
Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno*

▮ RODRIGO BARCIA LEHMANN**

RESUMEN: El presente trabajo hace una aplicación integral de la reforma al derecho de la infancia chileno, a partir de la Ley 20.680 de 2013, estableciendo los presupuestos para que un régimen de asignación de derechos de filiación a uno de los padres, por medio de resolución judicial, respete los principios del interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres. A dicho efecto se plantea que el padre no custodio tiene deberes-facultades de filiación conjuntos con el padre custodio y propios de aquel. En definitiva, el régimen de asignación de cuidado personal en Chile –que es indistinto como en muchos países– es un

* El presente artículo forma del Proyecto Fondecyt n.º 1150454, 2015-2016. Fecha de recepción: 5 de diciembre de 2016. Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2017. Para citar el artículo: BARCIA LEHMANN, R., “Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 219-254. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.08> Abreviaturas: BGB = Bürgerliches Gesetzbuch [código civil alemán]; c. c. chil. = código civil chileno; CA = Corte de Apelaciones; c. c. arg. = código civil argentino [antiguo c. c.]; ccyc = código civil y comercial argentino [nuevo c. c.]; c. c. esp. = código civil español; CDN = Convención de Derechos del Niño; CE = Comunidad Europea; CP esp. = Constitución Política española; LMC = Ley de Matrimonio Civil (Ley 19.947/2004); RDR = relación directa y regular; SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial [de España, equivalente a la CA chilena].

** Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 1991; MBA en Economía y Dirección Internacional de Empresas, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; *European Master in Law and Economics*, Universidad Complutense de Madrid y Hamburg Universität, 1998; doctorado en Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, 2002. Profesor titular, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile, Chile. Contacto: rbarcia@uft.cl Mi especial agradecimiento a Flavia Urqueta Sánchez, ayudante de investigación de la UFT.

régimen de custodia conjunta, que permite que ambos padres –custodio y no custodia– participen en la crianza y educación de sus hijos.

PALABRAS CLAVE: deberes y facultades del padre no custodia, derechos del padre no custodia, corresponsabilidad parental, custodia, custodia conjunta, educación y cooperación.

Toward an Integral View of the Right of Children: Powers and Duties of the Non-Custodial Parent in Chilean Law

ABSTRACT: The present study makes a comprehensive implementation of the Reform to rights of Chilean children, on the basis of Act 20.680 of 2013, establishing the budgets for a scheme of allocation of rights of filiation to one of the parents, by means of judicial resolution, according principles of the best interests of the child and co-responsibility of the parents. To this effect it is argued that the non-custodial father has joint faculties of filiation with the custodial father and his own faculties of filiation. In short, personal custody in Chile allow out a system –which is assigned only to one parent as in many countries– of joint custody regime, which allows both fathers –custodial and non-custodial parents– to participate in the upbringing and education of their children.

KEYWORDS: duties and powers of non-custodial parent, non-custodial parent's rights, parental responsibility, custody, joint custody, upbringing and cooperation.

SUMARIO: Introducción. I. ¿Qué rasgos tiene un sistema de custodia conjunta y por qué fue adoptado este régimen en la Ley 20.680? A. Los deberes y facultades del padre no custodia en el derecho comparado. B. ¿Por qué un sistema de asignación de derechos de filiación a uno de los padres con un sistema limitado de visitas para el padre no custodia ha sido dejado de lado por el derecho comparado? C. La reforma chilena de 2013 estableció un sistema de custodia conjunta. II. Los deberes y facultades conjuntos. A. El deber-facultad de crianza. B. El deber-facultad de educación. III. Deberes y facultades del padre no custodia. A. Deber-facultad de vigilancia, supervisión o control. B. Deber-facultad de colaboración, asistencia y cooperación. C. Facultad-deber de crianza y educación del padre no custodia. Corolario. Bibliografía.

Introducción

Este trabajo determina, a partir de la reforma de 2013 al código civil chileno, introducida por la Ley 20.680, los deberes-facultades exclusivos del padre no custodia, en caso de que se produzca una asignación unilateral del cuidado per-

sonal a favor del denominado padre custodio. También aborda tangencialmente los deberes y facultades que permanecen siendo conjuntos a pesar de producirse la asignación del cuidado personal a uno de los padres. Esta investigación hace el esfuerzo de integrar adecuadamente al derecho chileno el principio de corresponsabilidad, contemplado en el nuevo artículo 224 c. c. chil., y aplicar adecuadamente las directrices de la CDN, todo conforme al principio del interés superior del niño.

La referencia a ordenamientos jurídicos comparados –que en la actualidad tienen sistemas de cuidados conjuntos, como Francia, Italia, etc.– se hace al tiempo que ellos tenían sistemas de asignación de facultades y derechos de filiación indistintos. La presente investigación es aplicable fundamentalmente a sistemas jurídicos que establecen asignaciones indistintas de cuidado, guarda o custodia unilateral a uno de los padres en caso de conflicto entre estos. En dicho sentido es un estudio que es aplicable a países en que el cuidado se asigna a uno de los padres.

I. ¿Qué rasgos tiene un sistema de custodia conjunta y por qué fue adoptado este régimen en la Ley 20.680?

A continuación, para poder responder esta pregunta, se hace un análisis somero de las facultades y derechos del padre no custodio en el derecho comparado, para de esa forma poder entrar a un análisis más detallado de la Ley 20.680 de 2013.

A. Los deberes y facultades del padre no custodio en el derecho comparado

Como destaca ESPINOSA, los sistemas de asignación de derechos de filiación en caso de conflicto entre los padres deben propender a “articular un sistema coherente y que funcione, haciendo recaer el ejercicio de la responsabilidad sobre uno o ambos padres o sobre un tercero, pero sin convertir al niño en una mera ‘propiedad’ objeto de lucha entre sus progenitores”¹. La CDN no veta ningún régimen de asignación de derechos de filiación o de asignación de cuidado personal, es decir, no establece como vinculante el cuidado compartido; pero impone una participación equitativa de asignación y contenido de derechos de filiación, y conforme al interés superior del niño (arts. 3.1.º, 5 y 9.1.º)². La técnica para lograr este objetivo es hacer indisponibles, por regla general, los deberes y facul-

1 R. ESPINOSA, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, 96.

2 De estas normas es especialmente relevante la segunda, que establece: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con

tades conjuntos y los indistintos respecto del padre no custodio³. La importancia de lograr que ambos padres estén presentes en la crianza y educación de los hijos se obtiene, en los sistemas de asignación indistinta, no marginando al padre no custodio de la formación de sus hijos⁴. Antes de analizar el derecho comparado es preciso señalar que serán tratados varios ordenamientos jurídicos, antes de adoptar como regla general el cuidado compartido, por cuanto lo que se analiza es precisamente cómo un régimen de asignación unilateral puede ser de custodia conjunta, es decir, establecer deberes y facultades simétricos para los padres que vayan en beneficio de los hijos.

Cabe destacar que el desarrollo de deberes y facultades correspondientes al padre no custodio tiene larga data en el derecho comparado. Así, Castán Vázquez señalaba, ya en el año 1987, que en Portugal, Francia e Italia era posible otorgar vía judicial al padre no custodio ciertas facultades y deberes conjuntos y exclusivos⁵. Nótese la importancia que revisten las palabras de Castán, por cuanto ellas fueron pronunciadas hace ya veintinueve años. La mayoría de los ordenamientos jurídicos, antes de optar por la custodia conjunta o, incluso, el cuidado compartido, establecieron deberes y facultades para el padre no custodio. De este modo, en Francia, los derechos de los padres se comienzan a igualar desde la reforma introducida al *Code civil* por la Ley de 4 de junio de 1970, hasta que finalmente se adoptaría la guarda conjunta (actual art. 372.1.º, ex 287 del *Code civil*). La Ley de 8 de enero de 1993 establecería como regla general la custodia compartida, quedando el cuidado exclusivo solo para los casos en que la custodia compartida

la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

- 3 De este modo, en el Reino Unido o Francia la atribución de la responsabilidad parental tras la separación, la nulidad o el divorcio del matrimonio se produce por ley, y es indisponible, pero el ejercicio de la responsabilidad parental sí lo es. Así, cada uno de los padres sigue siendo titular de la responsabilidad parental, aunque uno de ellos ya no viva con el menor. En España ocurre otro tanto respecto de la titularidad de la patria potestad. De este modo, la guarda y custodia y el ejercicio de la patria potestad son susceptibles de acuerdos y de ser afectados por la resolución judicial en juicio de asignación de derechos de filiación, pero la titularidad de la patria potestad es conjunta e indisponible.
- 4 DELGADO señala a este respecto que “la presencia de las dos figuras parentales es prioritaria para los menores en cualquier tipo de guarda que se arbitre. No sólo en los supuestos de custodia compartida [...] La necesaria referencia a ambos padres, la efectiva contribución de ambos progenitores –rasgo vital de la vida humana–, la participación y colaboración activa de ambos padres sigue siendo una de las asignaturas pendientes en torno al tema. [...] [N]o existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad –en cuanto a la guarda y custodia de los hijos– que juegue a favor de alguno de los progenitores”: G. DELGADO DEL RÍO, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Pamplona, Thomson Reuters, 2010, 247.
- 5 En este sentido Castán señala: “[c]abe, pues, observar que las reformas más recientes de la Europa occidental se orientan hacia soluciones realistas y flexibles en el problema, admitiendo incluso una coparticipación en la patria potestad y dejando un margen considerable al arbitrio judicial”: J. CASTÁN, “La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, 1987, 200.

atente contra el interés superior del niño. Este sistema generó excelentes resultados por cuanto incentivó a que no se judicialice el conflicto (puesto que ninguno de los padres quiere exponerse a que se asigne el cuidado a uno solo de ellos). En Italia, las reformas de 14 de mayo de 1975 y de 6 de marzo de 1987, a pesar de contemplar un sistema de asignación exclusiva del ejercicio de la patria potestad, determinaron que las decisiones de trascendencia debían ser conjuntas⁶. También la última ley autoriza al juez a decretar el cuidado compartido o alternado. Finalmente, al igual que en Francia, la Ley 54/2006, de 8 de febrero, modificaría el artículo 155 del *codice civile*, y agregó a dicho cuerpo legal los artículos 155 *bis*, *ter*, *quarter*, *quinquies* y *sexies*. Esta importante modificación legal estableció la custodia compartida supletoria legal y judicial.

En igual sentido, el derecho alemán –que hace varias distinciones a este respecto– concede facultades conjuntas al padre que nosotros denominamos no custodio (estas se desprenderían del artículo 6-2 de la Constitución de la República Federal Alemana). En Alemania se ha desarrollado un principio que se ha denominado “de continuidad” de la relación, para referirse al derecho que tiene el niño de mantener y desarrollar la relación de filiación con posterioridad a la crisis matrimonial⁷.

En el derecho español, DE TORRES desarrolla la dualidad titularidad-ejercicio de la patria potestad, señalando que,

... [p]recisamente, cuando la guarda y custodia se asigna a un solo progenitor y el otro sigue ostentando la titularidad de la patria potestad del menor, cabe preguntarse qué contenido tendrá la titularidad de esa patria potestad que, no obstante, no puede ejercitarse. ¿Podrá dicho progenitor participar de alguna manera en la toma de decisiones sobre su hijo? La contestación afirmativa de esta pregunta ha provocado que la doctrina haya intentado dotar de contenido a la “patria potestad” sin “guarda y custodia”. De hecho en este supuesto se distingue entre dos tipos de decisiones, las que versan sobre materias graves e importantes y las que versan sobre cuestiones de menor trascendencia.

