



Universidad de
los Andes



**FACULTAD
DE DERECHO**

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XII

PONENCIAS PRESENTADAS EN LAS
XIV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

HERNÁN CORRAL TALCIANI
PABLO MANTEROLA DOMÍNGUEZ
(EDITORES)



THOMSON REUTERS

ÍNDICE

| | Página |
|--|--------|
| PRESENTACIÓN | 1 |
| CONFERENCIA INAUGURAL | |
| LA REFORMA FRANCESA DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS A LA LUZ DEL DERECHO UNIFORME; ENTRE RUPTURA Y CONTINUIDAD..... <i>Aude Denizot-Libreros</i> | 5 |
| I. PERSONA Y DERECHOS REALES | |
| EL MALTRATO ESTRUCTURAL A LAS PERSONAS MAYORES EN CHILE. CARACTERIZACIÓN DESDE EL DERECHO CIVIL..... <i>Carolina Riveros Ferrada</i> | 23 |
| VOLUNTAD NEGOCIAL Y PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ADULTO MAYOR..... <i>Ricardo Saavedra Alvarado</i> | 31 |
| ¿EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LA LEY, Y EN PARTICULAR DE LA LEY CIVIL, MANTIENE UNA NATURALEZA ANDROCÉNTRICA?..... <i>Laura Alborno Pollmann</i> | 45 |
| ¿RÉGIMEN? DE COMUNIDAD EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL. ALGU- NAS CONSIDERACIONES SOBRE SU ADMINISTRACIÓN Y RESPONSABILIDAD..... <i>Manuel Barría Paredes</i> | 59 |
| EL TÍTULO EN EL PRECARIO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CUANDO LO QUE SE INVOCA COMO TÍTULO ES UNA RELACIÓN DE FAMILIA. ¿SE DESPROTEGE LA PROPIEDAD? | 73 |
| <i>Leonor Etcheberry Court</i> | |

| | Página |
|---|--------|
| SOBRE EL MOMENTO DE EFICACIA DE LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD A <i>NON DOMINO</i> POR TRADICIÓN..... | 87 |
| <i>Alfredo Ferrante</i> | |
| LA ACCIÓN PERSONAL SE CONFUNDE CON LA ACCIÓN HIPOTECARIA. A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA..... | 99 |
| <i>Cristián Andrés Larrain Páez</i> | |
| EL DERECHO DE CONSERVACIÓN Y EL PROBLEMA DE SU CARÁCTER REAL (LEY N° 20.930)..... | 111 |
| <i>Patricio Lazo</i> | |
| EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL: LA INSPIRA- CIÓN DE ARTEMISA LLEGA AL DERECHO PRIVADO CHILENO..... | 123 |
| <i>María Agnes Salah Abusleme</i> | |
| EL POSEEDOR SEGÚN EL REGISTRO DEL CONSERVADOR DEBE SER EL SUJETO PASIVO EN EL PROCESO EXPROPIATORIO DE UN INMUEBLE INS- CRITO. SISTEMA DE LA LEY, HISTORIA, JURISPRUDENCIA..... | 141 |
| <i>José Joaquín Ugarte Godoy</i> | |

II. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

| | |
|--|-----|
| LA INTERRUPCIÓN CIVIL DE LA PRESCRIPCIÓN POR LA MERA PRESEN- TACIÓN DE LA DEMANDA | 161 |
| <i>Carlos Pizarro Wilson</i> | |
| LA NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA DEBE EFECTUARSE DENTRO DEL PLA- ZO DE PRESCRIPCIÓN PARA INTERRUMPIR CIVILMENTE LA PRESCRIPCIÓN..... | 173 |
| <i>Ruperto Pinochet Olave</i> | |
| SOBRE LA EFICACIA PROCESAL DE LA DEMANDA QUE INTERRUMPE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA..... | 189 |
| <i>Jaime Alcalde Silva</i> | |
| “SE OBLIGA COMO FIADOR Y CODEUDOR SOLIDARIO”: REVISIÓN DEL ALCANCE DE UNA CLÁUSULA USUAL EN LA CONTRATACIÓN CHILENA | 211 |
| <i>Hernán Corral Talciani</i> | |
| LAS RELACIONES INTERNAS EN LA SOLIDARIDAD PASIVA LEGAL Y EN LAS OBLIGACIONES CONCURRENTES | 225 |
| <i>Andrés Kuncar Oneto</i> | |

