

LA IMPORTANCIA DE CONSTITUCIONALIZAR LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CHILE

THE IMPORTANCE OF INCORPORATING THE PARENTAN CO-RESPONSABILITY IN THE POLITICAL CONSTITUTION

Alejandra Isabel Hermosilla Besoain^{1*}
Hugo Tórtora Aravena^{**}

Resumen: La corresponsabilidad parental, junto con el interés superior del niño, es un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien el Código Civil chileno lo recoge, no lo ha hecho de la misma forma el resto del ordenamiento jurídico nacional. Como caso paradigmático, mencionamos el caso del Código del Trabajo. En este contexto, proponemos la incorporación de la corresponsabilidad parental en la Constitución Política. Esto no solo permitiría generar uniformidad en el ordenamiento jurídico chileno, sino que, además, ayudaría a abordar algunas de las principales demandas sociales que motivaron el proceso constituyente iniciado en 2019, derivadas tanto del movimiento feminista, como de las exigencias por mejores condiciones de vida para niños, niñas y adolescentes.

Palabras clave: Interés superior del niño; corresponsabilidad parental; Constitución Política.

¹ Artículo recibido el 14 de noviembre y aceptado el 15 de diciembre de 2022.

^{*} Magister en Derecho por la Universidad de Valparaíso, Master en Derecho de Género por la Universidad de Jaén. Académica de la Universidad de Viña del Mar. Viña del Mar, Chile. Correo electrónico ale.hermosilla@gmail.com

^{**} Doctor en Derecho, Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca. Académico de la Universidad de Playa Ancha. Valparaíso, Chile. Correo electrónico hugo.tortora@upla.cl

Abstract: Parental joint responsibility, along with the best interests of the child, is a fundamental principle of International Human Rights Law. Although the Chilean Civil Code includes it, the rest of the national legal system has not done so in the same way. As a paradigmatic case, we mention the case of the Labour Code. In this context, we propose the incorporation of parental co-responsibility in the Political Constitution. This would not only make it possible to generate uniformity in the Chilean legal system, but would also help address some of the main social demands that motivated the constituent process that began in 2019, derived from both the feminist movement and the demands for better living conditions for children and adolescents.

Keywords: Best interests of the child; co-responsibility parental; Political Constitution.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, en adelante “la Convención” en el año 1989 trajo consigo importantes transformaciones en materia de derecho de la infancia y adolescencia en los diferentes Estados parte.

En el caso chileno, se iniciaron distintos procesos de adecuación de su legislación, procurando ajustarse a una protección integral. En efecto, Chile firmó y suscribió la Convención junto a otros 57 países el 26 de enero de 1990. El 10 de julio de ese año, fue aprobada unánimemente por ambas ramas del Congreso y ratificada ante las Naciones Unidas el 13 de agosto. El día 14 de agosto de 1990 fue promulgada mediante Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual fue publicado en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigencia en Chile.

Se extraen de la Convención, dos principios rectores fundamentales para el presente trabajo, como son el interés superior del niño y la corresponsabilidad parental, que aluden al pleno respeto de los Derechos esenciales del niño, niña o adolescente (en adelante NNA) y a raíz de los cuales se establece por el legislador, un derecho-deber que implica, por una parte, que ambos adultos deban relacionarse física y emocionalmente con el niño y, por la otra, el deber de crianza y ejercicio de una parentabilidad responsable. Estas normas no solo permiten la plena efectividad de los derechos de NNA, sino que se avanza en igualdad de derechos y deberes de padres y madres, sin preferencias ni exclusiones de ningún tipo.

Así Chile ha comenzado una larga carrera por dar un tratamiento a hombres y mujeres como iguales a raíz de la protección de los NNA, modificando gran parte de su normativa interna. Es así como antes de la entrada en vigor de la Convención en Chile, en 1990, la sociedad se regía por normas discriminatorias que establecían diferencias y preferencias entre hombres y mujeres respecto de sus hijos, con la entrada en vigor de la Convención el legislador estructura su normativa a fin de propender el interés superior del niño, pero eso tiene un impacto directo en la igualdad de género e igualdad de padre y madre, ya que termina con la preferencia de las mujeres y pone a los hombres en un pie de igualdad de derechos con respecto a sus hijos.

El problema es cómo el Derecho, en tanto discurso social, constituye y configura identidades, reproduce estereotipos y mantiene, limita y condiciona la posición de las mujeres en la sociedad, partiendo de la premisa que en cuanto Derecho, este es un producto de la sociedad principalmente discursiva que reproduce un contenido que, desde la perspectiva feminista del Derecho, reproduce una ideología sexual determinada denominada *ideología patriarcal* y en tanto producción social, veremos como el derecho se interrelaciona con otros elementos como la cultura, la economía, el género, entre otros, cuya transformación constante y legitimación mediante el poder, nos muestra que el fenómeno si bien se presenta como herramienta para

alcanzar la justicia e igualdad de género, a su vez es producto, produce y reproduce situaciones de inequidad o injusticia, como es el caso concreto del Derecho Laboral, que hace una clara distinción entre si se trata de un trabajador o trabajadora, no teniendo derecho en la legislación vigente a sala cuna los trabajadores padres, todo aquello que se recoge en la legislación pero que no es concordante o bien que se consagra en la constitución, se hace, a lo menos, inexigible, al ser todas ellas normas de rango legal que, por más que contengan un derecho de aplicación transversal no son capaces de sostener el discurso y confluyen entre ellas de manera incompatible, he ahí, la importancia de constitucionalizar la corresponsabilidad parental ya que es la base necesaria que da certeza de una, a lo menos, exigibilidad de corresponsabilidad viable para ser aplicada.

En este contexto, lo que la autora y el autor pretendemos demostrar en el presente trabajo es la necesidad que algunas materias en relación con los NNA, específicamente lo vinculado con la corresponsabilidad parental, deban incorporarse al ordenamiento constitucional chileno, de manera de avanzar hacia la uniformidad en torno a patrones comunes de protección de la infancia y la adolescencia, y de aseguramiento de la igualdad de género.

1.- Referencias a la evolución normativa del Derecho de Familia en Chile

El Código Civil, desde su promulgación en el año 1855, ha experimentado numerosas modificaciones, particularmente en el derecho de familia y en la concepción que se tiene sobre la familia.

El modelo original suponía la consagración de un ideal de familia que se había venido construyendo en el mundo occidental desde la Edad Media, fundado en la existencia de un matrimonio celebrado según el rito religioso católico y cuya regulación quedaba entregada íntegramente al derecho canónico, por su naturaleza sacramental, que le daba carácter indisoluble. Además, confería grandes poderes al marido, cabeza de la familia, tanto sobre

la persona y los bienes de su mujer, como sobre la persona y los bienes de sus hijos, siendo una de sus misiones la de asegurar un espacio de certeza para la procreación y la transmisión de la propiedad a través de la herencia². La Ley de Matrimonio Civil, de 16 de enero de 1884, hizo obligatoria la ceremonia civil entre los cónyuges, otorgando competencia a las autoridades civiles para dictar la normativa concerniente al matrimonio y conocer de aquellas.