A este respecto, el referido autor agrega que las decisiones relevantes necesariamente deben ser tomadas de forma conjunta. En el mismo sentido, Zanón

6 La tendencia del derecho es a los regímenes de custodia conjunta, e incluso de cuidado compartido. Veamos dos autores que dejan constancia de dicha sustitución. En España, ya en 1995, CASTÁN (p. 287) señalaba: “Al sistema de patria potestad subsidiaria de la madre, que prevaleció con la Codificación, sucede así el de la patria potestad conjunta. En esta línea se sitúan ya, en su mayoría, las legislaciones contemporáneas”. Sin embargo, en dicho país, a lo menos nominalmente, esta figura tiene mucha aplicación por cuanto, como en Chile, los jueces suelen decretar custodia o guarda exclusiva a favor de uno de los padres, pero con un amplio régimen de comunicación para el otro.

7 S. MOTZEN, “Die Entwicklung des Rechts der elterlichen Sorge und des Umgangs seit 2002”, *FamRZ*, 2004, 1146.

señala –aun antes de la reforma de 2005–: “al mismo tiempo, tanto el progenitor guardador como el no guardador de los hijos, si nada se especifica en la sentencia, deberá velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarles y administrar sus bienes”⁸. Y, en igual sentido, Miranda se refiere a la titularidad de la patria potestad desprovista del ejercicio. En dicho supuesto la titularidad de la patria potestad, que es necesariamente conjunta, se limita a las “grandes decisiones” respecto de los menores, como la elección del centro educativo, el seguimiento de sus estudios o la práctica de cirujías estéticas⁹. Sin perjuicio de lo anterior, para una parte de la doctrina española la titularidad de la patria potestad es estática –lo que la vaciaría de contenido¹⁰– y su ejercicio contendría deberes y facultades inherentes a esta figura. En el derecho español, la vía más fecunda de atribución de deberes y facultades en torno al padre no custodio se desprende del artículo 156.5.º c. c. esp., que dispone que “[s]i los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o *distribuir entre padre y madre las funciones inherentes a su ejercicio*” (cursiva nuestra). Las facultades determinantes para efectuar dicha distribución, en el derecho español, serán el deber de velar por los hijos (arts. 155.1.º y 154 c. c.), tenerlos en su compañía (art. 155.2.º c. c.) y procurar a los hijos una formación integral (arts. 27.2.º CP y 154 c. c.)¹¹.

En el Reino Unido, los deberes y facultades conjuntos e indistintos –propios de los casos en que se otorgaba la “*parental guardianship*” (antes de la reforma de la *Children Act* de 1989)– eran asignados conforme a una lista de situaciones conflictivas entre los padres. La referida lista contenía los siguientes supuestos:

a. Providing a home for the child. b. Having Contact with the child. c. Determining and providing for child's education. d. Determining the child's religion. e. Disciplining the child. f. Consenting to the child's medical treatment. g. Consenting to the child's marriage. h. Agreeing to the child's adoption. i. Vetoing the issue of a child's passport. j. Taking the child outside the United Kingdom and consenting to the child's emigration. k. Administering the child's property. l. Protecting and maintaining the child. m. Agreeing

8 J. DE TORRES, *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Iustel, 2009, 233 y 234, y L. ZANÓN, *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch, 1996, 64.

9 M. MIRANDA, “La protección de menores: una perspectiva constitucional”, *Custodia compartida y protección de menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, 130.

10 CASTILLO es de esta opinión, que nos parece errada por cuanto no solo se vacía de contenido la titularidad de la patria potestad, sino que se pierde una oportunidad de establecer criterios objetivos generales en torno a lo que puede ser conjunto y lo que puede ser indistinto. C. CASTILLO, “La privación de la patria potestad”, *Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, 2, 2010.

11 M. SOLANES, “La patria potestad”, *Derecho de Familia*, Cálamo, Barcelona, 2005, 73 y 74.

*to change the child's surname. n. Representing the child in legal proceedings. o. Burying or cremating a deceased child*¹².

Por lo que, independientemente de las críticas que recibió el sistema de guardas indistintas –previo a la reforma de 1989, que consagró la “*parental responsibility*”¹³, que es conjunta–, la jurisprudencia desarrolló un mecanismo que conducía hacia lo que nosotros definimos como cuidado personal compartido. Así, la jurisprudencia fue detectando distintas situaciones en que –con independencia de la guarda indistinta– los padres debían resolver de forma conjunta o bien exigían la participación del padre no custodio. La *parental responsibility* no solo atiende a los derechos de filiación como deberes de custodia, educación y desarrollo de la personalidad (en ello no difiere de la figura que le precede, la “*parental rights*”), sino que también reconoce un derecho de educación preferente a los padres¹⁴. Sin perjuicio de lo anterior, lo que realmente distingue a la reforma de 1989 es su ductilidad, al conceder facultades al juez que permiten obviar las rígidas categorías (*locus standi*) de padres, parientes y otros (aunque la diferencia entre padres y el resto permanece en la reforma). Finalmente, es preciso aclarar que la *parental responsibility* es necesariamente conjunta. Sin que ello impida que el juez pueda dar lugar a una *non-residential order*, conforme a la cual se establece que la residencia del niño se fija en la de uno de los padres¹⁵.

12 A. BAINHAM y S. CRETNEY, “Children – The modern Law”, *Family Law*, Jordan Publishing, 1993, 96-97.

13 El sistema de custodia compartida generó muchas dudas en el Reino Unido, que posteriormente se fueron disipando. En palabras de Bainham y Cretney: “[W]here *parental responsibility* is shared between father and mother, either In marriage or where an unmarried father has acquired it by legal process, the law takes a gender-neutral view of parenthood. The father or mother may exercise *parental responsibility* independently and each has an equal say in upbringing. There has, nonetheless, been some early speculation concerning the possible effect of the legislation on the respective child-rearing roles of men and women. One viewpoint is that the statutory framework was grounded in the notion of ‘time-sharing’ and a legal presumption of co-parenting which disguises and perpetuates substantial inequalities of power and responsibilities between men and women”: *ibid.*, 61-62.

14 Bainham y Cretney se refieren a esta segunda acepción de la “*parental responsibility*” en los siguientes términos: “[S]econdly, the concept of *parental responsibility* exists not only to determine the way in which the law expects a parent to behave towards his child, but also to determine that someone (usually, but not necessarily, a parents) is entitled to bring up a child without interference from others who do not have *parental responsibility*”: *ibid.*, 64.

15 Así tanto el § 8 de la ley como los casos de “*residence order*” dejan subsistentes todos los efectos de la “*parental responsibility*”. En el primer supuesto las órdenes están asociadas con aspectos específicos relacionados con el menor, como con aspectos concretos de la educación, por ejemplo. En el segundo supuesto (“*residence order*”), excepcionalmente, el juez puede dar lugar a algo parecido a un cuidado indistinto, pero con la gran diferencia de que lo cotidiano no queda adscrito solo al padre titular del derecho. En palabras de Bainham y Cretney, respecto de las “*residence order*”: “[T]he effect of the order is simply to regulate the child's residence. In practical terms, this means that the ‘non-residential’ parents is simply precluded from exercising that aspect of *parental responsibility* which relates to the question of where the child is to live [...] But *parental responsibility* itself remains intact, unaffected by the order, and may be exercised to the full extent that is compatible with the order”: *ibid.*, 66.

B. ¿Por qué un sistema de asignación de derechos de filiación a uno de los padres con un sistema limitado de visitas para el padre no custodio ha sido dejado de lado por el derecho comparado?

En todos estos países y en la propia CDN se ha entendido, conforme a lo ya analizado, que por regla general el ordenamiento jurídico debe propender a que ambos padres participen en la crianza y educación de los hijos, como forma preferente de aplicar el interés superior del niño. Y ello es evidente desde que la mayoría de los estudios científicos que se han hecho demuestran que una participación activa de ambos padres en la crianza y educación de sus hijos logra mejores resultados que la de hijos criados por uno solo de los padres. En los Estados Unidos de América ya en estudios de los años setenta-ochenta se puede apreciar las ventajas de la custodia conjunta en el desarrollo de los hijos¹⁶. Estos estudios desvanecen otros que sin evidencia empírica aplicaban el psicoanálisis a hijos de padres separados. Los estudios más reconocidos a favor de un sistema de asignación de derechos de filiación a uno de los padres con un sistema limitado de visitas para el padre no custodio fueron realizados por Freud, Solnit y Goldstein, que se centraba en el psicoanálisis aplicado a los niños en contexto de separación de los padres. A este sistema se le conoció como criterio *BBI* (*beyond best interest of the children*). Dicho informe señalaba que la ruptura de la relación de los padres generaba necesariamente niños con afecciones psicológicas. BATT, en los años noventa, hace un interesante estudio en contra de este criterio. El *BBI* sostenía que el interés del niño debe llevar a preferir asignaciones de derechos de filiación unilateral, centrados en una estabilidad psíquica o emocional del niño incompatible en la mayoría de los casos con un régimen de visitas para el padre no custodio, y se inclinaba a favor de formas de cuidado compartido de forma excepcional. Esta posición pseudo-científica se vendría abajo definitivamente a finales de los ochenta. En este sentido BATT señala:

Wallerstein's work is important because it is, in a very real sense, "in context" field work. Wallerstein evaluated the children at home and in the school setting, not simply in an office clinical setting. Her research leads her to believe that in many cases joint custody can, under certain situations, promote the emotional best interests of the child. She is aware that a child under the sole control of a lonely, post-divorce emotionally dysfunctional parent is likely to suffer. Wallerstein knows that joint custody can act to neutralize the negative effects of interaction with a psychologically dysfunctional parent. The results of Wallerstein's work indicate that, in some cases, people are not able to overcome their hostility. As a consequence they may not be able to act responsibly, and joint custody will not work in these cases. It is clear that her work demonstrates that joint custody in a number of cases is a viable alternative to sole custody.

16 J. B. KELLY, "Further observations on joint custody", 16 *U.C. Davis L. Rev.* 762, 1983.

Agregando más adelante:

*Susan Steinman, another social science researcher writing for a law journal audience, in referring to a group of joint custody children she studied stated: These children clearly had two psychological parents to whom they were positively attached and loyal, despite the marital split. This does not support the assumption in Freud, Solnit and Goldstein's, Beyond the Best Interests of the Child that children cannot relate well to two separated parents who are not in positive relation to one another*¹⁷.

En este sentido son clave los estudios de Kelly que señalan que los padres, a pesar de estar separados, no tienen por regla general grandes conflictos en torno a la educación de los hijos¹⁸. Así, conforme a dicho autor, es posible que los padres no estén de acuerdo en aspectos concretos de la educación de los hijos, por ejemplo respecto de la elección del colegio, pero ello no quiere decir que estén en desacuerdo con la forma en que el otro padre cría o educa a su hijo¹⁹. Finalmente, existe un consenso en la doctrina norteamericana a este respecto²⁰. Señalado lo anterior, es claro que era fundamental modificar el régimen de asignación de derechos de filiación en Chile, que prefería a uno de los padres y que además dejaba al padre no custodio tan solo como un padre visitador.