| | Página |
|---|--------|
| LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL Y EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LA PERSONA DEUDORA..... | 239 |
| <i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i> | |
| INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS. CUESTIONES PREVIAS AL USO DE LOS ARTÍCULOS 1560 A 1566 DEL CÓDIGO CIVIL | 257 |
| <i>Rodrigo Coloma Correa</i> | |
| LA EXPANSIÓN DE LA LEY DE CONSUMO A MATERIAS EXCLUIDAS Y A LEYES QUE SOLUCIONAN SUS PROPIAS CONTROVERSIAS..... | 269 |
| <i>Francisca María Barrientos Camus</i> | |
| FUERZA ECONÓMICA Y ABUSO DE POSICIÓN DE DEBILIDAD DE LA CONTRAPARTE EN EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DEL DERECHO DE CONTRATOS | 289 |
| <i>Enrique Barros Bourie</i> | |
| POR LA VALIDEZ Y PLENA EFICACIA DEL CONTRATO DE PROMESA UNILATERAL. LA DISTINCIÓN CON EL CONTRATO DE OPCIÓN Y LA RELEVANCIA TANTO PARA EL LEASING COMO PARA LAS OPCIONES DE COMPRA O VENTA DE ACCIONES..... | 311 |
| <i>Bruno Caprile Biermann</i> | |
| CARGAS DE COLABORACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN | 321 |
| <i>María Sara Rodríguez Pinto</i> | |
| EFFECTOS DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR UN FALSO MANDATARIO: FACULTAD DEL JUEZ DE ABSOLVER EN SU PRUDENCIA AL MANDANTE (ARTÍCULO 2173 INCISO 3° DEL CÓDIGO CIVIL) | 341 |
| <i>Gian Franco Rosso Elorriaga</i> | |
| LA PRESTACIÓN OBJETO DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS | 359 |
| <i>María Graciela Brantt Zumarán</i> | |
| EL DESISTIMIENTO DEL CLIENTE EN LOS CONTRATOS DE SERVICIO: UN DERECHO AD NUTUM. BASES NORMATIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO..... | 375 |
| <i>Gonzalo Severin Fuster</i> | |
| CONTRATO DE EDUCACIÓN SUPERIOR: GRATUIDAD NO SIGNIFICA GRATUIDAD | 389 |
| <i>Juan Andrés Varas Braun</i> | |

| | Página |
|--|--------|
| LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO POR LA INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL | 399 |
| <i>Rodrigo Barriá Díaz</i> | |
| RESTITUCIÓN DE GANANCIAS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL..... | 419 |
| <i>Rodrigo Momberg Uribe</i> | |
| III. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL | |
| MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE CONTRATOS..... | 435 |
| <i>Adrián Schopf Olea</i> | |
| UNA REVISIÓN DEL <i>IUS ELECTIIONIS</i> EN EL DENOMINADO DERECHO DE REMEDIOS | 453 |
| <i>Rodrigo Barcia Lehmann</i> | |
| POR LA ARTICULACIÓN DE UN SISTEMA DE MEDIOS DE TUTELA PRE- CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO | 465 |
| <i>Patricia Verónica López Díaz</i> | |
| EL REINTEGRO DEL VALOR DEL OBJETO DE LA PRESTACIÓN. ¿CUMPLI- MIENTO EN EQUIVALENCIA O INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS?..... | 485 |
| <i>Álvaro Vidal Olivares</i> | |
| LA CREACIÓN DE RIESGOS NO PERMITIDOS EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: ¿UN PROBLEMA DE CULPA? HACIA UN SISTEMA FUNCIONAL..... | 501 |
| <i>Cristián Aedo Barrena</i> | |
| EL EFECTO REDUCTOR DEL HECHO CONCURRENTES DE LA VÍCTIMA EN LA DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO | 517 |
| <i>David Quintero Fuentes</i> | |
| DEBERES DE PROTECCIÓN Y CULPA DE LA VÍCTIMA: REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR EXPOSICIÓN IMPRUDENTE AL DAÑO EN LA RES- PONSABILIDAD CONTRACTUAL | 527 |
| <i>Lilian C. San Martín Neira</i> | |
| EL ESTATUTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADO DEL INCUMPLI- MIENTO DE LOS DEBERES MATRIMONIALES | 543 |
| <i>Yasna Otárola Espinoza</i> | |