Durante el siglo XX seguirían suscitándose reformas en el derecho de familia. El cristianismo, el liberalismo, la revolución industrial y la revolución sexual iniciada en la segunda mitad del siglo XX han sido factores incidentes en la extensión y organización de la familia³.

La reforma introducida por medio de la Ley N° 5.521, de 19 de diciembre de 1934, tuvo como finalidad mejorar la posición de la mujer casada. Se le reconoció el derecho a ejercer la patria potestad en forma subsidiaria al padre; se le confirió plena capacidad jurídica en aquellos casos en que se encuentre divorciada perpetuamente o separada totalmente de bienes; dada la progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral, se creó un patrimonio especial para aquellos casos en que, encontrándose autorizada por su marido, ejerciera una actividad profesional; y se permitió a los esposos pactar el régimen de separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales. Con posterioridad, nuevas reformas serían introducidas a través de las Leyes N° 7.612 y 7.613, ambas de 21 de octubre de 1943, y de la Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952, que mejoraría en algo la posición del hijo nacido fuera del matrimonio que hubiera sido reconocido por su padre, sin llegar a equipararlo con el hijo legítimo⁴.

Con el fin de la incapacidad relativa que afectaba a la mujer casada en sociedad conyugal, originado por la Ley N° 18.802 de 9 de julio de 1989, el antiguo edificio construido por Andrés Bello ha ido dando lugar a una nueva

2 ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo: “El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. En: *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. N° 1, 2014. p. 281.

3 DEL PICÓ, Jorge: *Derecho de Familia*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016. p. 13.

4 ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo, ob. cit. p. 280.

forma de concebir las relaciones familiares, que pone énfasis en una visión asociativa de esta, estructurada en torno a ideas de igualdad y solidaridad entre sus miembros, quienes se deben mutuo respeto y protección. Esto se complementa con el reconocimiento del interés superior de los NNA como principio que debe informar toda decisión que concierna a estos, como consecuencia de la entrada en vigor en el país de la Convención.

Podemos observar que la familia ha pasado de ser considerada por la legislación chilena como una institución fundada exclusivamente en la existencia del vínculo matrimonial, destinada a crear un marco único e indisoluble que permita la procreación y crianza de los hijos, a construir un espacio definido por la existencia de vínculos de afectividad y solidaridad entre sus miembros quienes comparten sus vidas y encuentran en ella un sustento moral y patrimonial irremplazable para su desarrollo personal, proceso que está determinado por la irrupción de un nuevo paradigma en el derecho privado⁵, se instaura una nueva forma de relación filial, más inclusiva y democrática, invitando a un cambio de mentalidad en la manera de concebir la relación entre padre, madre e hijos que han dejado de convivir, como consecuencia de la ruptura matrimonial⁶). En la actualidad, la familia se entiende como una institución anterior al matrimonio, el cual se concibe a su vez como una construcción cultural que perfecciona la unidad o alianza convenida entre dos personas⁷.

Este proceso de reforma de los principios reguladores de la familia chilena reconoce como uno de sus puntos más significativos la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, que vino a estructurar los vínculos de filiación conforme al principio de igualdad y al interés superior del niño, eliminando la distinción hasta entonces existente entre hijos legítimos y naturales, reconociendo los mismos derechos para todos ellos, con una prescindencia casi absoluta acerca de cuál sea el marco que rige la relación de pareja de los

5 Ibíd. p. 281.

6 ABBOUD, Neylia: *El cuidado compartido*. Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2018. p. 14.

7 DEL PICÓ, Jorge, ob. cit. p. 15.

progenitores⁸. La noción tradicional ha sido progresivamente abandonada en los textos de autores más recientes, ya que no se ajusta a los cambios jurídicos y culturales que se sucedieron a partir de finales del siglo XX⁹.

Esta transformación en la manera en cómo se estructuran los vínculos de filiación supone no solamente un reconocimiento de la vigencia del principio de igualdad entre todos los NNA, también una profundización de la igualdad en las relaciones de pareja, que importa un reconocimiento legislativo en orden a que existen múltiples bases sobre las cuales puede estructurarse la familia. Este mismo criterio sería posteriormente reiterado en la Ley N° 19.947 de matrimonio civil, de 17 de mayo de 2004, que, en su artículo 1°, reconoce la existencia de otras familias, no fundadas en torno a él, al señalar que el matrimonio es la base principal -pero no exclusiva- de la familia.

De esta forma, se refuerzan por la legislación chilena los elementos asociativos del matrimonio y la individualidad de los cónyuges. Una vez que desaparece el proyecto de vida en común, el derecho se encarga de reconocer dicha situación regulando sus consecuencias de manera equitativa lo que permite plantear que en aquellas realidades familiares en las que es aconsejable que el cuidado personal se radique en uno solo de los padres, sea posible trascender al tradicional “sistema de visitas quincenales, o de fines de semana”, mediante el empleo de una opción legal que, inspirada en la concepción del cuidado compartido, renueve el paradigmático cuidado unilateral. Esta opción supone distribuir las funciones parentales que, aunque en la práctica jurídica requiere un trabajo minucioso, responden al mejor interés de los hijos y al desarrollo el derecho a la corresponsabilidad¹⁰.

Profundizando estos cambios de paradigma, la Ley 20.680, de 21 de junio de 2013, introdujo importantes cambios en materias de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad. En materia de cuidado

8 ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo, ob. cit. p. 281.

9 DEL PICÓ, Jorge, ob. cit. p. 15.

10 ABBOUD, Neylia, ob. cit. p. 14.

personal, establece cambios en la forma de atribución del cuidado personal y en el ejercicio de este derecho-deber, inspirados precisamente en el principio rector del interés superior del niño. Se introduce el principio de corresponsabilidad, fundado en el principio de igualdad de los padres. La ley se encarga de ello poniendo tanto al padre como a la madre en un plano equitativo, fomentando de esta forma la erradicación de la desigualdad de género, fenómeno que requiere no solo modificaciones legales, sino también políticas públicas con perspectiva de género que permitan incluir a la mujer, dando cumplimiento al mandato de igualdad entre las personas, tanto en el ámbito público como privado¹¹.

Avanzando a la igualdad de género y en consecuencia en la corresponsabilidad, y dando un gran paso en el cambio de paradigma de cómo la familia se adapta a la realidad humana y no a estereotipos culturales, Chile se convierte en el sexto país de América en reconocer como familia a aquellas constituidas por personas del mismo sexo mediante la ley publicada en el diario oficial el 10 de diciembre de 2021 otorga a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio civil, el que antes de esta ley solo permitía contraer matrimonio a las personas de distinto sexo. Así las cosas, la ley otorga reconocimiento en materia de filiación a las familias homoparentales así como disponer los regímenes patrimoniales que regularán las relaciones económicas de las parejas del mismo sexo entre ellos y con terceros. Lo que hace la ley para darles reconocimiento a las parejas del mismo sexo es neutralizar el lenguaje, refiriéndose a los o las cónyuges y las o los progenitores, dando cabida a la inclusión, reconocimiento y fomento de todo tipo de familias lo que implica una protección a los NNA, ampliando la posibilidad de adopción para que muchos NNA tengan acceso a pertenecer a una familia reconocida y en consecuencia protegida por la legislación.