17 J. BATT, "Child custody disputes and the beyond the best interests paradigm: A contemporary assessment of the Goldstein/Freud/Solnit position and the Group's Painter v. Bannister Jurisprudence", *Nova Law Review*, vol. 16, n.º 2 1992, Article 3, 663.

18 En este sentido Batt señala: "Psychologist Joan B. Kelly points out that parents who divorce usually have not been in conflict about the approach to child rearing": *ibíd.*, , 664 y J. B. KELLY, "Further observations on joint custody", 16 *U.C. Davis L. Rev.* 762, 1983.

19 A este respecto Batt señala: "[t]he sharing of responsibility and contact with the child will reduce the stress on any one parent and can dramatically enrich the child's life. Furthermore, in today's world of accelerated social and psychological change, a shared custody arrangement can greatly increase the child's exposure to evolving forms of human attachment and relationships. The greater the number of fit and concerned caretakers, including significant others available, and the more diverse the child's social contacts, the more likely it is that the child's psychological and social development will be enhanced. The continuity concept is simply not comprehensive enough to be useful in dealing with the dynamics of legal and human reality": BATT, "Child custody disputes and the beyond the best interests paradigm", *cit.*, 665.

20 Así, se puede consultar a Shapiro, que señala: "In the United States today, as in most countries, parents have a unique status in the lives of their children. Parents possess rights, including both reasonably well-defined legal rights and more amorphous social rights, that no other individuals can exercise. In law and in society, parents are understood to have a special relationship with their children that is protected from interference by other individuals and from the state. At the same time, parents are also expected to bear special obligations towards their children, obligations which are not shared by the society at large. In this regard, the United States can be distinguished from most European countries, where the obligations of the greater society to children are more developed (Sterrett, 2002)": J. SHAPIRO, "Changing ways, new technologies and the devaluation of the genetic connection to children", *Family Law and family values*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2005, 81.

C. La reforma chilena de 2013 estableció un sistema de custodia conjunta

El sistema chileno, antes de la reforma de 2013, establecía que en caso de conflicto entre los padres la regla que determinaba el cuidado personal era la preferencia materna como regla de asignación legal supletoria (ex art. 225.1.º c. c.) y judicial (ex art. 225.3.º c. c.), asignando el cuidado personal al padre solo en casos graves. Esta situación fue modificada por la Ley 20.680 que simplemente estableció que supletoriamente, a falta de acuerdo de los padres, el cuidado personal corresponde al padre que conviva con el menor (art. 225.4.º c. c.), y judicialmente, en caso de conflicto, el juez debe aplicar el principio del interés superior del niño y conceder el cuidado personal a uno de los padres (art. 225.5.º c. c.)²¹. A dicho efecto se consignaron criterios concretos de asignación en el artículo 225-2 c. c.

Además, la Ley 20.680 agregó a la autoridad parental²², el cuidado personal y la patria potestad, una cuarta figura, a saber, la corresponsabilidad parental.

-
- 21 La referida norma es del siguiente tenor: “Artículo 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:
- “a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
 - “b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
 - “c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
 - “d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
 - “e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
 - “f) La opinión expresada por el hijo.
 - “g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
 - “h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
 - “i) El domicilio de los padres.
 - “j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.
- 22 La extensión y significado de la autoridad parental no está clara en el derecho chileno. La autoridad parental está regulada en el Título IX, denominado “De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos” del Libro I del código civil (arts. 222 a 242). La mayoría de la doctrina ha sostenido que la autoridad parental está configurada por el conjunto de derechos y obligaciones, no patrimoniales, o de facultades y deberes que tienen los padres con relación a sus hijos. En este sentido, Ramos Pazos señala que la autoridad parental “[t]radicionalmente ha sido definida como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos”: R. RAMOS, *Derecho de Familia*, t. II, 6, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2000, 424-428. Su contenido no ha generado consenso en el derecho chileno. Para ABELIUK, la autoridad parental comprendería los deberes-facultades de obediencia y respeto de los hijos respecto a los padres, la corrección de los hijos, su educación y el derecho del menor a ser oído. Ver R. ABELIUK, *La filiación y sus efectos*, t. I, *La filiación*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2000, 313-321. En cambio, Ramos señala que el contenido de la autoridad parental es dual: primero están los deberes de los hijos para con sus padres, que son el respeto y obediencia de los padres y el deber de cuidado a los padres y demás ascendientes; y luego, de los padres para con los hijos, como los deberes de cuidar, criar y educar a los hijos. Ya posteriormente a

Uno de los objetivos de la reforma fue hacer a ambos padres partícipes en la crianza y educación de los hijos, aun de haberse otorgado a uno de ellos el cuidado personal, como señala expresamente el artículo 224 c. c.²³. La regla fundamental que debe cumplir el sistema chileno es la contenida en el artículo 224 c. c. que establece: “Artículo 224. 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”.

Por otra parte, es preciso aclarar que los sistemas de custodia conjunta, aunque contemplan la posibilidad de otorgar un cuidado compartido, no son sinónimo de cuidado compartido²⁴. Así, la Ley 20.680 –a diferencia de lo que ocurrió en los ordenamientos jurídicos precedentemente analizados– introdujo un sistema de custodia conjunta y no estableció un sistema de cuidado personal compartido como regla legal y/o judicial, de aplicación general y supletoria en caso de que los padres separados no llegasen a acuerdo. La custodia conjunta opera aun en los casos en que el juez, dada la falta de acuerdo de los padres, deba

la promulgación de la LMC, Gómez de la Torre señala que la autoridad parental es parte de las relaciones de filiación. Ello sería una consecuencia del artículo 3.3.º LMC, y por lo cual “[l]a autoridad parental tiene como fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo espiritual y material. Constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños de ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía”: M. GÓMEZ DE LA TORRE, *El sistema filiativo chileno*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2007, 132. Para Tapia, la consagración por la Ley 20.680 del principio de la corresponsabilidad fue un aporte al derecho chileno; pero la falta de concreción en deberes-facultades concretos y la nula referencia a la autoridad parental –como fuente de deberes-facultades conjuntos– hacen que en definitiva la nueva regulación sea sumamente imperfecta. En palabras de Tapia: “[E]s una regulación imperfecta, desde el momento que se vincula innecesariamente estos conceptos al establecimiento de la custodia compartida y el establecimiento de la relación directa y regular. En realidad, no sólo en tales casos, sino en todas las circunstancias los padres deben compartir en forma equitativa los deberes y derechos respecto de los hijos, cualquiera sea el régimen de cuidado o visitas. Es cierto que en el trabajo de la Comisión de Constitución del Senado se morigeró esta conexión entre corresponsabilidad y cuidado compartido (en particular mediante el texto aprobado para el inciso 1.º del art. 224 cc), pero la ausencia de una regulación sistemática para esta figura, sigue vinculando ambos conceptos”: M. TAPIA, “Actualidad legislativa. Comentarios a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley n.º 20.680)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, 480.

- 23 La doctrina chilena de forma unánime ha comprendido que el artículo precedente estableció como principio de derecho de la infancia la corresponsabilidad de los padres, pero no estableció una regla de asignación como las contenidas en el artículo 225 c. c. chil. Ver, a modo simplemente ejemplificativo: ACUÑA SAN MARTÍN, M., “El principio de la corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho*, Chile, Universidad Católica del Norte, año 20, n.º 2, 45-46; Historia de la Ley n.º 20.680, Biblioteca del Congreso Nacional, 2013, 12, disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4280/> y RODRÍGUEZ, S., “Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley n.º 20.680 de 2013”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 1, 2013, pp. 79-80.
- 24 Este tema es discutible por cuanto el sistema que mejor se adapta a una custodia conjunta es el cuidado personal compartido.

asignar el cuidado personal exclusivamente a uno de ellos²⁵. La referida reforma estableció que el cuidado personal, a falta de acuerdo y en la medida que se genere un procedimiento contencioso entre los padres, se asigna a uno de ellos, conforme al principio del interés superior del niño (art. 225.4.º c. c.), y el juez en la aplicación de dicho interés superior debe recurrir a los criterios establecidos en el artículo 225-2 *ibídem*. A pesar de que el sistema chileno asigna el cuidado personal conforme al interés superior del niño²⁶, debe velar por no establecer un sistema de deberes-facultades desnudos para el padre no custodio. Lo contrario supondría una violación al interés superior del niño²⁷. Así, la reforma extendió sustancialmente el contenido de la RDR, lo que lamentablemente no se ha visto reflejado en una extensión de los deberes-facultades del padre no custodio en la práctica de los tribunales²⁸.

-
- 25 La forma en que se regulan las facultades y deberes de los padres con relación a los hijos por la que se asigna el cuidado, la guarda o la custodia a uno de los padres, y se otorga a ambos facultades y deberes conjuntos e indistintos, no es desconocida en el derecho de la infancia. Así, este esquema de desarrollo de la relación paterno-filial se hace a raíz de la distinción entre responsabilidad parental, autoridad parental o patria potestad, que suele ser conjunta, y su relación con los derechos de cuidado, guarda o custodia. En los casos de asignación unilateral de este derecho a un padre, los derechos de guarda, cuidado y custodia se relacionan con la residencia. De este modo, por ejemplo, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de Ministros, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental –aunque para efectos del derecho internacional privado– define la responsabilidad parental y el derecho de custodia. El artículo 1 del Reglamento establece: “7) responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita [...] 9) derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”. Por tanto, el contenido esencial de la custodia estaría dado por la elección de la residencia habitual del menor. Reglamento disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-411-ES-F1-1.PDF>.
- 26 Son múltiples los trabajos que destacan la función integradora de este principio. Ver GREEVEN BOBADILLA, N., *Filiación, derechos humanos fundamentales y problemas actuales de su actual normativa*, Librotecnia, Santiago de Chile 2014, 64-76; LEPIN MOLINA, C., “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23, diciembre, 2014, 9-55; F. LATHROP GÓMEZ, “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 22, 2014, 197-229 e RAVETLLAT BALLESTÉ, I. y PINOCHET OLAVE, R., “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 3, 2015, 903-934.
- 27 En este sentido un régimen que asigne los derechos de filiación a un padre, conforme al principio del interés superior del niño, no necesariamente atiende dicho principio. Lo respetará en la medida que el padre no custodio pueda participar en la crianza y educación del hijo. De este modo, el niño contará con las habilidades parentales de ambos padres. En resumen, el excluir a uno de los padres es una transgresión al principio del interés superior del niño.
- 28 Por señalar solo unos ejemplos, es posible consultar las siguientes sentencias que otorgan al padre no custodio un régimen de relación directa y regular de un fin de semana por medio (desde las 20:00 horas del día viernes al domingo a las 20:00 horas, pernodiando en el hogar materno la noche del viernes al sábado), como sucede en los fallos de la CS de 3 de mayo de 2010, de 18

La forma de hacer al padre no custodio partícipe en la crianza y educación de los hijos se logra estableciendo deberes y facultades amplios para el padre no custodio, como efectivamente preceptúan los artículos 224 y 229 c. c. Así, el artículo 224 c. c. establece este sistema de cuidado conjunto, a través del principio de la corresponsabilidad, en los siguientes términos: “[T]oca 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”. A ello se suma el artículo 229 c. c. que establece un contenido de la RDR acorde con el nuevo sistema.

