación, es posible concluir lo siguiente:

En primer lugar, es fundamental comprender que el principio de corresponsabilidad es una máxima transversal en el ordenamiento jurídico. Dicho principio, busca la participación activa de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que engloba la autoridad parental.

Luego, a propósito de la corresponsabilidad parental, los regímenes de cuidado personal y la autoridad paterna son figuras distintas, pues en ellas se comprenden distintas facultades, como lo es el caso de los regímenes de cuidado personal, los que engloban derechos y deberes referidos al cuidado y atenciones diarias y habituales del NNA. La distinción entre dichos conceptos es un aspecto fundamental, pues incluso, la Corte Suprema ha tenido que dilucidar sus diferencias para efectos de no caer en confusiones. En el caso de España, a diferencia de Chile, se establece un sistema de patria potestad que engloba tanto el contenido personal y patrimonial como una sola figura, siguiendo así, a la mayoría de los demás países europeos.

Además, es de suma importancia que el juez, al resolver una contienda sobre cuestiones que afecten, ya sea de manera positiva o negativa, al NNA, siempre debe observar los principios de corresponsabilidad parental en conjunto con el interés superior del niño, en cuanto a las situaciones fácticas que envuelvan la vida del niño, niña y adolescente, jamás produciendo un desmedro en su vida y desarrollo, buscando todas las alternativas posibles para que ninguno de los padres se vea suprimido de la vida del hijo por no detentar su cuidado personal. De modo que, aun cuando, no existe una fórmula específica por la que el juez deba guiarse para resolver las contiendas que lleguen a su conocimiento, sino que, debe analizar los diferentes factores existentes en torno al NNA.

Finalmente, las nuevas tecnologías han aportado al cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental, con especial incidencia, en las situaciones en que el NNA resida en otro país, ayudando así a mantener la comunicación entre el progenitor no custodio y el hijo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Acuña San Martín, M. (2018). El Cuidado Personal de los Hijos. Thomson Reuters. Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2018/42534834/v1/document/1B5F9F06-6D8A-20CB-6FE7-B2B7AFFA7475/anchor/1B5F9F06-6D8A-20CB-6FE7-B2B7AFFA7475>
2. Acuña San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. Revista de derecho (Coquimbo), 20(2), 21-59. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>
3. Acuña San Martín, M. (2019). Los deberes de los padres respecto de sus hijos: Asegurando su protección y bienestar. En Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia (1.a ed., p. s.). Thomson Reuters: Legal Publishing Chile. Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2018/42494552/v1/document/D348F830-1623-2F21-09AD-05A0E2FA4B81/anchor/D348F830-1623-2F21-09AD-05A0E2FA4B81>
4. Acuña San Martín, M. (2020). Derechos de relación directa y regular. Thomson Reuters: Legal Publishing Chile. Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2018/42494545/v1/document/04AE8CA7-FEA5-0D86-4FDB-CA4BF1B73FED/anchor/04AE8CA7-FEA5-0D86-4FDB-CA4BF1B73FED>
5. Alessandri Rodríguez, A. Somarriva Undurraga, M. Vodanovic Haklicka, A. (2005). Tratado De Derecho Civil - Partes Preliminar Y General. Ediciones Jurídicas de Santiago, 12-15.
6. Álvarez, Iñigo (2001), Sobre el concepto de derecho subjetivo de Hans Kelsen. Boletín de la facultad de derecho, núm. 17,2001. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2001-17->

[C830506E/PDF#:~:text=En%20otras%20pala%2D%20bras%2C%20el,%C2%BB%20\(1987%3A%20545\).](https://doi.org/10.4067/s0718-00122021000100095)

7. Avilés Hernández, M. (2021). La custodia compartida en España. Estudio de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la reforma legislativa y su impacto a nivel práctico. *Ius et Praxis*, 27(1), 95–120. Disponible en <https://doi.org/10.4067/s0718-00122021000100095>
8. Barcia Lehmann, R. (2013). Facultades y Derechos Compartidos Respecto de los hijos: Una mirada desde el derecho comparado. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(1), 21–60. Disponible en <https://doi.org/10.4067/s0718-97532013000100002Barcia>
9. Barcia Lehmann, R. (2020b). Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia. Tomo II. Thomson Reuters. Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2020/42767192/v1/document/B5A7D99A-99A7-67C7-0873-29E8F3DCFB8F/anchor/B5A7D99A-99A7-67C7-0873-29E8F3DCFB8F>
10. Carretta Muñoz, Francesco & Greeven Bobadilla, Nel (2020). Régimen de alimentos, Cuidado personal y Relación directa y regular en la decisión judicial. Academia judicial de Chile. p. 48 - 49.
11. Herrera, Marisa & Lathrop, Fabiola (2017). Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana. *Revista de Derecho Privado*, (32), 143-173. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662017000100143#back_fn38
12. Illanes Valdés, Alejandra (2015). Estudios de Derecho Civil X. El resguardo de la corresponsabilidad parental en la reforma de la ley N° 20.680 (1.ª ed.). Thomson Reuters. Disponible en <https://proview-thomsonreuters-com.bibliotecadigital.uv.cl/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2015%2F41857169%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=i0ad629760000017c3d514ec288ef6b6c#sl=e>