11 GARZA, María: “Garantizar la igualdad de género”. En: *Ciencia, técnica y mainstreaming social*, Universitat Politècnica de Valencia, N° 3, 2019, p. 62.

Asimismo en este camino hacia una igualdad integral, en diciembre de 2019, el Instituto de Previsión social, se convierte en la primera institución del Estado en especializarse en la Norma Chilena sobre Igualdad de Género, conciliación de la vida laboral, familiar y personal (NCh3262). Dicha norma tiene por objeto impulsar a que las organizaciones se desarrollen en igualdad de condiciones, siguiendo, entonces con el cambio de paradigma que hemos venido enunciando, impulsando con ello un cambio cultural necesario para la corresponsabilidad de roles, para conciliar la vida laboral y las actividades en familia. Es esta norma una herramienta fundamental para avanzar adecuadamente y enteramente a la igualdad de género, a la equidad de género, para conciliar la vida familiar con la laboral y para ejercer de manera correcta la corresponsabilidad, es del caso señalar que la NCh 3262 es un instrumento que mide estándares del ideal que se busca con la igualdad de género y en consecuencia con la corresponsabilidad, mas no se trata de una norma de rango legal que establezca penas o castigos, sino que se intenta aplicar esta norma a las empresas para que ellas se eduquen y eduquen a sus trabajadores y trabajadoras avanzando hacia la igualdad en todos los ámbitos de la vida, es esta norma un gran aporte en especial luego de la crisis sanitaria a nivel mundial que tuvo a las mujeres recargadas de trabajo, haciéndose cargo de las labores propias del hogar, de los hijos que estaban encerrados en sus casas asistiendo a clases virtuales y además muchas de ellas con teletrabajo, esta NCh, es sin duda un aporte que llama a la reflexión y el reconocimiento de las labores de todas las personas y cómo hacerlo para lograr la tan ansiada igualdad.

Asimismo entendiendo lo que se busca con la implementación de la NCh 3262 y a fin de avanzar efectivamente en el trabajo conjunto e igualitario en las familias, en noviembre de 2021 se promulga la ley de corresponsabilidad parental y pago efectivo de pensión alimenticia que establece un mecanismo de pago permanente para las deudas de alimentos, trasladando al estado el deber de investigar las cuentas bancarias y/o documentos financieros de los

deudores y estableciendo medidas cautelares, facilitando así el pago efectivo de la pensión alimenticia, evitando que los NNA queden desprovistos de lo necesario para su subsistencia.

2.- El interés superior del niño, en el Derecho Internacional y en Chile

El interés superior del niño es un concepto que tiene su mayor desarrollo en la Convención, pero que ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2), en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b y 16, párr. 1 d), así como en instrumentos regionales y en numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales. Se ha entendido que es una declaración de principios del ordenamiento jurídico, que determina que los agentes de los poderes públicos deben cautelar de un modo imperativo el respeto de los derechos fundamentales del NNA, considerados como personas que no han alcanzado la adultez, debiendo entenderse que tales derechos están basados y determinados por el desarrollo equilibrado de su personalidad¹².

La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3).

12

DEL PICÓ, Jorge, ob. cit. p. 39.

La definición y objetivo de este principio ha sido delimitado por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 14 del 29 de mayo de 2013. En ella se plantea que el objetivo del interés superior del niño radica en garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y su desarrollo holístico, precisando que el Comité ya ha señalado que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Además, recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño. La plena aplicación de este concepto exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual del NNA y promover su dignidad humana.

A fin de dar cumplimiento a la Convención, el Código Civil, en los artículos 222 y 242, establece al interés superior del niño como principio rector en todas aquellas materias que involucren menores de edad. La Corte Suprema ha dicho que *“puede afirmarse que el concepto alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los niños y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad”*¹³.

Este es un principio complejo en cuanto como concepto jurídico es abierto e indeterminado, en consecuencia permite incluir algo general a un caso particular, es decir permite considerar aquello que aparezca como lo más beneficioso para el desarrollo integral del NNA y para la satisfacción de sus necesidades, físicas, psíquicas y espirituales, pero sin definir qué es lo más beneficioso para un NNA. La Corte Suprema ha establecido esta visión en su jurisprudencia al describir el interés superior del niño como un *“[...] principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento ju-*

13 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Chile. Rol. 1384-2008, de fecha 14 de abril de 2008.

rido, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone por lo demás, entre otros, el artículo 222 del Código Civil y, aún cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad”¹⁴.

3.- Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental en Chile

El Código Civil chileno regula el cuidado personal de los hijos y el deber de mantener con ellos un trato regular y directo en el Título IX del Libro I, “De los derechos y obligaciones entre los padres e hijos”. El legislador nacional, al referirse al cuidado de los hijos y la responsabilidad que pesa sobre los padres respecto de estos, no establece una definición de cuidado personal. Para Lepin, “el cuidado personal se refiere al conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos”¹⁵.

El artículo 224, inciso 1º, del Código Civil prescribe que “*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Este se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos*”. El esquema responde, por un lado, al deber y derecho de ambos, padre y madre de consuno, de criar y de educar a sus hijos y acompañarlos en su desarrollo hasta la madurez, derecho y deber que se encuentra establecido por nuestro legislador, en el Código Civil, en los artículos 222, inciso segundo,

14 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Chile. Rol 3666-2014, de fecha 6 de octubre de 2014.

15 LEPIN, Cristian: “Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.6880”. En: *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*. Universidad de Chile, N° 3, 2000. p. 285.

y 224 y, a nivel constitucional, en los artículos 1 y 19 N° 10. Esto obedece a la constatación de la doble función, paternidad y maternidad, que ejercen los progenitores conjuntamente en la crianza y educación de sus hijos. Sin embargo, el creciente reconocimiento legislativo y doctrinal que ha tenido el modelo de cuidado compartido de los hijos invita a un cambio de mentalidad en la manera de concebir la relación entre padre, madre e hijos que han dejado de convivir producto de un quiebre matrimonial.

Para poder distribuir funciones filiales de manera concreta, hay que penetrar en el contenido de la responsabilidad parental, por lo que se hace importante la disociación entre el título y el ejercicio de la responsabilidad parental, entendida esta última como el bloque de derechos, deberes y funciones establecidos por el ministerio de la ley, a cargo de los padres, o quien haga sus veces, orientados en la protección, desarrollo y formación de los hijos menores de edad no emancipados. Esta categoría se ubica en la cúspide de las relaciones paterno-filiales y supone la representación legal de los hijos en complemento a sus capacidades progresivas, así como la potestad decisoria de asuntos relacionados al desarrollo de la vida de estos.

En regla de principios, es un deber-función que, por atribución de ley y sentido natural, corresponde en conjunto a la madre y al padre, a menos que uno de ellos no pueda o no deba. Este deber-función que tienen ambos padres puede verse desmembrado cuando se produce la separación, quedando la titularidad, en principio, a la cabeza de ambos¹⁶.