El ordenamiento jurídico chileno ha optado por un sistema de custodia conjunta como regla general de atribución judicial frente al conflicto de los padres, aun cuando otorgue la custodia personal a uno de ellos. Así, en dicho ordenamiento jurídico el cuidado personal compartido –en que la residencia es indistinta, alternada o conjunta– es un tipo de cuidado personal –que se ha entendido por aplicación del artículo 225 c. c. solo puede ser de común acuerdo– y es un tipo específico de cuidado personal, del que podríamos denominar como custodia conjunta.

Sin perjuicio de lo anterior, atenta contra esta interpretación el que la referida reforma no haya establecido de forma específica deberes-facultades conjuntos, ni deberes-facultades para el padre no custodio, salva la RDR²⁹. Por tanto será la doctrina la llamada a concebir el contenido del sistema de custodia conjunta a través de las denominadas cláusulas generales. Así, la reforma ha dejado en manos de la doctrina civil y especialmente de la jurisprudencia la determinación de los deberes y facultades precedentes. El presente trabajo hace el esfuerzo de desarrollar en el derecho de la infancia chileno, que establece asignaciones unilaterales de custodia o guarda a favor de uno de los padres, los referidos deberes y facultades conjuntos y propios del padre no custodio.

A continuación se desarrollaran, en atención a las experiencias del derecho comparado, una serie de deberes-facultades conjuntos y propios del padre no custodio, que permiten que exista un sistema de custodia conjunta, independientemente de que se asigne el cuidado personal o la guarda de forma indistinta³⁰.

Para que el principio de corresponsabilidad parental efectivamente se traduzca en un principio de igualdad entre los padres, y que sea una real aplicación

de noviembre de 2010, de 2 de mayo de 2011 y en la sentencia de la CA de Concepción de 14 de mayo de 2014 (Causa n.º 79/2014. Resolución n.º 77945).

29 Tápia reconoce este problema: ver TAPIA, M., “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley n.º 20.680)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago de Chile, 2013, 15.

30 Así, es posible sostener que en el derecho chileno habría una diferencia sutil entre cuidado y custodia, siendo la custodia el régimen general de facultades y derechos de filiación y el cuidado, los aspectos de la filiación vinculados fundamentalmente a lo cotidiano.

del interés superior, se debe determinar cuáles son los deberes y facultades exclusivos del padre no custodio. Las deberes y facultades del padre custodio se centran en el cuidado personal; en cambio los deberes y facultades del padre no custodio, conforme a la corresponsabilidad, serán los siguientes: a) de vigilancia supervisión o control; b) de colaboración, asistencia y cooperación; c) de crianza y educación exclusiva, y (d) de RDR³¹.

Sin perjuicio de lo anterior, también cabe sostener que existen deberes-facultades conjuntos, como los de criar y educar al menor. Estos deberes y facultades serán analizados a continuación de forma somera, para centrar el trabajo en los deberes y facultades del padre no custodio.

II. Los deberes y facultades conjuntos

El nuevo artículo 224 c. c. chil. es claro cuando establece como deberes-facultades de los padres, con independencia de que estén separados, la crianza y la educación, que además han de ser ejercidos, por imperativo legal, mediante una participación activa, equitativa y permanente de ambos padres. El código civil, aun antes de la reforma de 2013, entendía que los deberes-facultades de alimentos y corrección son conjuntos, como se desprende de los artículos 230.1.º y 234.1.º c. c., respectivamente (ambas normas se refieren a “los padres”, es decir, a ambos padres). Como es natural, este es un aspecto importante porque los alimentos tienen entre otros objetos proveer de lo necesario para la educación. Y, a este respecto, no es posible entender que el padre no custodio solo se hace cargo de los aspectos patrimoniales de la educación y no de los extrapatrimoniales, como por lo demás aclara la regulación del deber de corrección que es necesariamente conjunto y que evidencia que la educación tiene un ámbito conjunto. Por otra parte, existen argumentos fuertes para considerar que el deber-facultad de crianza y educación es de la esencia de la filiación, y que corresponde necesariamente a ambos padres. Ambos deberes –alimentos y educación– son materia de *ius cogens* y, en consecuencia, no son disponibles para los padres³². En

31 Esta última, como el cuidado personal del padre custodio, no se desarrolla en el presente trabajo.

32 Por otra parte, la relación entre custodia compartida y alimentos ha generado problemas en la aplicación del derecho. Considerando que bajo la denominación de custodia *compartida* se encuentran diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores –fundamentalmente residencia partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta– que suponen un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas que en relación con su cuidado diario cada uno se obligue a asumir, es posible que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos. G. DELGADO DEL RÍO, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Pamplona, Thomson Reuters, 2010, 184-185. Las palabras de Delgado a este respecto son elocuentes cuando señalan: “[L]a actitud de los padres, su grado de compromiso, su bagaje ético, su ejemplaridad (representación) son clave en la labor educativa y en el crecimiento equilibrado de los hijos, tanto en la situación de ruptura de la convivencia

todo caso, la reforma viene a zanjar definitivamente esta discusión a favor de un deber-facultad de crianza y educación conjunto³³. A continuación se analizarán la crianza y la educación como deberes-facultades conjuntos.

A. El deber-facultad de crianza

Entre nosotros el deber-facultad de criar a los hijos es conjunto, como se desprende del texto expreso del artículo 224 c. c. chil. Su significación como palabra está fijado por su uso natural, que nos lo da tanto su uso corriente como lo señalado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE). En realidad la RAE vincula la crianza a la primera etapa de la vida del niño³⁴, por lo que habría que optar más bien por el uso corriente de dicha palabra. Y la palabra criar, al excluir la educación, por ser ambas deberes-facultades diferentes, puede entenderse más bien como un deber de protección y asistencia conjunto de los padres con relación a sus hijos, independiente de su categoría de custodio o no custodio. Esta acepción de criar es compatible con la definición de la RAE por cuanto el deber de criar será más intenso en las edades tempranas del niño. Este deber de criar a los hijos se asemeja al deber de velar por los hijos consagrado en el artículo 154.2.º, n.º 1 c. c. esp. La semejanza es interesante por cuanto el deber de velar, en dicho ordenamiento jurídico, es el deber fundamental de los padres con relación a los hijos; y, naturalmente, se mantiene aun en los casos de asignación de guarda exclusiva a uno de los padres³⁵, en los mismos términos en que se establece en el artículo 224 c. c. chil. De este modo, la doctrina española ha recalado que este deber de velar sería una síntesis de todos los deberes, y es un deber genérico en la patria potestad³⁶, es decir, operaría necesariamente en casos de custodia uni-

como en la de normalidad de la pareja”. Para el autor, todo lo demás es de tono menor y no merece la intensa atención que se le da por los Tribunales”: *ibíd.*, 53.

- 33 Esta posición es una aplicación de la dogmática civil comparada que entiende que en los derechos de filiación necesariamente hay aspectos que son conjuntos, como sucede en el derecho español con la titularidad de la patria potestad u ocurría, antes de las respectivas reformas, en los derechos italiano y francés.
- 34 El Diccionario de la RAE define crianza conforme a las siguientes acepciones: “1. f. Acción y efecto de criar, especialmente las madres o nodrizas mientras dura la lactancia. 2. f. Época de la lactancia. 3. f. Proceso de elaboración de los vinos. 4. f. Urbanidad, atención, cortesía. Buena, mala crianza. 5. f. Chile. Conjunto de animales nacidos en una hacienda y destinados a ella. 6. f. desuso Criamiento”. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=BFxV7jl>
- 35 La referida norma establece que la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: “[V]elar por ellos”. Esta expresión, para L. Díez-Picazo, es afortunada, ya que etimológicamente significa compartir el pan, o sea una comunidad de vida. La violación de la obligación de tenerlos en su compañía es constitutiva de abandono. Díez-Picazo, L. y PONCE DE LEÓN, “La reforma del Código Civil en materia de Patria Potestad”, *La reforma del derecho de familia, matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad, Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia*, Imprenta Sevilla, 1982, 291-315.
- 36 RUBIO SAN ROMÁN, J. I., “Título VII De las Relaciones Paterno-Filiales, Capítulo I, Disposiciones Generales”, en J. RAMS ALBESA (COORD.), MORENO FLORES, R. M., (COORDINADORA ADJUNTA),

lateral. En este sentido García señala que, “[m]ás que una concreta función de la patria potestad [se refiere al deber de velar] es como la medida y hasta la actitud que debe informar el cumplimiento de los demás deberes”³⁷. Precizando un poco más este deber-facultad, el referido autor entiende que comprendería los otros deberes-facultades exclusivos del padre no custodio, como los de vigilancia y comunicación; pero este no sería su único contenido, desde que, aunque dichos deberes cesaran, el deber de velar se mantendría³⁸. Por lo que cabe concluir que este deber se caracteriza por aspectos propios –distintos de los inherentes a otros deberes– y que comprende un deber de protección respecto de los hijos y de asistencia respecto de ellos³⁹ y eventualmente exclusivos del padre no custodio⁴⁰. Por tanto, el deber de crianza conjunto puede servir como fundamento de los deberes y facultades exclusivos del padre no custodio, por cuanto lo contrario haría imposible dicha crianza conjunta. En otras palabras, una crianza conjunta, con cuidado personal exclusivo, exige el desarrollo de deberes y facultades exclusivos del padre no custodio.

El legislador chileno ha ido más lejos que el derecho español, y ha especificado aún más este deber como deber-facultad de criar. Así, naturalmente, criar es más que velar, por cuanto comprende un desarrollo de derechos de la infancia. Ello se desprende fundamentalmente del artículo 18.1.º y 2.º CDN, que evidencia la influencia de dicha normativa internacional en la reforma de 2013. Ese cuerpo normativo en su artículo 18.1.º y 2.º se refiere al deber de criar en los siguientes términos:

Artículo 18. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar *el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño*. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales *la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño*. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Comentarios al Código Civil, II, vol. 2.º, Libro Primero (Títulos V a XI), Barcelona, Bosch, 2000, 1480. No todos los autores están de acuerdo en esto. Incluso, para Romero-Girón el deber de velar es un deber independiente de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad: ver J. ROMERO-GIRÓN, “Patria potestad”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Academia Granadina del Notariado, 1986, 515.

37 I. GARCÍA PRESAS, *La patria potestad*, Madrid, Dikynson, 2013, 24.

38 Para García este deber se parecería a los alimentos. Ver García Presas, I., *La patria potestad*, Madrid, Dikynson, 2013, 24-25.

39 Este deber de asistencia, para ACUÑA, se desprendería del artículo 39.3.º CPE. Ver ACUÑA SAN MARTÍN, M., “Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio”, *Colección Monografías de Derecho Civil. 1. Persona y familia*, Dikynson, Madrid, 2015, 170-171. En el ámbito temporal este deber de asistencia se desprendería del artículo 39.3.º CPE.

40 La doctrina española no se ocupa del deber de asistencia, pero naturalmente, en la medida que el padre custodio no pueda ocuparse del menor, el padre no custodio tiene un deber de asistencia en beneficio del hijo.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños (resaltados nuestros).

Así, el deber de criar se desprende de la filiación, como se deriva de la referencia a “ambos padres” del inciso 1.º del artículo 18 CDN; pero la CDN va más lejos al reconocerlo también como un deber de los Estados, padres y representantes legales (art. 18 inc. 2.º CDN). En este aspecto el deber de criar se concretiza en un deber de garantizar y promover los derechos enunciados en la CDN. De este modo, la CDN se refiere explícitamente al deber de criar y lo vincula con el desarrollo de los derechos del niño, es decir, con los derechos reconocidos por la CDN y en el derecho interno.