| | Página |
|--|--------|
| EL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL ENTRE CÓNYUGES | 557 |
| <i>Susan Turner Saelzer</i> | |
| ACUERDO DE UNIÓN CIVIL Y ACCIONES INDEMNIZATORIAS DEL CONVIVIENTE CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR TERCEROS AL OTRO CONVIVIENTE | 567 |
| <i>Eduardo Court Murasso</i> | |
| INDEMNIZACIONES POR ANTICONCEPCIONES FALLIDAS EN CHILE. ¿A QUÉ TÍTULO? | 577 |
| <i>Hugo A. Cárdenas Villarreal y José A. Sánchez Rubín</i> | |
| ¿DEBE SER RESARCIDO QUIEN, EJECUTANDO UN ACTO ILÍCITO O PROHIBIDO EN EL CONTRATO QUE CELEBRÓ, ES DAÑADO POR LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA DE SU CONTRAPARTE? | 593 |
| <i>Cristián Banfi del Río</i> | |
| EFFECTOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL: ALGUNAS NOTAS EN PERSPECTIVA EVOLUTIVA | 607 |
| <i>Carmen Domínguez Hidalgo</i> | |
| DOLO Y CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR COMPETENCIA DESLEAL | 621 |
| <i>Mauricio Tapia Rodríguez</i> | |
| INDEMNIZACIÓN A CONSUMIDORES POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE UN ILÍCITO ANTICOMPETITIVO EN EL DERECHO CHILENO | 639 |
| <i>Gabriel Hernández Paulsen</i> | |
| LAS LIMITACIONES AL DAÑO EN CONSUMIDORES: ENTRE LA PUNICIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA CAUSALIDAD EN DESMEDRO DE LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO | 657 |
| <i>Juan Ignacio Contardo González</i> | |
| EL RIESGO DE LA IGNORANCIA: DECLARACIONES DELIBERADAMENTE FALSAS | 671 |
| <i>Íñigo de la Maza Gazmuri</i> | |
| LA RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES DE COLEGIOS POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR SUS ALUMNOS | 687 |
| <i>Lucía Rizik Mulet</i> | |

IV. FAMILIA Y SUCESIONES

| | |
|--|-----|
| INMADUREZ AFECTIVA Y NULIDAD DE MATRIMONIO | 707 |
| <i>Carlos Salinas Araneda</i> | |
| DE LA AUSENCIA DE MECANISMOS EFICACES DE CONTROL DE LA EXISTENCIA DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL | 725 |
| <i>Alexis Mondaca Miranda</i> | |
| ¿A LA DEDICACIÓN DE CUÁLES HIJOS SE REFIERE EL ARTÍCULO 61 DE LA LEY N° 19.947? | 741 |
| <i>Veronika Wegner Astudillo</i> | |
| LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL MATRIMONIO Y SU APLICACIÓN EN EL REGISTRO CIVIL | 755 |
| <i>Jimena Valenzuela del Valle</i> | |
| RESPONSABILIDAD PARENTAL EN AMÉRICA LATINA: DE LA PREFERENCIA MATERNA LEGAL A LA PLURIPARENTALIDAD JURISPRUDENCIAL | 763 |
| <i>Fabiola Lathrop Gómez</i> | |
| ¿QUÉ ALCANCE TIENE LA IGUALDAD DE DERECHOS HEREDITARIOS ENTRE EL CÓNNYUGE Y EL CONVIVIENTE CIVIL? | 771 |
| <i>Mario Opazo González</i> | |
| LA SUCESIÓN DEL PATRIMONIO VIRTUAL: ESPECIAL REFERENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO Y A LOS PERFILES EN REDES SOCIALES | 787 |
| <i>Susana Espada Mallorquín</i> | |
| LOS PROBLEMAS ASOCIADOS A LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE CUOTA HEREDITARIA | 801 |
| <i>Fabián Elorriaga De Bonis</i> | |
| CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW | 815 |