El Código Civil, en su artículo 222, inciso primero, establece que: “*La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades*”.

16 ABBOUD, Neylia, ob. cit. p. 21.

Se procura poner énfasis en el interés superior del niño, entendiendo que es responsabilidad de ambos padres procurar la mayor realización posible de sus hijos.

4.- Atribución del cuidado personal en la legislación nacional chilena

Cuando se produce la separación de los padres, es preciso establecer, por tanto, quién y de qué forma va a ejercer los cuidados personales, determinando el titular del derecho-deber y modalidad de ejercicio. Para ello la reforma mantiene el esquema de atribución del cuidado personal en base a tres fuentes: convencional, legal y judicial.

(a) Atribución convencional: La Ley 20.680 permite pactar acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos en dos sedes: (a.1) extrajudicialmente, en cualquier momento, en base al artículo 225 del Código Civil, inciso primero; y (a.2) en los juicios de separación y divorcio, mediante el denominado acuerdo completo y suficiente de los artículos 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947.

(a.1) Conforme al artículo 225, inciso primero, del Código Civil, los padres pueden regular la atribución y forma de ejercicio del cuidado personal de sus hijos, pudiendo atribuir su ejercicio de modo exclusivo a uno de ellos, o pactar alguna forma de ejercicio compartido. Dicho acuerdo, que no requiere aprobación judicial, se manifiesta por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, sub-inscrita al margen de la inscripción de nacimiento dentro de treinta días siguientes a su otorgamiento.

Como una forma de impulsar la corresponsabilidad parental, el legislador estableció el cuidado personal compartido por medio de la Ley 20.680, con el objeto de proteger la integridad del menor de edad, una vez producida la separación de sus padres. Este régimen se basa en los principios de corresponsabilidad parental, interés superior del niño, igualdad de los padres e integridad física y síquica de los niños.

El artículo 225 del Código Civil, define al cuidado personal compartido como “*un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad*”.

La Ley 20.680 por tanto, agrega como régimen alternativo, el cuidado personal compartido, debiendo los padres estar de acuerdo en ello. No se posibilita al juez para imponerlo contra la voluntad de sus padres, esto debido a que se ha sostenido que las mejores circunstancias que se dan a fin de establecer una custodia compartida son, entre otros, la cooperación y comunicación entre los padres¹⁷.

Si bien este régimen procura estimular e impulsar la corresponsabilidad, ella no se circunscribe a esta sola modalidad. La inexistencia de un régimen compartido no obsta a que ambos padres deban ejercer su rol de manera activa, estable y responsable. Tanto a la madre como al padre les asiste la obligación de corresponsabilidad, ya que se configura como un pilar de las relaciones paterno-filiales y no un derecho limitado a la custodia compartida.

El Tribunal Constitucional ha dicho que: “*cuidado personal compartido y corresponsabilidad tienen una estrecha relación. La tuición compartida es una forma de ejercitar la corresponsabilidad parental después de la separación. Pero ambos conceptos no se identifican. La corresponsabilidad no exige cuidado compartido como único régimen posible de tuición durante la separación. La corresponsabilidad puede ejercitarse de diversas formas*”¹⁸.

(a.2) Para los casos de separación o divorcio la Ley N° 19.947, en sus artículos 27 y 55, establece que los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con

17 LATHROP, Fabiola y ESPEJO, Nicolás: *Responsabilidad parental*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013. p. 163.

18 Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile. Rol 2699, de fecha 16 de junio de 2015.

respecto a sus hijos. Por su parte, su artículo 21, que señala las materias que deben regularse para que el acuerdo se considere completo, establece expresamente que los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido, el que se regirá por las reglas recién reseñadas.

(b) **Atribución legal:** La segunda forma de atribución es la legal, que opera a falta de acuerdo de los padres. En ese caso, el hijo continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien esté conviviendo, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 225, inciso tercero, del Código Civil. Es una norma de atribución supletoria, que deja en igualdad de condiciones a los padres, eliminando la preferencia materna, y que protege el interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual (Lepin, C. 2013, p. 291).

La atribución legal es el reconocimiento de una situación de hecho, que ocurre cuando los padres, que viven separados, nada han dicho sobre el cuidado personal de sus hijos. El legislador reconoce la situación que en la realidad ya se está dando, con el objeto de mantener la estabilidad de los niños, atribuyéndole el cuidado personal al padre o madre que viva con él. En consecuencia, si se ve alterada la situación residencial del hijo, la atribución del cuidado también cambiará.

(c) **Atribución judicial:** El artículo 225, inciso cuarto, del Código Civil establece que *“En cualquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo hagan conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido...”*. En este caso, padre y madre se encuentran en igualdad de condiciones, debiendo el juez otorgar el cuidado personal a aquel que dé garantías de satisfacer mejor el interés de su hijo.

En concordancia con el deber de los padres de ejercer la corresponsabilidad parental de manera conjunta, como asimismo con el principio de igualdad entre ellos, se eliminó lo que se conocía como el “cuidado personal declarativo”. La antigua legislación establecía una preferencia para la madre, radicando en ella el cuidado personal, salvo que tuviese alguna inhabilidad. Al producirse la separación, el juez declaraba que, en virtud de esta preferencia legal, le correspondía a la madre dicho cuidado. Hoy, esa preferencia se ha eliminado, y el cuidado personal simplemente lo detentará quien esté efectivamente ejerciéndolo en ese momento, por lo que no podría pedirse al tribunal que simplemente constate una situación de hecho. Toda demanda judicial en esta materia debe fundamentarse en el interés superior del NNA, explicando el motivo por el cual es más beneficioso radicar el cuidado personal exclusivamente en el padre o madre.

En la misma lógica recién explicada, se eliminó la exigencia de que el cambio de titularidad del cuidado solo procediera en casos de maltrato, descuido u otra causa calificada¹⁹. Así, en la actualidad, cualquier solicitud de modificación en esta materia debe estar fundada en el interés superior del NNA.

5.- Cuidado personal radicado en el padre o la madre exclusivamente

Cuando el cuidado personal es radicado en uno de los padres, quien lo ejerza se hace cargo de los cuidados diarios del NNA, sin perjuicio de lo cual ambos continúan detentando el título, esto es, la responsabilidad parental de procurar el mejor desarrollo físico y psíquico del hijo, aunque no ejerzan la custodia compartida. Así lo establece el legislador en el artículo 229, inciso cuarto, del Código Civil al señalar: “Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana”.

19 LEPIN, ob. cit. pp. 292-293.

Es tan importante que la corresponsabilidad parental se lleve a cabo por ambos progenitores que la actitud del no custodio no puede ser pasiva respecto del derecho de relación directa y regular, sino, muy por el contrario, debe ser una conducta activa y positiva, con un actuar flexible y comprensivo, en beneficio de los hijos. Esto en el entendido de que el progenitor que impide o limita el ejercicio del derecho puede estar causando un perjuicio al hijo al privarle de la necesaria relación con el padre no custodio, afectando su desarrollo integral²⁰.