El deber de criar es un deber de los padres, representantes legales de los niños y de las autoridades del Estado⁴¹, que impone la protección y desarrollo de los derechos que la propia convención consagra respecto de los hijos. Es más, es posible sostener que si los padres no pueden ejercer este deber por cualquier motivo, el deber es exigible al Estado (que podría hacerlo recaer en parientes del niño). El establecimiento de estas normas, contenidas en lo que se ha denominado como cláusulas generales, exige recurrir a los principios de la infancia como forma de interpretación e integración del derecho. Y, aparte del principio del interés superior del niño, los principios de igualdad de los padres y de intervención mínima del Estado son especialmente aplicables⁴². Así, el artículo 224 c. c. chil. –en concordancia con la normativa anterior– establecería un deber de criar, exigible a ambos padres, que de no cumplirse o hacerlo imperfectamente es exigible al Estado. En este sentido habría una clara responsabilidad internacional del Estado chileno en la medida que la legislación o los tribunales no respeten este deber-facultad de los padres. También el incumplimiento de este deber por parte de los padres eventualmente podría generar responsabilidad civil en la medida que se genere daño⁴³.

41 Así se desprende del artículo 3.2.º CDN por el cual “[l]os Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

42 En Chile se ha comenzado a reconocer este derecho por la doctrina. Ver PINOCHET OLAVE, R. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIV, 1.º semestre de 2015, 69-96 y R. BARCIA LEHMANN, *Fundamentos del derecho de familia e infancia*, Thomon, Santiago de Chile, 2011, 26-27 y 392-393.

43 GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Madrid, Dikynson, 2013, 26-27.

B. El deber-facultad de educación

El artículo 5 CDN consagra en forma clara este deber-facultad de los padres, estableciendo que los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o de la comunidad, según establezca la costumbre local. Además, agrega que dicha autoridad debe ser ejercida en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. En igual sentido, el artículo 29 CDN dispone que la educación del niño debe buscar el pleno desarrollo de su personalidad⁴⁴. En la lógica de la CDN, el referido artículo 29 obliga a llenar de contenido este deber-facultad de educación, a cargo de ambos padres conforme a lo preceptuado en los siguientes artículos de la Convención: 19.1.º (no abuso de los menores cuando estén bajo la custodia de los padres), 20.3.º (continuidad de la educación religiosa), 23.3.º (esparcimiento y desarrollo cultural y espiritual en la máxima medida posible), 24.2.º letra e) (derecho a una educación pertinente y a recibir apoyo en la aplicación de los conocimientos), 24.2.º, letra f) (educación y servicios en materia de planificación de la familia a los padres por parte del Estado), 28 (deber del Estado de reconocer el derecho de la educación del niño en una serie de aspectos concretos, entre los que cabe destacar la educación primaria y gratuita para todos, y el fomento de la enseñanza secundaria)⁴⁵, 32 (protección contra toda forma de explotación económica) y 40.4.º (programas de enseñanza y formación profesional para niños infractores)⁴⁶.

44 En igual sentido se puede consultar la Convención de la UNESCO sobre la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

45 Por parte de la doctrina norteamericana se ha señalado que tanto este artículo como el 19.1.º son de las principales fuentes de objeción para la aprobación de la CDN por parte de Estados Unidos, por cuanto se sostiene que el interés superior del niño podría convertirse en una herramienta para imponer una educación estatal a los padres (en el caso de la primera norma) e impedir la corrección de los padres hacia los hijos. En contra de esta posición se ha señalado que estos derechos buscan evitar el abuso del Estado. Ver, en este sentido, BLANCHFIELD, L., "The United Nations Convention on the Rights of the Child", *Congressional Research Service 7-5700*, www.crs.gov R40484, 1 de abril, 2013, 10-11, disponible en: <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40484.pdf>

46 La Convención se refiere a diversas materias vinculadas al principio de protección del menor, como la salud, el nivel de vida adecuado a su desarrollo, el esparcimiento y la cultura, la seguridad frente a retenciones y traslados ilícitos (art. 11), malos tratos (art. 19), abandonos (art. 20) y trabajos nocivos e ilegales (art. 32). En todo caso, la norma fundamental de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, con relación al interés superior del menor, es el artículo 3.2.º. En virtud de esta disposición se establece el compromiso de los Estados Partes de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas administrativas adecuadas.

En concreto este deber-facultad de los padres se traduce en el derecho a escoger el tipo de educación que recibirán sus hijos, como se desprende de los artículos 26.3.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14.2.º CDN⁴⁷.

El Diccionario de la RAE establece cinco acepciones de la palabra “educar”. Entre ellas están:

1. tr. Dirigir, encaminar, doctrinar.
2. tr. Desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc. Educar la inteligencia, la voluntad.
3. tr. Desarrollar las fuerzas físicas por medio del ejercicio, haciéndolas más aptas para su fin.
4. tr. Perfeccionar o afinar los sentidos. Educar el gusto, el oído.
5. tr. Enseñar los buenos usos de urbanidad y cortesía⁴⁸.

Las acepciones 1, 2 y 5 tienen que ver con el ámbito de la educación que deben proveer los padres. Naturalmente la educación comprende todos estos aspectos, pero como se verá, la acepción que más se aproxima a la filiación es la 2. Por ende, en el derecho chileno, en caso de que se otorgue el cuidado personal a uno de los padres, existe un deber-facultad de educar que corresponde a ambos padres (p. ej., si hay que elegir un colegio), un deber-facultad del padre custodio (los principales aspectos cotidianos de la educación) y un deber-facultad de educar que tiene el padre no custodio (los aspectos cotidianos complementarios de la educación, y de manera autónoma respecto de la educación que provee el padre custodio), como se analizará más adelante.

Este deber-facultad ha sido reconocido vía jurisprudencial en la interpretación de regulaciones que se referían de forma más bien general al derecho de los padres a educar a sus hijos, y de forma concreta en nuevas regulaciones.

En España, país en el cual los tribunales pueden optar por otorgar la custodia a uno de los padres, también se distingue entre estos ámbitos del deber-facultad de educar. Así ocurrió en el código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, promulgado por la Ley 25/2010, de 29 de julio. Los artículos 236-11 y 236-17 del referido código establecen que, en el caso excepcional en que corresponda la potestad parental a uno de los padres, el consentimiento del padre no

47 La primera de estas normas preceptúa: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”, y la segunda agrega: “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”. En el ámbito europeo, *The European Convention recognizes in Protocol 1 (2)* establece: “*The State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions*”.

48 Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=EOHRLk5>

custodio es requerido para decidir el tipo de enseñanza de los hijos⁴⁹; por tanto, de ello se desprende que los aspectos relevantes relacionados con el tipo de enseñanza deben ejercerse de forma conjunta por ambos padres, independientemente de que estén separados y a uno le corresponda el cuidado personal⁵⁰. A igual conclusión se ha llegado respecto del derecho español. En este sentido la educación se plantea como un deber-facultad de “educar y proporcionar a los hijos una formación integral”⁵¹. Sin perjuicio de lo cual el deber-facultad de educar de los padres está planteado a nivel constitucional en el artículo 27.3.º CP esp., como un deber de los padres de proveer a su educación y formación, incluida la religiosa⁵².

A pesar de la reforma, en un reciente informe respecto del desarrollo del ambiente familiar, Naciones Unidas ha criticado, respecto de Chile, la falta de participación de ambos padres en la educación de los hijos, y ha calificado la situación actual como insuficiente (ver n.º 52 y 53 (a) del Informe⁵³).

49 Las referidas normas son del siguiente tenor: “Artículo 236-11. *Ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores*: [...] 6. El progenitor que ejerce la potestad parental, salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza de los hijos, para cambiar su domicilio si eso los aparta de su entorno habitual y para realizar actos de administración extraordinaria de sus bienes. Se entiende que el consentimiento se ha conferido tácitamente si ha vencido el plazo de treinta días desde la notificación, debidamente acreditada, que se haya efectuado para su obtención y el progenitor que no ejerce la potestad no ha planteado el desacuerdo según lo establecido por el artículo 236-13”.

“Artículo 236-17. *Relaciones entre padres e hijos*: 1. Los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral. Los progenitores tienen también el deber de administrar el patrimonio de los hijos y de representarlos”. Disponible en: <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/ccc/es/L25-2010.htm#T03Co6>

50 A pesar de que este deber-facultad se encontraba en el código civil español de 1888, no era comprendido como conjunto, sino que correspondía al padre y, en su defecto, a la madre (ex art. 155.1.º c. c. esp.). La reforma al código civil español de 1981 estableció este deber-facultad como conjunto. En este sentido se puede consultar el artículo 154.3.º, n.º 1 c. c. esp., que establece: “Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”. Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T7.htm>

51 A este respecto, Gete-Alonso y Solé Resina señalan: “Los padres tienen el deber de educar a sus hijos para procurarles el pleno desarrollo de su personalidad”: GETE-ALONSO, M. y CALERA, J. SOLÉ RESINA, *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 133.

52 El artículo 27 CP esp. establece la libertad de enseñanza y el derecho a la educación en los siguientes términos: “3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

53 De esta forma, el Comité de Derecho del Niño señaló respecto de Chile: “52. *The Committee welcomes the measures taken by the State party to promote parental skills, but is concerned about the limited participation of fathers in the upbringing of their children. The Committee is also concerned about the insufficient support to working mothers, in particular women heads of households, in fulfilling their parental responsibilities.*

“53. *The Committee recommends that the State party:*

III. Deberes y facultades del padre no custodio

La forma de hacer efectiva la crianza y educación conjunta, en el derecho chileno, es a través del establecimiento de deberes y facultades para el padre no custodio. Esta es la única forma de hacer que ambos padres participen de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos (art. 224 c. c.)⁵⁴; y esta también es la necesaria conclusión de la adopción de un sistema judicial de asignación unilateral de cuidado personal. De este modo, no es posible que el padre custodio tenga todas las facultades y derechos con relación al hijo, y que el padre no custodio tenga indefinido el contenido de sus facultades y derechos.

A continuación se plantean y desarrollan estos deberes-facultades propios del padre no custodio.

A. Deber-facultad de vigilancia, supervisión o control

Este deber supone el derecho del padre no custodio a ser informado de todos los aspectos relevantes de la vida del niño, como salud, escolaridad y actividades, e incluso de intervenir y guiar aspectos de su desarrollo personal⁵⁵. En el primer

.....
 “(a) Ensure that mothers and fathers equally share their parental responsibilities by promoting an active fatherhood approach;

“(b) Review and adapt labour policies and regulations to promote a better balance between professional and private life by legally determining a stipulated number of working hours and annual leave, to safeguard personal time;

“(c) Take the necessary measures to guarantee that support services are available outside working hours and expand access to public programs and services for all families.