RESPONSABILIDAD PARENTAL EN AMÉRICA LATINA: DE LA PREFERENCIA MATERNA LEGAL A LA PLURIPARENTALIDAD JURISPRUDENCIAL

FABIOLA LATHROP GÓMEZ*

RESUMEN

Esta ponencia busca presentar una visión general y panorámica de la regulación de la responsabilidad parental en América Latina. Contiene los resultados parciales de un análisis comparativo de las legislaciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Se resumen aspectos referidos a su denominación y contenido, titularidad, reglamentación en caso de separación de los progenitores, así como las tendencias generales en materia de privación y extinción. Se concluye que un sinnúmero de aspectos desafían hoy a la dogmática latinoamericana en la regulación de la responsabilidad parental. La consagración formal de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño no ha alcanzado la efectividad deseada: diversas instituciones del Derecho de Familia están construidas bajo paradigmas anteriores a su entrada en vigencia y no han sido suficientemente actualizadas a nuevos principios.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de transformación social del siglo XX, los ordenamientos latinoamericanos intentaron ajustarse a los Tratados Internacionales de Dere-

* Profesora Asociada del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; flathrop@derecho.uchile.cl. Esta ponencia contiene algunos aspectos desarrollados en un trabajo previo que esta profesora ha escrito en coautoría: HERRERA, Marisa y LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Parental responsibility: A comparative study of Latin American legislation", en *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford Journals, Oxford University Press, 2016, doi: 10.1093/lawfam/ebw010.

chos Humanos y al Derecho comparado. El Derecho de Familia de la región, basado en un modelo patriarcal y en la aplicación de criterios legales hermenéuticos del siglo XIX, comenzó a reconstruirse en torno a sistemas sociales y familiares más democráticos.

En este trabajo se intenta demostrar que si bien se ha pretendido afianzar los derechos de las personas adultas y los de los niños en los ámbitos nacionales, no siempre se ha logrado coherencia con las legislaciones (Códigos Civiles y leyes especiales); pues las leyes civiles suelen ser más tradicionales y refractarias a concepciones modernas. En particular, inspirados en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), algunos países comenzaron a incorporar y desarrollar instituciones más inclusivas y democráticas, abandonando el modelo románico de la “patria potestad”; sin embargo, subsisten reminiscencias de esta figura que impiden o dificultan interpretaciones acordes a la CDN.

En lo que concierne a la relación entre progenitores e hijos, conocida de manera contemporánea como “responsabilidad parental”, el Derecho latinoamericano se ha centrado en la regulación de los efectos que la ruptura de la pareja produce en los hijos. No existe suficiente desarrollo en ámbitos legales, dogmáticos ni jurisprudenciales acerca de su concepto, contenido y, especialmente, de sus principios; se observa una aproximación atomizada a ella a propósito de intereses específicos de algunos grupos, como son el reconocimiento de nuevas identidades y nuevas formas de parentalidad. Probablemente, esta falencia explique en parte el dilema que viven hoy algunos países frente a la falta de regulación de tópicos que superan paradigmas tradicionales, que no encuentran espacio en la legislación interna, como son las cuestiones relacionadas con las parejas de progenitores del mismo sexo; la función del *step-parent* en la familia ensamblada; las filiaciones no biológicas; la *pluriparentalidad*, y el ejercicio de derechos reproductivos de los propios hijos menores de edad conforme a su autonomía.

A continuación, me referiré a algunos aspectos de la legislación sobre la responsabilidad parental que demuestran ciertas inconsistencias y vacíos, para finalizar con algunas conclusiones.

II. DENOMINACIÓN Y CONTENIDO

Existen distintas denominaciones para referirse a la responsabilidad parental. Sólo Colombia y Argentina utilizan el nombre “responsabilidad parental”. El primero, siguiendo el modelo inglés, la define como el conjunto de dere-

chos y deberes que la ley atribuye a los progenitores en cuanto a la persona y los bienes de sus hijos menores de edad. Colombia la restringe a *derechos*, entendiéndola como un *complemento* de la “patria potestad” establecida en la legislación civil. En general, los Códigos Civiles utilizan “patria potestad” (Uruguay, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela y Chile), palabra que coexiste, a veces, con el de “autoridad parental” (Bolivia y El Salvador). Estas dos últimas denominaciones son insuficientes, pues no describen verdaderamente las funciones parentales, asociadas modernamente a “responsabilidades” y “privilegios” que el Derecho reconoce a ciertas personas en razón de los lazos de afecto y amor existentes. Es más, si bien existen leyes que han introducido principios modernos, como el de igualdad parental o corresponsabilidad parental, ellas no han modificado la denominación de algunas instituciones; es el caso del Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano y el Código Civil chileno desde 2013.