El Código Civil refuerza la separación que existe entre el deber de corresponsabilidad con el derecho deber de relación directa y regular al incorporar el artículo 229, inciso segundo, del Código Civil, que establece el derecho de los NNA de mantener una relación directa y regular con sus abuelos, a quienes, por su parte, no les asiste el deber de corresponsabilidad, deber exclusivo de los padres, que no cesa ni se incrementa por la modalidad que tengan para relacionarse con sus hijos²¹.

6.- Relación directa y regular con el padre que no ejerce el cuidado personal

A diferencia del cuidado personal, la ley sí define lo que debe entenderse por relación directa y regular en el artículo 229, inciso segundo, del Código Civil, indicando que es *“aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”*.

De acuerdo con lo prescrito por el legislador en el artículo 229 del Código Civil, existen dos maneras de determinar el régimen comunicacional que mantendrá el padre o madre no custodio con su hijo:

20 ACUÑA, Marcela: *Derecho de regulación directa y regular*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014. pp. 146-148.

21 *Ibid.*, p. 34.

(a) Determinación convencional: Esta forma de establecer un régimen comunicacional se materializa mediante un acuerdo que debe constar por escritura pública y debe sub-inscribirse dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, acuerdo que se puede regular de conformidad al artículo 225, inciso primero, del Código Civil, o bien de acuerdo con los artículos 21, 27 y 55 de la LMC, caso en el cual queda sujeto al control judicial de suficiencia²².

(b) Determinación judicial: Se realiza a través del juez de familia, quien deberá velar por el interés superior del hijo, oír al niño, niña o adolescente, dependiendo de su edad y madurez, y considerar los criterios establecidos en el inciso tercero del artículo 229 del Código Civil para la regulación del régimen, como la edad de los hijos, la vinculación afectiva, los acuerdos sobre la materia. Dichos criterios no son taxativos, por lo que debe ponderarse cualquier elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo²³.

En cuanto al ejercicio del derecho-deber de relación directa y regular, se debe fomentar una relación sana y cercana entre el padre no custodio y el hijo, asegurando el juez la mayor participación y corresponsabilidad de los padres. Distribuir las funciones parentales debe entenderse no como una forma de disgregar, sino de compartir e integrar las mismas, de forma similar a la que se organiza un trabajo de equipo. Esto, ya que educar y formar a los hijos es la labor del equipo que integran padre y madre, y el esfuerzo conjunto beneficiará tanto a los hijos como a la familia en su integridad²⁴.

22 LEPIN, Cristian, ob. cit. p. 297.

23 Ídem.

24 ABBOUD, Neylia, ob. cit. p. 30.

7.- La corresponsabilidad e igualdad de los padres en atención al interés superior del niño

La corresponsabilidad es un principio reconocido por el legislador chileno, siguiendo lo que señala la Convención sobre los Derechos del Niño a la que adherimos ya en 1989, es decir el legislador ha tomado en consideración que los hijos necesitan para su equilibrio emocional y el mejor desarrollo de sus potencialidades, de ambos progenitores, siempre que ello no los perjudique. Así, en virtud del principio de corresponsabilidad, ambos padres, vivan juntos o separados, deben participar de manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. El deber de crianza es un deber genérico de la relación parental, independiente de la situación fáctica o jurídica en la que se encuentran los progenitores, por lo que no es transigible²⁵.

La ley N° 20.680 pone en un plano de igualdad a los padres, elimina preferencias e impone, por medio de la corresponsabilidad, las mismas obligaciones a ambos, en atención a la realización personal de los hijos y a su formación durante su crecimiento. Sin embargo, el principio de igualdad, tal como la corresponsabilidad, es una derivación del principio del interés superior del niño, ya que más que buscar la equidad entre padre y madre satisfaciendo sus propios intereses, es funcional al interés superior del niño, protegiendo los derechos e intereses de los hijos²⁶.

La ley no entrega una definición del principio de corresponsabilidad. Siguiendo a Acuña, se puede entender que consiste en “el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial”²⁷. Este principio es explicitado por el legislador tomando en consideración que los hijos necesitan de am-

25 SCHMIDT, Claudia: “Algunas reflexiones acerca de la Ley N° 20.680 sobre relación parental, con especial referencia a la corresponsabilidad patrimonial: ¡Lo pendiente!” En: *Revista de Derecho de Familia N° 1*, 2014, pp. 29-39.

26 ACUÑA, Marcela: “El principio de corresponsabilidad parental”. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Volumen 20, N° 2, 2013, p. 34.

27 *Ibidem*. p. 28.

bos progenitores para su equilibrio emocional y el mejor desarrollo de sus potencialidades, por lo que la ley pretende reforzar la responsabilidad de ambos padres en la crianza, educación y establecimiento de los hijos²⁸. En el ámbito de la relación de filiación, resulta propio que los padres desempeñen ciertas funciones básicas respecto de sus hijos; nadie discute hoy que ambos tienen responsabilidades en su crianza, desarrollo y educación, aunque por diversas circunstancias no siempre se asuman²⁹.

Es en atención al interés superior del niño que la Corte Suprema, a propósito del cuidado personal de los hijos, ha señalado que: “*Es el principio de la corresponsabilidad el que prima en el tema, que apunta a la distribución de responsabilidades o al ejercicio mancomunado del cuidado personal, crianza y educación de los hijos, es decir, que postula que ambos padres deben comprometerse y participar en forma activa, equitativa y permanente en dichas actividades aunque no haya vida en común, para procurar su mayor realización espiritual y material posible, por ende, tiene el carácter de principio informador en lo tocante a la crianza de la prole; surgiendo como contrapartida, el derecho correlativo de los hijos a que sus progenitores velen por ellos*”³⁰.

El legislador dota de contenido a la corresponsabilidad en el artículo 224 del Código Civil, que permite apreciar sus distintas dimensiones. Según él, la participación de ambos padres debe ser activa, equitativa y permanente, con lo cual, la participación en la crianza y educación de los hijos, vivan los padres juntos o separados, debe ser de parte de ambos diligente, eficaz y no pasiva (activa); en igualdad de condiciones y sin exclusiones (equitativa); y en forma constante, mantenida y estable en el tiempo (permanente)³¹.

28 RODRÍGUEZ, María Sara: “*Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación Directa y Regular, y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Reformas introducidas por la Ley N° 20.680 de 2013*”. Revista de Derecho de Familia N° 1, 2014, p.78.

29 ACUÑA, Marcela: “El principio de corresponsabilidad parental”, ob. cit. p. 28.

30 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Chile. Rol. 99861-2016, de fecha 23 de mayo de 2017.

31 ACUÑA, Marcela: *Derecho de regulación directa y regular*, ob. cit. p. 26.

La corresponsabilidad parental es, en lo terminológico, un concepto nuevo. La doctrina, sin embargo, lleva algún tiempo mostrando interés en ella principalmente como parte de los argumentos para que fuera modificado el artículo 225 de Código Civil, en cuanto establecía una regla legal de atribución materna preferente del cuidado personal de los hijos basada en estereotipos. Se señala que el principio de la corresponsabilidad parental ha cobrado relevancia, entre otras razones, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro³².