“(d) Ensure that children can have contact with their parents while in care, unless it is not in their best interests;

“(e) Ensure periodic review of the placement of children in foster care and institutions, and monitor the quality of care therein, including by providing accessible and child-friendly channels for reporting, monitoring and remedying maltreatment of children;

“(f) Take the necessary measures to prevent violence against children in foster care and institutions and stop its re-occurrence;

“(g) Ensure that adequate human, technical and financial resources are allocated to alternative care centres and relevant child protection services, in order to facilitate the rehabilitation and social reintegration of children resident therein to the greatest extent possible;

“(h) Take into account the Guidelines for the Alternative Care of Children annexed to the United Nations General Assembly resolution 64/142 of 20 December 2009”: Committee on the Rights of the Child Concluding observations on the fourth periodic report of Chile de Naciones Unidas, Advance Unedited Version Distr.: General 2 October 2015, Original: English, CRC/C/CHL/co/4-5, 11, disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC-OP-AC/Shared%20Documents/MDG/CRC_C_OPAC_MDG_CO_I_21928_E.docx

54 El sistema de facultades y derechos de filiación debe cumplir con la exigencia perentoria del artículo 224 c. c., por la cual “ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

55 Esta es una facultad-deber de larga data en España que ya se contemplaba en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, en su artículo 20.2.º, en los siguientes términos: “El que no los tenga

aspecto, como se verá, es especialmente relevante que el padre no custodio sea informado de los aspectos cotidianos de la crianza y educación del hijo.

En Francia, en el caso de los hijos matrimoniales, el padre no guardador tenía a su favor un régimen de visitas y vigilancia (ex arts. 372-2, 373-2 y 288 *Code civil*)⁵⁶. El derecho de vigilancia del padre no custodio se estableció en los ex artículos 288 del *Code*, que comprendía un derecho a la información respecto de los aspectos relevantes de la vida de los niños⁵⁷. A ello se sumaba un deber de mantener informado al padre no custodio respecto de las cuestiones importantes. En Alemania también se establecía este derecho. Así, por aplicación del ex § 1634.3.º *BGB* (que otorgaba esta facultad en la medida que ello correspondiera a un interés legítimo y fuera conforme al bienestar del niño)⁵⁸, el padre no custodio tenía derecho a pedir informes sobre la situación del menor, siempre que ello tuviese como fundamento un interés legítimo y fuese compatible con el bienestar del hijo. En Italia este derecho se reconocería en los ex artículos 6, párrafo 2.º de la Ley de divorcio, de 1 de diciembre de 1970, y 155.3.º del *codice civile*.

En España, puesto que se mantiene un régimen de facultades y derechos de filiación indistinto, aunque gran parte de la doctrina entiende que se trata de un sistema de corresponsabilidad conjunto, se establece expresamente esta facultad-derecho para el padre no custodio⁵⁹. En este país este deber-facultad se manifiesta de forma más amplia, como deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, es decir, relaciona este deber derechamente con el deber de comunicación o lo que nosotros denominamos RDR. Los artículos 154 y 92.1.º c. esp. consagran este deber-facultad. Además, este deber en España comprende la facultad del padre no custodio para proteger al menor, si la situación lo amerita. Zannoni indica que esta facultad-deber comprende la no desvinculación del

en su poder conserva el derecho de comunicarse con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el Juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos". Ver L. ZANÓN MASDEU, *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch, 1996, 73.

- 56 Este deber-facultad, además, tiene consagración jurisprudencial desde la famosa sentencia del Tribunal de París de 23 de octubre de 1971, que incluye dentro de lo que denomina como derecho de vigilancia un control regular de la conducta, evolución intelectual y escolaridad de sus hijos. Y este deber no es solo oponible al padre custodio, sino también al director del establecimiento educacional.
- 57 El artículo 288 fue reemplazado por el artículo 373-2-1 (Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002). En consideración a dicha norma, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, se podría otorgar la autoridad parental a favor de uno de los padres. En esta situación se mantendrá el deber-facultad de vigilancia respecto del padre no custodio.
- 58 De esta forma, la referida norma (hoy derogada) señalaba: "El padre al que no le corresponde el cuidado personal del hijo podrá, en caso de un interés justificado por su parte, exigir información al otro padre acerca de la situación personal del hijo, siempre que ello resulte acorde con el bienestar de éste. Las disputas referentes al derecho a la información serán resueltas por el Tribunal Tutelar". Disponible en: <https://dejure.org/gesetze/BGB/1634-1637.html>
- 59 Para Cruz, el deber de vigilancia se desprende directamente del artículo 39-3 CE esp. CRUZ GALLARDO, B., *Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid, La Ley, 2012, 262.

padre no custodio de las tareas de orientación y formación del hijo⁶⁰. Así, por lo demás, lo establece, como destaca CASTILLO, la SAP de Navarra, de 22 de abril de 1992, por la cual “el juez puede determinar con cuál de los cónyuges quedarán los hijos sometidos a la patria potestad de ambos, señalando ‘en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el *deber de velar por estos* y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar[se] con ellos y tenerlos en su compañía’” (cursiva nuestra)⁶¹. El código civil de Cataluña se refiere expresamente a este deber-facultad señalando:

Artículo 236-12. Deber de información.

1. Si el ejercicio de la potestad parental ha sido atribuido a uno de los progenitores o distribuido entre ambos, el progenitor que esté ejerciéndola debe informar al otro inmediatamente de los hechos relevantes que se produzcan en el cuidado del hijo y en la administración de su patrimonio y, con carácter ordinario, al menos cada tres meses.
2. El progenitor con quien vive el hijo tiene el mismo deber de información a que se refiere el apartado 1 con relación a los hechos acaecidos mientras se hace efectivo el régimen establecido de relaciones personales.

También se han separado los deberes de información y de vigilancia, aunque parece que es mejor entender que el deber de información es funcional a los deberes de vigilancia y colaboración⁶². En todo caso, respecto a la relación entre estas facultades, mientras más pequeño sea el niño, más importante es el deber de información⁶³.

En Argentina, antes de la promulgación del ccyc, la titularidad de la patria potestad correspondía a ambos padres, aun cuando estuvieren separados, y la tenencia se asignaba a uno de ellos (ex art. 264.2.º y 5.º c. c.). Al otro progenitor le correspondía un derecho de comunicación con el niño o adolescente, que comprendía también un derecho de supervisión (ex art. 264.2.º c. c.). Este derecho

60 BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. *Manual de derecho de familia*, 3.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, 714.

61 C. CASTILLO MARTÍNEZ, *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2.ª ed., La Ley, 2010.

62 Cruz separa estos deberes, señalando que para desarrollar la función de vigilancia y control es imprescindible que el padre no custodio esté informado. CRUZ GALLARDO, B., *Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid, La Ley, 2012, 262.

63 *Ibíd.*, 271.

en el ordenamiento jurídico argentino se presentaba como un derecho del padre no custodio privado de la RDR⁶⁴.

En el derecho chileno no se consagra esta facultad-deber de forma explícita, pero dado lo analizado es posible sostener que su consagración, vía jurisprudencial, es la única forma de cumplir con las exigencias de los artículos 224 y 229.3.º c. c.⁶⁵. De esta forma, solo se logrará que ambos padres “participen en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”, y se “fomentará una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo”, en la medida que el padre no custodio pueda tener un deber de vigilancia, supervisión o control muy concreto y delimitado por el juez o por el acuerdo celebrado entre los padre. El ejercicio de este derecho tiene un aspecto ordinario que debe estar necesariamente regulado en una sentencia o acuerdo, que podría contemplar un correo semanal de parte del padre custodio contándole sobre los aspectos relevantes del hijo, y otro extraordinario, que consiste en el deber de informar del padre custodio respecto de aspectos relevantes de la vida del menor, enfermedades, peleas en el colegio, etc. El ejercicio de este deber exige el no entorpecimiento por parte del padre no custodio de las labores del padre custodio. Así, este deber no debe entorpecer el ejercicio del cuidado personal en sus aspectos cotidianos principales⁶⁶.

B. Deber-facultad de colaboración, asistencia y cooperación

Este supuesto contempla desde los consejos y ayuda anímica que el niño requiera, hasta su cuidado personal, en casos excepcionales en que la ayuda del padre no guardador sea requerida, tales como enfermedad o imposibilidad transitoria de cuidado del hijo. Esta es una facultad-deber que se desprende de la autoridad parental y del principio de la corresponsabilidad parental.

La colaboración tiene dos acepciones. La primera es impositiva y es impuesta por el juez en la sentencia, es decir, se da en un contexto de conflicto entre los padres; la segunda es la que se produce de común acuerdo. Esta última situación es regulada por los padres formal o informalmente. También se ha entendido, por alguna doctrina y jurisprudencia española, que la colaboración es un requisito indispensable para conceder un cuidado compartido con residencia alterna-

64 Ver CATALDI, M. *La noción de coparentalidad y el derecho de los hijos a vivir en familia*, 2015, 3, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/La-noci%C3%B3n-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-Myriam-M.-Cataldi.pdf> y ZANNONI, E. *Derecho de familia*, t. 2, 3.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, 173-175.

65 Esta última norma establece: “Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades...”.

66 LATHROP GÓMEZ, F. *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley, 2008, 216.

da⁶⁷, aunque el tema es discutible por cuanto en dicho ordenamiento jurídico se acepta el cuidado personal compartido con oposición del otro padre.

En el derecho español se reconoce este deber-facultad como una consecuencia de la patria potestad que es por regla general conjunta, aun en los casos de separación⁶⁸. El deber-facultad de cooperación es fundamental para desarrollar el derecho a la educación de los hijos, por cuanto un acuerdo de mínimos, como podría ser la elección del colegio, lleva a que los padres se involucren en la educación de los hijos, lo que es inmensamente influyente en su desarrollo⁶⁹.

67 Para establecer la custodia compartida alterna, el Tribunal Supremo español ha resuelto que deberán darse determinadas condiciones que permitan el desenvolvimiento del modelo de la guarda conjunta. Cabe señalar, entre otros: la capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad; la capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común; la baja conflictividad entre los padres; la relación previa existente entre los padres con sus hijos; la proximidad de los domicilios de los padres; la disponibilidad de los padres para mantener trato directo con sus hijos en el periodo alterno que les pudiera corresponder; contar con medios materiales suficientes; la edad de los hijos; la voluntad de los menores, y el resultado de los informes exigidos por la ley. Todo ello, sin perjuicio de los requisitos legales para establecer la custodia compartida. PICONTO NOVALES, T. “Ruptura familiar y coparentalidad: un análisis comparado”, en ALMEDA SAMARANCH, E. et al., *La custodia compartida a debate*, Madrid, Dykinson, 2012, 67. En igual sentido se puede consultar la SAP Córdoba de 24 de abril de 2006 (JUR 2006/230967) que, junto con otras condiciones que se exigen para que pueda hacerse efectivo el régimen de custodia compartida, exige una buena comunicación y cooperación entre los padres. Esta tendencia choca con la regulación italiana y francesa que exigen al juez y a los padres establecer sistemas de custodia conjunta. La relación entre los padres al momento de recurrir al juez obviamente no será buena, por lo que esta posición hace imposible el cuidado compartido. Y precisamente por ello ha sido corregida por la jurisprudencia española. Así, la sentencia de 16 de octubre de 2014, que resolvió el recurso de casación n.º 686/2013, declara como factor que hace procedente la custodia compartida una buena relación entre los progenitores, teniéndose como parámetro que la tensión que pueda existir no sea superior a la propia de una situación de crisis conyugal; además de una favorable disposición de los menores, aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y que se abstengan de predisponer negativamente a los hijos. ARROYO FIESTAS, F.; BAENA RUIZ, E. y SEIJAS QUINTANA, J. “Recopilación de doctrina jurisprudencial de la sala primera en materia de derecho de familia año 2014. Custodia, traslado de menores y desamparo”, en Asociación Española de Abogados de Familia, *Nuevos impulsos para el derecho de familia. Ponencias del XXII Encuentro de la AEAFA*, Madrid, Jurídica Sepín, 2015, 117. De este modo, el acuerdo a este respecto se deja de lado, y se pone el acento en el bienestar del niño, que en este supuesto se manifiesta en su voluntad, en que los padres separadamente velen por su bienestar y en que las situaciones de eventuales conflictos tengan mecanismos de solución.