El contenido de la responsabilidad parental es amplio y comprensivo de elementos personales y patrimoniales. Sólo algunos países, como Perú y Argentina, enumeran en un elenco el contenido de la responsabilidad parental. Y, excepcionalmente se restringe la responsabilidad parental, como en Chile, donde subsiste el concepto de “patria potestad” para la administración de los bienes del hijo y la representación legal del mismo; en tanto, en lo relativo a los aspectos personales se utiliza “cuidado personal”.

III. TITULARIDAD

La titularidad, en general, recae en los progenitores (no en terceras personas). Es conjunta si está determinada la filiación con ambos progenitores, con independencia de su estado civil, la edad o sexo de los hijos; y sigue el principio básico de sistema binario de la filiación. Sin embargo, en estas materias se asoman incipientemente dos cuestiones con consecuencias jurídicas que colocan en crisis estas premisas.

La primera es que en aquellos países que extienden la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo (Argentina, Brasil, Uruguay y algunos estados de México), se deriva como consecuencia obligada el reconocimiento de que en el seno de una familia puede no existir necesariamente un hombre o una mujer. De esta forma, se admite que un niño puede tener dos padres o dos madres. Argentina faculta a los progenitores –estén o no casados, sean de igual o de diferente sexo– a elegir libremente el apellido de sus hijos, pudiendo escoger el de uno de ellos o el de ambos en el orden

que lo deseen. Ante falta de acuerdo, el régimen legal supletorio es el sorteo ante el Registro Civil.

Asimismo, se asoma el fenómeno de la *pluriparentalidad*, es decir, la posibilidad de que una persona posea más de dos vínculos filiales. En Argentina, durante 2015, se presentaron dos casos ante el Registro Civil referidos a niños nacidos por técnicas de reproducción humana en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres. Quien aportó el material genético era amigo de la pareja y cumplía también el rol de padre, por lo cual, esos niños eran criados por estos tres adultos. En ambos casos, el Registro Civil hizo lugar al reconocimiento brindado por el hombre y emitió una nueva partida en que constaba un triple vínculo filial.

En Brasil se han planteado solicitudes similares. El fallo de la Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande, en 2015, hizo lugar al reconocimiento de *pluriparentalidad* solicitado por un matrimonio de dos mujeres y por un hombre, quienes había celebrado un “pacto de filiación”. En este pacto, los tres requirentes se comprometieron recíprocamente en el ejercicio del poder familiar, derecho sucesorio, guarda, visitas y alimentos. La Cámara revocó el rechazo decidido en la instancia anterior y declaró procedente “el pedido de reconocimiento de la *multiparentalidad* en relación a la hija, debiendo rectificarse el registro civil, a fin de que conste también como progenitora la esposa de la madre, con inclusión de los respectivos abuelos maternos”.

IV. RUPTURA DE LA PAREJA

En hipótesis de separación de los progenitores, aún no hemos descrito adecuadamente el contenido de las materias que se deben regular. A diferencia de algunos países europeos, no hemos reemplazado totalmente las palabras “deberes” por “responsabilidades” ni “custodia” por “residencia” (salvo Venezuela que habla de “residencia”). No distinguimos entre la regulación de “decisiones cotidianas” y “decisiones de mayor importancia” en relación al hijo.

Existe, en cambio, variedad de denominaciones y reglas. En Perú, por ejemplo, el cuidado se ejerce por el progenitor a quien se “confían” los hijos, mientras que el otro queda “suspendido” en su ejercicio. En Chile, el cuidado personal se confía a quien “conviva” con el hijo en caso que los progenitores vivan separados.

Asimismo, diversas legislaciones consagran preferencias maternas en algunas materias; aunque la regla legal general es que el funcionamiento sobre

cuidado personal, alimentos y régimen de comunicación sea establecido de común acuerdo, y que sólo a falta del mismo se recurra al juez. En Bolivia se establece que la “autoridad parental” se ejerce por quien tiene la “guarda” de los hijos y que se prefiere a la madre en su determinación. En Ecuador, si no hay acuerdo o éste es inconveniente para el interés superior del niño, la “patria potestad” de menores de doce años se confía a la madre. En Paraguay, si los hijos son menores de cinco años, el juez debe preferir a la madre. En Perú, el hijo menor de tres años permanecerá con la madre.