“En términos simples la corresponsabilidad es el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, en atención a su interés superior, tanto en el plano personal como en el patrimonial. Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer acuerdos, derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables”³³.

8.- Caso paradigmático chileno

Nuestro país ha experimentado numerosos cambios en la forma de diseñar y vivir la familia. La evolución de las relaciones paterno-filiales en la segunda parte del siglo XX y principios del XXI, caracterizada por la democratización de las relaciones de familia y la autonomía de sus miembros, propicia un giro cualitativo a la configuración del cuidado de los hijos tras la ruptura de pareja, lo que hace que hoy se asuma que la falta de convivencia no es causal para privar del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, la que ha sido definida como el bloque sólido de derechos, deberes y funciones

32 Ídem.

33 ACUÑA, Marcela: “El principio de corresponsabilidad parental” p. 28.

establecidos por el ministerio de la ley, a cargo de los padres, o quien haga sus veces, orientados en la protección, desarrollo y formación de los hijos menores de edad no emancipados³⁴.

Es imprescindible el adecuado entendimiento de la normativa y, en consecuencia, la correcta aplicación del principio de corresponsabilidad, puesto que trae consigo numerosas consecuencias positivas en las relaciones personales entre padres e hijos luego de la separación. Cuando los padres ejercen su rol de manera conjunta, este se manifiesta mediante acuerdos implícitos dentro de la convivencia conyugal. Sin embargo, al momento de producirse la separación se hace necesario acudir a la ley para comprender cómo el legislador pretende que se aplique dicho principio y de qué manera se manifiesta³⁵.

En el caso concreto del Derecho del Trabajo la corresponsabilidad parental es un término fundamental y debe establecerse como principio hacia el camino a la paridad de género toda vez que un correcto ejercicio de la corresponsabilidad supone alcanzar una armonía y balance en el ámbito familiar y laboral, con foco a que las responsabilidades sean compartidas, esto porque históricamente las tareas que corresponden al ámbito privado han recaído prácticamente en su totalidad en las mujeres, existiendo en consecuencia una sobrecarga de trabajo no remunerado que supone un completo desequilibrio entre hombres y mujeres. En el ámbito laboral, la incorporación del concepto, como principio, de corresponsabilidad persigue que hombre y mujeres tengan los mismo derechos y obligaciones, pero también las mismas oportunidades, ya que con ello se “permite” que las mujeres puedan ejercer su derecho, como ciudadanas, personas, humanas, a participar en todos los aspectos de la vida pública y por ende en la toma de decisiones, al igual que los hombres, para ello es imprescindible “permitir” que los hombres

34 ABBOUD, Neylia, ob. cit. p. 21.

35 ACUÑA, Marcela: *Derecho de regulación directa y regular*, ob. cit. p. 30.

se involucren en el ámbito privado para así dar espacio, sin dejar de ejercer la corresponsabilidad, a las mujeres, produciéndose entonces un balance necesario, que permita que coexista la vida familiar y laboral.

No basta, para que la sociedad evolucione, que la ley consagre y recoja principios como la corresponsabilidad parental, abriendo el espacio público a las mujeres, si no se abre paralelamente la posibilidad de que los hombres ingresen y conozcan el espacio privado.

En nuestro caso concreto la legislación laboral se ha abierto a la incorporación de las mujeres como pares respecto de los hombres, sin embargo, no lo ha hecho guardando equilibrio entre ambos sexos. Por el contrario, se ha producido una verdadera sobrecarga sobre las mujeres, dejándolas como líderes en el ámbito público y pares en el ámbito privado.

A manera de ejemplo, se puede mencionar que, de acuerdo con el art. 203 del Código del Trabajo chileno, la obligación de contar con salas cuna solo rige para aquellas empresas que cuenten con veinte o más trabajadoras (vale decir, mujeres), por lo que es evidente el sesgo, al suponer que es la madre (y no el padre) quien debe hacerse responsable de los hijos, y que, por lo mismo, solo ellas reciben el beneficio señalado en el ámbito laboral.

También se puede hacer referencia a la especial situación que opera respecto del permiso parental postnatal. Esto, porque a partir de la Ley 20.545 del año 2011, que modificó el Código del Trabajo, el padre podrá hacer uso del permiso posnatal que, originalmente solo tenía la madre. Sin embargo, para que ello opere, será la madre trabajadora quien deberá entregar o ceder este derecho al hombre. Vale decir, nuevamente la ley supone, *a priori*, que la encargada de responsabilizarse de los hijos en común es la mujer, y solo supletoriamente actúa el padre. Esto ha significado que, según cifras oficiales

de la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO) menos del 1% de los padres hayan hecho uso de esta posibilidad, ya que prioritariamente lo usan las madres³⁶.

Estas diferencias en materia laboral, que no se advierten del mismo modo en materia civil y de familia, se explican por factores culturales. Como lo asevera Alejandra Sepúlveda, la sociedad chilena “sigue siendo sumamente conservadora y machista, principalmente, en la asignación de las responsabilidades familiares y sociales que a cada uno le competen y que claramente se diferencian entre hombres y mujeres” (2017).

Aun cuando estamos de acuerdo con la afirmación anterior, creemos que la época de cambios jurídicos y políticos que vive Chile, especialmente en materia constitucional, puede permitir que la actualización y la homogenización de nuestras normas se produzca sin que sea necesario que operen los cambios culturales, los que pueden tomar muchas décadas en ocurrir. El proceso constituyente chileno pasa a ser una interesante oportunidad para recoger de manera amplia y coherente los deberes de ambos padres respecto de sus hijos, sin que medie ninguna clase de prejuicio de género.

Por lo mismo, intentaremos explicar en qué sentido una nueva Constitución, nacida al alero de movimientos sociales que han activado el poder constituyente soberano, puede colaborar con esta tarea.

36 SEPÚLVEDA, Alejandra: *Postnatal parental masculino: no hay derecho (ni deber)*, publicación de fecha 30 de octubre de 2017, en el periódico digital El Mostrador, enlace: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/10/30/posnatal-parental-masculino-no-hay-derecho/> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

9.- Razones por las cuales la constitucionalización de la corresponsabilidad parental en Chile

La falta de homogeneidad normativa en Chile en torno a la idea de corresponsabilidad se demuestra, como se ha señalado, por un diferente trato de la misma entre las legislaciones civil y laboral. En buena medida, dicha disparidad proviene del hecho que este principio no ha sido recogido por la norma de mayor jerarquía, como es la Constitución.

En efecto, a partir de la supremacía y de la fuerza vinculante de la Constitución, la inclusión en ella de los principios fundamentales de organización social, produce un efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, el que es conocido como la constitucionalización del Derecho.

No obstante ello, claro está que no cualquier axioma, por importante que pueda parecer, merece ser incluido en la norma superior de un ordenamiento. Algunos de los criterios que han de tenerse cuenta para adoptar esta decisión tendrán que ver, en primer lugar, con las circunstancias históricas que motivaron el momento constituyente que da origen al nuevo texto, y también si se trata de una materia que pueda ser considerada propia de derechos fundamentales.