68 DELGADO entiende que podría establecerse que el ejercicio compartido de la patria potestad supone que los padres vienen obligados a comunicarse todas las decisiones que, con respecto a los hijos comunes, adopten, así como todo aquello que, conforme al interés preferente de los hijos, deben conocer padre y madre. Al respecto cita varias sentencias (SAP Sevilla, s. 26.01.2006, SP/AUTRJ/93539; SAP Las Palmas, s. 10.03.2006, SP/AUTRJ/93538; SAP Málaga, s. 24.01.2006 y SAP Castellón, s. 23.10.2006, entre otras). DELGADO DEL RÍO, G., *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Pamplona, Thomson Reuters, 2010, 233.

69 A este respecto es bastante clara la opinión de Unal que señala: “[R]ather, partnership activities may be designed to engage, guide, and motivate students to produce their own success [1]. According to Epstein, if children feel cared for and are encouraged to work hard in their role as students, they are more likely to do their best academically and to remain in school. When schools collaborate with parents to help their children learn and the parents are involved in school activities and decision making, children achieve

C. Facultad-deber de crianza y educación del padre no custodio

La doctrina comparada discute si la educación, que les deben dar los padres a los hijos, es un deber-facultad de los padres o de los hijos. Así, se señala que este deber-facultad es una consecuencia de la representación legal de los padres; pero esta posición no parece convincente puesto que precisamente los derechos de la personalidad no admiten representación⁷⁰. Para otro sector de la doctrina se trata de un deber-facultad de los padres con relación a los hijos, que se identifica con la libertad de ideología y religiosa⁷¹, y para otros se desprende precisamente de la filiación⁷². Independientemente de estas posiciones, en los últimos años la doctrina se ha decantado a favor de entender que es una facultad-deber que se puede analizar tanto desde el punto de vista de los padres como de los hijos.

Por otra parte, la libertad religiosa naturalmente forma parte de este deber. La libertad religiosa está recogida en el artículo 14.1.º CDN. La libertad religiosa está íntimamente ligada con el estado o madurez del niño o adolescente, o sea, con su capacidad extrapatrimonial⁷³.

.....

higher academic levels [2]. Although the cooperation of parents with the school is generally described as parental involvement, in various researches the terms home-school relationships, home-school collaboration, family-school involvement, and home-school partnerships are used as well [3-5].

*“Parental involvement is a significant factor that influences student achievement and the educational process as a whole for a child [6]. Research shows that parental involvement in the school results in an increase in the students’ success, a decrease in the number of drop-outs, the development of student motivation and behaviors, improved student attitudes toward school, improved communication between home and school, and improved teacher, student, and parent relationships [7-13]”: UNAL, A. “Perception of principals and education supervisors regarding parental involvement”, *Energy Education Science and Technology Part B: Social and Educational Studies*, 4(3), 2012, 1455.*

- 70 Ver, a favor de la representación legal de los derechos fundamentales de la infancia por parte de los padres, J. A. VARAS BRAUN, “Decisiones vitales y representación parental: fundamento y límites”, *Estudios Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot, 2009, 337-356 y VIVANCO MARTÍNEZ, A., “Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la jueza de Familia de Valdivia. Sentencia de la I Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 2, 2009, 399-440; y en contra, BARCIA LEHMANN, R., “Principios en los que se inspiran el derecho de familia –en especial del matrimonio y de la infancia”, *Nos ad justitiam esse natos, Libro de Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el Centenario de su fundación (1911-2011)*, LUIS GUZMÁN (dir.), 2011, 21-40.
- 71 LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., “El derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos: la llamada enseñanza de la religión”, D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de libertad de conciencia*, t. II, Madrid, Thomson Civitas, 102.
- 72 ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Tecnos, 2006, 79.
- 73 BARCIA LEHMANN, R. “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”, *Ius et Praxis*, 2013, vol. 19, n.º 2, 3-52, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-00122013000200002&lng=es&nrm=iso - <http://dx.doi.org/10.4067/So718-00122013000200002>. En contra, J. A. VARAS BRAUN, “Decisiones vitales y representación parental: fundamento y límites”, *Estudios Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot, 2009, 337-356.

En razón de lo anterior, la facultad-deber de criar y educar del padre no custodio se puede analizar desde dos perspectivas. Una con relación al padre custodio y la otra con relación al propio hijo. Este último supuesto no se va abordar por cuanto tiene que ver con la forma de entender el principio del interés superior, con respecto a la autonomía progresiva de los niños, y sobre todo de los adolescentes, y las preferencias que tienen ambos padres en relación con la crianza y la educación de sus hijos. Por ello solo se abordará este deber-facultad en lo que concierne a los padres (custodio y no custodio). El análisis de dicho deber-facultad con relación al padre custodio obliga a referirse al ámbito de lo cotidiano de la crianza y educación de los hijos. Por lo menos a partir de la reforma chilena de 2013.

Los artículos 224 y 225.4.º c. c. chil., que son aplicables al padre no custodio, lo excluyen del cuidado personal, pero no especifican el ámbito del cuidado personal con relación a lo cotidiano. En consideración a la primera de las normas precedentes, pareciera ser que hay aspectos de la crianza y educación que corresponden al padre no custodio. Así, en el derecho chileno el padre custodio no tiene un derecho exclusivo respecto de los aspectos cotidianos correspondientes a la educación de los hijos⁷⁴. Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda de que el padre custodio tiene un rol preponderante respecto de los aspectos cotidianos de la crianza y educación del hijo; pero el principio de la corresponsabilidad hace que aspectos de lo cotidiano, en torno a la crianza y educación, sean compartidos⁷⁵. En el derecho comparado estos deberes-facultades se suelen especificar,

74 A este respecto es interesante traer a colación lo que se señala en el mensaje del anteproyecto de ley estatal español en actual tramitación sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio: “[E]n cuanto al concepto de visitas, es claro que este término se queda corto y obsoleto para las pretensiones de la reforma, *que persigue subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor*”: disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411-095335?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley_-_Custodia_Compartida_CM_19-7-13.pdf&blobheadervalue2=1288781716675,10.

75 Los colegios, en este sentido, tienen un deber de fomentar la participación de ambos padres en los procesos de formación de los menores, desde que se ha podido acreditar que ello es beneficioso para los niños. Así, nos encontramos con una aplicación del principio del interés superior en sede protectoral y de desarrollo de derechos. UNAL, a este respecto, señala varias formas de participación de los padres, estén o no separados, participación que debe ser fomentada por los colegios: “[F]or example, Hoover-Dempsey and Sandler [14] define parent involvement activities under two categories: home-based activities and school-based activities. With regard to parental involvement most researchers would agree with the typology suggested by Epstein [1], according to which parental involvement has six dimensions: (1) parenting practices at home, (2) communication between school and home, (3) volunteering in the school, (4) the parents’ participation in student learning at home, (5) decision making, and (6) collaborating with the community. In this model that introduces six dimensions of parental involvement, Epstein focuses on the role of the school in parental involvement. In addition, Eccles and Harold [16] developed a five-dimension parent-initiated involvement model, whereas Grolnick and Slowiaczek [17] developed the three dimensions of parents’ school involvement model.

como lo hace el artículo 236-11.º del código civil de Cataluña. La norma precedente establece que el padre, que tiene la potestad parental, requiere del consentimiento expreso o tácito del otro cónyuge para decidir, entre otras cosas, sobre el tipo de enseñanza del menor⁷⁶. En este deber de resguardo en la participación de los padres no solo tiene influencia la regulación del cuidado personal y la RDR, por medio de acuerdos o sentencias judiciales, sino que también será de vital importancia la forma en que se aplican estas normas por la administración de los colegios, profesores y los propios tribunales (a través de recursos constitucionales). A este respecto Unal señala que los colegios tienen una fuerte incidencia en los procesos de cooperación y participación de los padres en la educación de sus hijos. En ello influye la posición que adopten los colegios, que tienen una labor importante en esta materia, sobre todo en el caso de padres con bajo nivel de ingreso⁷⁷.

“Despite the positive effects of parental involvement for children, some barriers exist in the parental involvement process. According to Baker [18] and Ramirez [19], the teacher himself/herself may prevent parental involvement. Lacey [20] indicates the principal as one of the barriers. According to him, although many principals view parental involvement as desirable and necessary for a successful school climate, many do not actively support substantive parental involvement programs”: UNAL, A., “Perception of principals and education supervisors regarding parental involvement”, *Energy Education Science and Technology Part B: Social and Educational Studies*, 2012, 1456.

76 La referida norma establece: “Ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores. [...] 6. El progenitor que ejerce la potestad parental, salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza de los hijos, para cambiar su domicilio si eso los aparta de su entorno habitual y para realizar actos de administración extraordinaria de sus bienes. Se entiende que el consentimiento se ha conferido tácitamente si ha vencido el plazo de treinta días desde la notificación, debidamente acreditada, que se haya efectuado para su obtención y el progenitor que no ejerce la potestad no ha planteado el desacuerdo según lo establecido por el artículo 236-13”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>

77 Así, Unal señala: “[P]arents do not cooperate with the school at an adequate level although they attach importance to the contribution their involvement makes to the academic and psychological development of their children [23]. Studies have shown that the lack of parental involvement may stem from family characteristics such as low family income, the parents’ lack of education, single-parent homes, cultural barriers, and language barriers [9]. According to Eccles and Harold, the lower levels of parental involvement may also be tied into parents having had negative experiences with schools in the past”. La autora agrega como criterio de análisis cuantitativo en torno a las barreras que generan los propios colegios, respecto de las mejoras en materia de educación, la falta de promoción de la participación de los padres en los proyectos educacionales. Y en este sentido señala: “3. 1. 1. *Barriers caused by the school: [...] d. Encouraging parental involvement: Under this theme, the factors preventing parental involvement are that the principals and teachers do not organize any activities for the parents to visit the school, they do not encourage parental involvement, they do not welcome parents at the school, and they request money or talk about their children’s disciplinary problems when the parents visit the school. For example, one principal said, “Parents want to hear good things about their children. However, when they visit the school, the school management or teachers complain about their children. Therefore, parents with problematic children do not want to visit the school”*”: UNAL, “Perception of principals and education supervisors regarding parental involvement”, cit., 1456 y 1460. En igual sentido ver KOHL, G. O.; LENGUA, L. J. y MCMAHON, R. J., “Parent involvement in school conceptualizing multiple dimensions and their relations with family and demographic risk factors”, *J. Sch. Psychol.*, 38(6), 2000, 501-523, disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2847291/>

Para finalizar es posible señalar que la educación, referida a lo cotidiano, comprende un derecho principal del padre custodio y un derecho complementario y autónomo del padre no custodio. Complementario por cuanto el padre no custodio debe fomentar las directrices que tome el padre custodio, pero también el padre no custodio puede desarrollar aspectos valiosos que requieren un desarrollo cotidiano. Y en este último sentido es autónomo. Así, por ejemplo, el padre no custodio, a través de la corresponsabilidad y con el apoyo del padre custodio, podría promover un credo, una especial área de conocimiento o habilidades blandas, verbigracia, si el padre no custodio es scout, etc.⁷⁸.