<https://doi.org/10.4067/s0718-00122018000200469>
&eid=8d2d10c997a42a0e530fd76354c3b430&eat=er mark 1&pg=&psl=&nvgS=true
&tmp=691

13. Lehmann, R. (2018). La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres. *Ius et Praxis*, 24(2), 469–512. Disponible en <https://doi.org/10.4067/s0718-00122018000200469>
14. Mesías Toro, J. (2017). Análisis crítico del cuidado personal compartido conforme a la Ley No. 20.680 ¿interés del hijo o de los progenitores. Tesis. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146541>
15. Maida S, Ana Marrgarita, Herskovic M, Viviana, & Prado A, Bernardita. (2011). Síndrome de alienación parental. *Revista chilena de pediatría*, 82(6), 485-492. <https://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062011000600002>
16. Nicolás Espejo Yaksic (2021). La responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada. Disponible en https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-11/RESPONSABILIDAD_PARENTAL-11-08.pdf
17. Ramos Pazos, R. (2010). Derecho de Familia Tomo 2 (7.a ed.). Jurídica de Chile. p. 458.
18. Rizik Mulet, L. (2019). Estudios de Derecho Civil XIV. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En Reflexiones en torno al principio de igualdad y no discriminación en la regulación chilena sobre la determinación del apellido de los hijos (1.ª ed.). Thomson Reuters. Disponible en <https://proview-thomsonreuters-com.bibliotecadigital.uv.cl/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2019%2F42687224%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0ad629760000017c3d514ec288ef6b6c#sl=e&eid=fde18c6556e6e1439a27e557f8831c87&eat=er mark 1&pg=&psl=&nvgS=true&tmp=401>
19. UNICEF Chile (2017). Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Disponible en

<https://www.unicef.org/chile/informes/constitucion-politica-e-infancia-una-mirada-desde-los-derechos-de-los-ninos-ninas-y>

20. Unidad de Mediación Familiar, Ministerio de Justicia (2013): Informe Ley de Corresponsabilidad (Ley N° 20.680). Disponible en <https://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/informe-corresponsabilidad.pdf>

JURISPRUDENCIA.

Jurisprudencia Extranjera

1. STC N° 185/2012, de 17 de octubre de 2012.
2. STS N° 194/2016, de 29 de marzo de 2016.
3. STS N° 536/2014 de 20 de octubre de 2014.
4. STS N° 578/2019 de 17 de octubre de 2018.
5. STS N° 29 – 2017 de 18 de enero de 2017.

Jurisprudencia Nacional

1. CA N°364-2015, de 2 de septiembre de 2015.
2. CS N°21334-2014, de 4 de septiembre de 2014.
3. CS N°24265-2019, de 26 de mayo de 2020.
4. CS N° 99430-2020, de 17 de febrero de 2021.
5. CS N° 39171-2021, de 8 de noviembre de 2021.
6. CS N° 42651 – 2017 de fecha 18 de abril de 2018.

Normativa Nacional

1. Código Civil [CC]. DFL 1. Artículos 221,225,226,229. Número y año de la ley a que corresponde. Artículo(s) citado(s). 14 de diciembre de 1855(Chile).
2. LEY N° 20.680. Introduce Modificaciones Al Código Civil Y A Otros Cuerpos Legales, Con El Objeto De Proteger La Integridad Del Menor En Caso De Que Sus Padres Vivan Separados. 16 de junio de 2013.

Normativa Internacional

1. España. LEY 15/2005, de 8 de julio de 2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado ,9 de julio de 2005, núm. 163.
2. Constitución política de España, de 6 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado (BOE), 29 de diciembre de 1978.
3. REAL DECRETO, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado (BOE), 25 de julio de 1889.