En relación con el primero de los dos criterios, efectivamente la inclusión de la corresponsabilidad parental puede obedecer, al menos a dos fenómenos históricos que han motivado el proceso constituyente que actualmente vive Chile, estos son: la fuerza del movimiento feminista y una creciente demanda social por mejorar las condiciones de vida de NNA.

Respecto del primero de ambos fenómenos, el protagonismo del movimiento feminista en la demanda constituyente en Chile ha sido clave. Esta circunstancia debe ser destacada con particular fuerza ya que, como señalan Viviana Ponce de León y Yanira Zúñiga, “como las mujeres históricamente

han estado excluidas de todos los procesos que implican toma de decisiones relevantes, es evidente que también han estado excluidas de los procesos de cambio constitucional³⁷.

Dentro de muchas otras, mencionaremos tres manifestaciones incidentes de este movimiento reivindicatorio en el ámbito constitucional.

La primera fue la instalación de una *performance*, creada por el colectivo “Las Tesis”, denominada “Un violador en tu camino”, la cual protestaba en contra del sistema patriarcal y machista instalado en Chile. La creación artística se alzó como un grito desesperado en contra de la violencia de género y su impunidad, identificando diversos culpables: el Estado (a quien se le acusa de ser “opresor” y “un macho violador”), la policía (“los pacos”), el sistema de justicia (“los jueces”), el Gobierno (“el presidente”) y, en general, la propia sociedad que disminuye y justifica la gravedad de la violencia de género (“la culpa no era mía, ni donde estaba, ni cómo vestía”). La coreografía asociada a este verdadero himno contra la violencia de género se reprodujo innumerables veces en todo el país, y fue una expresión recurrente de las movilizaciones sociales por una nueva Constitución. A tal llegó su relevancia que, a juicio de Rita Segato, fue algo que se “salió de control de los medios habituales [y] circuló por el planeta por sus propios pies, evadió todos los filtros, todas las selectividades de los canales convencionales”³⁸ (2019).

La segunda manifestación del clamor feminista fue la conmemoración del Día Internacional de la Mujer, el 8 de marzo de 2020, a casi dos meses del Acuerdo de Paz y Nueva Constitución y pocos días antes de iniciarse la cuarentena producto de la pandemia por COVID-19. Según se ha documentado, más de un millón de personas, esta vez casi exclusivamente mujeres,

37 PONCE DE LEON, Viviana y ZÚÑIGA, Yanira: “Las mujeres y los procesos constituyentes”. En: Bassa (editor): *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020. p. 214.

38 SEGATO, Rita: *La violación no es un acto sexual, es un acto de poder de dominación, es un acto político*, publicación de fecha 11 de diciembre de 2019, en el sitio web de BBC News, enlace <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50735010> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

salieron a las calles de Chile, ya no solo con el petitorio general de una nueva Carta Fundamental, sino que, además con la exigencia de que ella debía tener una perspectiva de género que recogiera de una vez, los derechos de las mujeres y, en general, de las diversidades postergadas históricamente. De allí que se planteara, por parte de las convocantes a estas movilizaciones, que “la Constitución será feminista, o no será”³⁹ en clara alusión a que esta materia no puede ser un elemento accesorio del texto que se redactara, sino más bien, debía tratarse de un eje transversal ineludible y necesario.

La tercera manifestación es, por supuesto, el hito histórico fundamental de ser la Convención Constitucional chilena, la primera asamblea constituyente de la Historia diseñada de manera paritaria, esto es, compuesta por mismo número hombres y mujeres. La paridad fue una conquista fundamental del movimiento feminista ya que se entendió que no bastaba con un documento donde los hombres reconocieran derechos en beneficio de las mujeres, de forma nuevamente paternalista, sino que era imprescindible que este fuera redactado con el máximo equilibrio posible entre ambos géneros, donde las constituyentes femeninas tuvieran exactamente la misma voz que los constituyentes varones. Más allá que la propuesta constitucional fuera rechazada en el plebiscito del día 4 de septiembre de 2022, la sola circunstancia que se instalara una asamblea con estas características es una circunstancia de enorme trascendencia.

Al menos estas tres circunstancias, simbólicas, política y jurídicas, pueden llevar a concluir la necesidad de que la nueva Constitución se haga cargo de las inequidades históricas entre hombres y mujeres, lo cual, en el ámbito familiar y *filiativo*, se manifiesta, entre otras cosas, en la necesidad de asumir la corresponsabilidad parental, sin beneficios, exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo por motivo de género. Postulamos, por lo tanto, que la impronta de las demandas provenientes de los movimientos

39 SEPÚLVEDA, Bárbara: “La Constitución será feminista, o no será”. Columna de opinión de fecha 8 de septiembre de 2021, en el periódico The Clinic, enlace <https://www.theclinic.cl/2021/09/08/columna-de-la-convencional-barbara-sepulveda-hales-la-constitucion-sera-feminista-o-no-sera/> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

feministas va dirigida a proclamar una efectiva igualdad de géneros en todos los ámbitos, por lo que el principio en análisis debiera ser reconocido en el próximo texto constitucional.

El segundo fenómeno que analizaremos y que debiera justificar la inclusión de la corresponsabilidad parental en la Constitución, es la necesidad de garantizar en ella, los derechos de NNA.

Como primera referencia, debe tenerse presente que, en buena medida, las movilizaciones sociales de octubre de 2019 que desencadenaron el proceso constituyente fueron iniciadas por estudiantes secundarios, vale decir personas mayoritariamente menores de 18 años, que protestaron en contra de un alza de pasajes del Metro de Santiago, ya referido previamente. Todo se inicia con la evasión del pago de la tarifa, saltándose los torniquetes de ingreso al tren subterráneo de la capital, como método de protesta pacífica en contra de la medida gubernamental. Esta demostración de consciente rebeldía en contra de un modelo que conducía a “una vida difícil de sobrellevar, muy cara de costear y que, además, se verifica en un entorno de abusos en que los más poderosos parecen ser impunes a la acción de la ley”⁴⁰, inspiró que, días después, se desarrollaran todas las demás movilizaciones tendientes a redactar una nueva Constitución.

Pero, adicionalmente, las exigencias por un sistema que se haga cargo de las necesidades y de los derechos de NNA fueron demandas muy habituales en dichas movilizaciones. Por una parte, la falta de inversión y la absoluta despreocupación del Servicio Nacional de Menores (SENAME), organismo estatal encargado de velar por los derechos de niños y niñas en situación de riesgo social, llevó a una crisis profunda del mismo, lo cual derivó en abusos y descuido inexcusable de NNA bajo su resguardo. A su vez, innumerables

40 LOVERA, Domingo: “El camino constitucional de los pingüinos: ensayo y aprendizaje”. En: Guiloff, Lorca, Marshall y Selame (editores y editoras): *La hoja en blanco, claves para conversar una nueva Constitución*. Ediciones La Pollera, Santiago de Chile, 2020. p. 148.

casos de abuso infantil, provenientes de diferentes fuentes, incluso de agentes del Estado y de miembros de las iglesias, terminaron por colmar la paciencia de millones de chilenos.