Corolario

1. La reforma chilena de 2013 estableció un régimen de custodia conjunta, que en Chile se diferencia del cuidado personal compartido (que sería en principio un régimen excepcional). Este sistema de custodia conjunta se articuló de forma imperfecta por cuanto la Ley 20.680 no estableció claramente cuáles son los deberes y facultades conjuntos de los padres y los indistintos (propios del padre custodio y no custodio).

2. Sin perjuicio de lo anterior, el nuevo artículo 224 c. c. chil. estableció una cláusula general en virtud de la cual el juez, en los casos de cuidado personal unilateral, debe delimitar la relación entre el padre no custodio y su hijo conforme al principio de la corresponsabilidad.

3. La aplicación de la norma precedente –o el despliegue del principio de la corresponsabilidad parental– lleva a distinguir, aun en los casos de cuidado personal unilateral, entre deberes y facultades conjuntos del padre custodio y no custodio, por una parte, y deberes y facultades propios del padre no custodio, por la otra.

4. Los deberes y facultades conjuntos en los términos que plantea el artículo 224 c. c. chil. se concretizan en los aspectos de la crianza y educación de los hijos, que son inherentes a la filiación y son indisponibles. Así lo son la elección del colegio, la religión del hijo, la elección de un deporte que desarrollar en profundidad, etc. Naturalmente puede ser que los padres no estén de acuerdo a este respecto. En dicho caso, por tratarse de un deber-facultad conjunto, el juez debe decidir conforme al principio del interés superior del niño, optando por la decisión de uno de los padres; pero en caso de exclusión del otro, debe permitir que de alguna forma el padre excluido participe en el ámbito de la crianza y la educación. Por ejemplo, si se elige el colegio que quiere el padre no custodio, el

78 En España, algunos autores han entendido que la guarda y custodia del padre custodio no es exclusiva, sino principal. La consecuencia de la concepción de la guarda y custodia como exclusiva y excluyente es el no reconocimiento jurídico del grupo de convivencia familiar monoparental señalado. Ver ALMEDA SAMARANCH, E. et al., *La custodia compartida a debate*, Madrid, Dykinson, 2012, 117.

padre custodio podrá optar por alguna actividad extraprogramática que considere relevante en el proceso de crianza y educación, y viceversa.

5. Los deberes y facultades exclusivos del padre no custodio son la forma en que la corresponsabilidad se aplica en casos de separación de los padres. Para el desarrollo de estos deberes-facultades se ha recurrido al derecho comparado. En concreto, se ha hecho referencia a los ordenamientos jurídicos que en su momento otorgaron la autoridad parental a uno solo de los padres (Francia, Italia, Alemania, etc.), o que en la actualidad optan por otorgar la custodia a uno de los padres, como regla general (España). Así se han desarrollado tres deberes-facultades exclusivos del padre no custodio: i) de vigilancia, supervisión o control; ii) de colaboración, asistencia y cooperación, y iii) de crianza y educación complementaria y exclusiva o autónoma.

6. De los deberes-facultades precedentes es especialmente importante la crianza y educación complementaria y exclusiva o autónoma del padre no custodio. Ello por cuanto, si bien los aspectos cotidianos de la crianza y educación de los hijos se radican en el padre custodio, la corresponsabilidad exige que el padre no custodio participe en dicho proceso. Por tanto, acá, en caso de conflicto, salvo que el principio del interés superior establezca lo contrario, la decisión le corresponde al padre custodio; pero el padre no custodio tiene derecho a apoyar dicho proceso de crianza y educación (es decir, tiene una función complementaria) y tiene derecho a desarrollar ámbitos de crianza y educación exclusivos o autónomos en el ámbito cotidiano de la vida del hijo. Así, por ejemplo, si el padre no custodio es judío podría introducir a sus hijos a dicha religión, independientemente de que el hijo vaya a un colegio católico que eligió el juez en caso de disputa o que acordó con el padre custodio. Este punto es relevante porque la distinción precedente concretiza la corresponsabilidad de ambos padres en torno a la crianza y educación de los hijos, y la aplicación del interés superior del niño. En este sentido el padre no custodio también es llamado a desarrollar los derechos de la personalidad del niño establecidos en cada ordenamiento jurídico, y especialmente en la CDN.

7. La forma de articulación de estas cláusulas generales permite que ambos padres participen en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. Así, prima un sistema de custodia conjunta, a pesar de que el ordenamiento jurídico –como ocurre en el caso chileno– opte por otorgar el cuidado personal a uno de los padres.

Bibliografía

Doctrina

ABELIUK, RENÉ, *La filiación y sus efectos*, t. 1, *La filiación*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2000.

- ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA, “El principio de la corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 20, n.º 2, 2013, 21-59.
- ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA, “Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio”, *Colección Monografías de Derecho Civil. I. Persona y Familia*, Madrid, Dykinson, 2015.
- ALMEDA SAMARANCH, ELISABET Y DI NELLA, DINO, “Monoparentalidad y responsabilidad parental”, en PICONTÓ NOVALES, TERESA et al., *La custodia compartida*, Madrid, Dykinson, 2012.
- ALMEDA SAMARANCH, ELISABET et al. *La custodia compartida a debate*, Madrid, Dykinson, 2012.
- ASENSIO SÁNCHEZ, MIGUEL, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Tecnos, 2006.
- BAINHAM, ANDREW y STEPHEN CRETNEY, “Children – The modern Law”, *Family Law*, Jordan Publishing, 1993.
- BARCIA LEHMANN, RODRIGO, *Fundamentos del derecho de familia e infancia*, Santiago de Chile, Thomson, 2011.
- BARCIA LEHMANN, RODRIGO, “Principios en los que se inspiran el derecho de familia – en especial del matrimonio y de la infancia”, *Nos ad justitiam esse natos, Libro de Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el Centenario de su fundación (1911-2011)*, LUIS GUZMÁN, (dir.), 2011, 21-40.
- BARCIA LEHMANN, RODRIGO, “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”, *Ius et Praxis*, vol. 19, n.º 2, 2013, 03-52.
- BATT, JOHN, “Child custody disputes and the beyond the best interests paradigm: A contemporary assessment of the Goldstein/Freud/Solnit Position and the Group’s *Painter v. Bannister* Jurisprudence”, *Nova Law Review*, vol. 16, n.º 2, 1992.
- BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO, *Manual de Derecho de Familia*, 3.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 1995.

- CASTILLO, CAROLINA, “La privación de la patria potestad”, *Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, 2.^a ed., 2010.
- CASTÁN, JOSÉ, “La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, 1987.
- CRUZ GALLARDO, BENARDO, *Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid, La Ley, 2012.
- DELGADO DEL RÍO, GREGORIO, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Pamplona, Thomson Reuters, 2010.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, “La reforma del código civil en materia de patria potestad”, *La reforma del Derecho de Familia, Matrimonio, Separación, Divorcio, Régimen Económico Matrimonial, Filiación y Patria Potestad, Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia*, Imprenta Sevilla, 1982.
- DE TORRES, JOSÉ, *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Iustel, 2009.
- ESPINOSA, ROSARIO, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- GARCÍA PRESAS, INMACULADA, *La patria potestad*, Madrid, Dikynson, 2013.
- GETE-ALONSO, MARÍA y CALERA, JUDITH, *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ, *El Sistema Filiativo Chileno*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2007.
- GREEVEN BOBADILLA, NEL, *Filiación, Derechos humanos fundamentales y problemas actuales de su actual normativa*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2014.
- ILAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO, *Derecho de libertad de conciencia*, t. II, Madrid, Thomson Civitas.
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley, 2008.
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 22, 2014, 197-229.

- LEPIN MOLINA, CRISTIÁN, “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23, diciembre, 2014, 9-55.
- KELLY, JOAN B, “Further observations on joint custody”, 16 *U.C. Davis L. Rev.* 762, 1983.
- MIRANDA, MANUEL, “La protección de menores: una perspectiva constitucional”, *Custodia compartida y protección de menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.
- MOTZEN, STEFAN, “Die Entwicklung des Rechts der elterlichen Sorge und des Umgangs seit 2002”, *FamRZ*, 2004.
- PINOCHET OLAVE, RUPERTO y RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC, “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV*, 1.º semestre de 2015, 69-96.
- RAMOS, RENÉ, *Derecho de familia*, t. II, 6, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2000.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC y PINOCHET OLAVE, RUPERTO, “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 3, 2015, 903-934.
- RODRÍGUEZ PINTO, SARA, “Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley n.º 20.680 de 2013”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 1, 2013, 77-101.
- ROMERO-GIRÓN J., “Patria potestad”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Academia Granadina del Notariado, 1986.
- RUBIO SAN ROMÁN, JOSÉ, “Título VII De las Relaciones Paterno-Filiales, Capítulo I, Disposiciones Generales”, J. RAMS ALBESA (coord.), R. M. MORENO FLORES (coordinadora adjunta), *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2.º, *Libro Primero (Títulos V a XII)*, Barcelona, Bosch, 2000.
- SHAPIRO, JULIE, “Changing ways, new technologies and the devaluation of the genetic connection to children”, *Family Law and family values*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2005.

SOLANES, MARÍA, “La patria potestad”, en *Derecho de familia*, Barcelona, Cálamo, 2005.

TAPIA, MAURICIO, “Actualidad legislativa. Comentarios a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley n.º 20.680)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013.

UNAL, ALIM, “Perception of principals and education supervisors regarding parental involvement”, *Energy Education Science and Technology Part B: Social and Educational Studies*, 2012.

VARAS BRAUN, JUAN ANDRÉS, “Decisiones vitales y representación parental: fundamento y límites”, *Estudios Derecho Civil v, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y Legal Publishing, 2009.

VELOSO VALENZUELA, PAULINA, “Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1998.

ZANNONI, EDUARDO, *Derecho de familia*, t. 2, 3.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998.

ZANÓN MASDEU, LUIS, *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch, 1996.

Jurisprudencia

CS, 3 de mayo de 2010.

CS, 18 de noviembre de 2010.

CS, 2 de mayo de 2011.

CA de Concepción, 14 de mayo de 2014.

SAP de Navarra, 22 de abril de 1992.

SAP de Córdoba, 24 de abril de 2006.

SAP de Sevilla, 16 de enero de 2006.

SAP de Las Palmas, 10 de marzo de 2006.

SAP de Málaga, 24 de enero de 2006.

SAP de Castellón, 23 de octubre de 2006.

Normas citadas

Código civil argentino.

Código civil chileno.

Código civil de Cataluña.

Código civil español.

Código civil francés.

Código civil italiano.

Código Civil y Comercial argentino.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas.

Comité de Derecho del Niño.

Constitución de la República Federal Alemana.

Constitución Española.

Convención de Derechos del Niño.

Convención de la UNESCO sobre la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.

Ley de 4 de junio de 1970.

Ley de 8 de enero de 1993.

Ley de divorcio de 1 de diciembre de 1970.

Ley n.º 20.680, reforma al Código Civil Chileno.

Ley n.º 2002-305 de 4 de marzo de 2002.

Ley n.º 54/2006, de 8 de febrero.

Ley n.º 19.947, Ley de Matrimonio Civil.

Reforma de 14 de mayo de 1975.

Reforma de 1989 (Reino Unido).

Reforma de 6 de marzo de 1987.

Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de Ministros.