Es así como la agenda referida a NNA adquirió una relevancia probablemente nunca antes vista en Chile. La sensación de indefensión de este grupo vulnerable de personas fue uno de los tantos detonantes de un estallido social incontrarrestable.

De esta forma, nuevamente, los temas de infancia pasan a ser un elemento fundamental del cambio constitucional. A la necesaria inclusión de principios básicos, como el del interés superior del niño, se agregan otros derivados del mismo, como es el aseguramiento efectivo del derecho a una educación de calidad, pública, gratuita, laica y no sexista, y también garantías de un cuidado adecuado de los derechos de NNA, en todos los ámbitos de sus vidas. En ese escenario, la constitucionalización de la corresponsabilidad parental también aparece como una necesidad ineludible.

Finalmente, será necesario señalar que no solo circunstancias históricas motivan la incorporación de la mencionada corresponsabilidad parental en una eventual próxima Constitución. También ella se explica por cuanto se trata de una cuestión propia de derechos fundamentales y, por lo tanto, una de las materias esenciales de todo texto fundamental.

Diremos que la corresponsabilidad es, efectivamente, una materia que pertenece a los derechos fundamentales, por dos razones que ya hemos esbozado previamente y sobre las cuales no es necesario insistir.

En primer término, porque es una de las tantas vías idóneas para asegurar igualdad de trato entre hombres y mujeres, entre padres y madres. Por lo tanto, está relacionado con el derecho a no ser discriminados en razón de nuestro sexo o género.

Y, en segundo lugar, porque es manifestación de los Derechos de NNA, asegurados por la Convención, pero que el ordenamiento constitucional chileno no recoge de manera concreta y uniforme.

De esta forma, la constitucionalización de la corresponsabilidad parental queda justificado tanto por razones históricas, vinculadas con la génesis misma del próximo texto constitucional, como por razones materiales, al tratarse de un asunto vinculado con los derechos fundamentales de las personas.

II. CONCLUSIÓN

El Derecho Civil chileno de mediados del Siglo XIX, y que rigió hasta la entrada en vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño, estaba inspirado en concepciones tradicionales que incluían, entre otros aspectos, la primacía de las familias matrimoniales respecto de las demás, y la preferencia de los hijos nacidos dentro del vínculo conyugal por sobre los procreados fuera de él. Además, dicha visión tradicional marcaba muy claramente las diferencias de roles entre hombres y mujeres: los primeros, proveedores de los medios de sustento para la familia, y las segundas, las encargadas de cuidar a los hijos en común.

En gran medida, fue la mencionada Convención la que, a partir del año 1990, fue transformando nuestra legislación civil, gracias a la incorporación del principio del interés superior del niño al ordenamiento jurídico. Dentro de estos cambios, y a través de diferentes reformas al Código Civil, comienza a incorporarse la idea de corresponsabilidad parental en nuestra legislación.

Sin embargo, los avances que se advierten en la el Derecho de Familia no han marchado al mismo ritmo en las demás áreas. Particularmente, en el Derecho del Trabajo, si bien se advierten aproximaciones interesantes que tratan de recoger la idea de la corresponsabilidad parental, lo hacen de manera

incompleta, manteniendo sesgos y prejuicios, con lo que no solo se afectan los derechos de NNA, sino que además son indicios de discriminaciones de género inaceptables para el Siglo XXI.

Paralelamente, Chile está viviendo un proceso de cambio constitucional que, a la fecha del presente trabajo, se encuentra en un plano de negociaciones políticas de incierto futuro.

Sin embargo, sin perjuicio de la contingencia, lo que se ha postulado en este artículo es que el proceso de redacción de una eventual nueva Constitución puede ser una oportunidad invaluable para recoger el principio de corresponsabilidad parental en la norma de mayor jerarquía. De esta forma, se podría permitir un grado de mayor homogeneidad entre las diferentes normas que componen nuestro ordenamiento, sin las diferencias detectadas entre el Código Civil y las demás leyes.

Por lo demás, esta posibilidad podría encontrar su sustento, tanto en las condiciones históricas que hacen reflexionar acerca de la necesidad de una nueva Constitución, como en la aplicación de criterios propios de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

ABBOUD, Neylia: *El cuidado compartido*. Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

ACUÑA, Marcela: "El principio de corresponsabilidad parental". En: *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Volumen 20, N° 2, 2013. Págs. 21 y ss.

ACUÑA, Marcela: *Derecho de regulación directa y regular*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo: “El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. En: *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. N° 1, 2014. Pág. 279 y ss.

DEL PICÓ, Jorge: *Derecho de Familia*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016.

Excma. Corte Suprema de Chile. Sentencia rol. 1384-2008, de fecha 14 de abril de 2008.

Excma. Corte Suprema de Chile. Sentencia rol 3666-2014, de fecha 6 de octubre de 2014.

Excma. Corte Suprema de Chile. Sentencia rol. 99861-2016, de fecha 23 de mayo de 2017.

GARZA, María: “Garantizar la igualdad de género”. En: *Ciencia, técnica y mainstreaming social*, Universitat Politècnica de Valencia, N° 3, 2019. Págs. 62 y ss.

LATHROP, Fabiola y ESPEJO, Nicolás: *Responsabilidad parental*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.

LEPIN, Cristian: “Reformas a las relaciones paternofiliales. Análisis de la Ley N° 20.680”. En: *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*. Universidad de Chile, N° 3, 2000. Pág. 285 y ss.

LOVERA, Domingo: “El camino constitucional de los pingüinos: ensayo y aprendizaje”. En: Guiloff, Lorca, Marshall y Selame (editores y editoras): *La hoja en blanco, claves para conversar una nueva Constitución*. Ediciones La Pollera, Santiago de Chile, 2020. Págs. 147 y ss.

PONCE DE LEON, Viviana y ZÚÑIGA, Yanira: “Las mujeres y los procesos constituyentes”. En: Bassa (editor): *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020. Págs. 207 y ss.

SEGATO, Rita: *La violación no es un acto sexual, es un acto de poder de dominación, es un acto político*, publicación de fecha 11 de diciembre de 2019, en el sitio web de BBC News, enlace <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50735010> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

SEPÚLVEDA, Bárbara: “La Constitución será feminista, o no será”. Columna de opinión de fecha 8 de septiembre de 2021, en el periódico The Clinic, enlace <https://www.theclinic.cl/2021/09/08/columna-de-la-convencional-barbara-sepulveda-hales-la-constitucion-sera-feminista-o-no-sera/> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

SEPÚLVEDA, Alejandra: *Postnatal parental masculino: no hay derecho (ni deber)*, publicación de fecha 30 de octubre de 2017, en el periódico digital El Mostrador, enlace: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/10/30/posnatal-parental-masculino-no-hay-derecho/> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

SCHMIDT, Claudia: “Algunas reflexiones acerca de la Ley N° 20.680 sobre relación parental, con especial referencia a la corresponsabilidad patrimonial: ¡Lo pendiente!”. En: *Revista de Derecho de Familia N° 1*, 2014, pp. 29-39.

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia rol 2699, de fecha 16 de junio de 2015.