En todo caso, se detectan ciertas reformas que sustituyen este modelo decimonónico. En primer lugar, en algunos países existen criterios orientadores basados en el interés del niño para la atribución de la responsabilidad parental, cuidado personal y régimen de contacto. Así sucede en Chile a partir de 2013 con el cuidado personal y la relación directa y regular. En Venezuela, en caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos para la “patria potestad”, los progenitores deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. En Uruguay, el juez debe tener en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca. En Ecuador, el juez debe regular el régimen de contacto teniendo en consideración la forma en que el progenitor ha cumplido sus obligaciones.

En segundo lugar, en cuanto al régimen de comunicación, el progenitor que no ejerce el cuidado personal tiene, fundamentalmente, derecho a su regulación; sin embargo, algunas legislaciones le reconocen derechos adicionales. Es el caso de Argentina, Bolivia y Brasil, donde puede *supervigilar* la educación y el mantenimiento de los hijos. Por su parte, varias legislaciones reconocen el derecho del niño a mantener relaciones con sus progenitores y con su *familia* en general luego de la separación. En Uruguay, el régimen de contacto es, en orden preferencial, para progenitores, abuelos y familiares e, incluso, para otras personas que mantengan vinculación afectiva estable con el hijo si el interés de éste así lo exige. En Ecuador, Perú y Paraguay también puede establecerse un régimen de contacto respecto de parientes y otras personas ligadas afectivamente al hijo.

Estas reformas se deben a que, desde hace algunos años, se ha comenzado a demandar el reconocimiento legal de una serie de cambios producidos en la estructura familiar, como la función del padre varón y los abuelos en el cuidado de los hijos. En concreto, por ejemplo, pocas legislaciones han reconocido el cuidado personal compartido y, en los casos en que lo ha sido, mayoritariamente debe ser *acordado*.

En Uruguay, los progenitores podrán determinar la “tenencia” de común acuerdo; en Venezuela, excepcionalmente, podrá convenirse el cuidado personal compartido cuando fuere conveniente al interés del hijo; en Chile, la letra de la ley excluye la posibilidad de que el juez lo establezca sin acuerdo. En Perú, en cambio, de no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, el juez tiene mayor libertad, pues puede disponer la “tenencia compartida”, salvaguardando el interés superior del niño. Brasil permite que sea decretado por el juez en atención a las necesidades específicas del niño, o en razón de la distribución del tiempo necesario para la convivencia de éste con el progenitor, agregando que, de no haber acuerdo entre los progenitores y siempre que sea posible, debe establecerse el cuidado personal compartido. En este mismo sentido, Argentina ha establecido que, a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, salvo que ello no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

En cuanto a la aplicación de estas nuevas figuras, podemos afirmar que existen inconveniencias al determinar qué ámbitos son los que se comparten: crianza o residencia y, en este último caso, la medida de la alternancia. En este sentido, Argentina constituye la excepción, pues se distinguen tres niveles de vinculación entre progenitores e hijos: titularidad, ejercicio y cuidado personal. En los tres, el principio gira en torno a la noción de “compartir”. Así, la titularidad, excepto situaciones extremas, es compartida. Lo mismo sucede con el ejercicio de la responsabilidad parental, en el cual la ruptura de la pareja no influye, continuando el ejercicio conjunto y presumiéndose que los actos que realiza uno de los progenitores cuenta con la conformidad tácita del otro. Por su parte, el cuidado personal también es por regla compartido en sus dos modalidades: alternado o indistinto, previéndose como excepción el cuidado personal unipersonal y subsistiendo aun en estos casos un deber de información mínimo por parte del progenitor conviviente.

V. PRIVACIÓN Y EXTINCIÓN

Las causales de privación de la responsabilidad parental son de carácter grave; están vinculadas a la comisión de delitos muy graves, como en Uruguay y Paraguay. La responsabilidad parental, en general, se suspende judicialmente por la prolongada demencia o larga ausencia de los progenitores; maltrato conferido a los hijos; interdicción del progenitor; la privación de su libertad; el alcoholismo o drogadicción que sufran, entre otras causas.

La extinción de la responsabilidad parental en Latinoamérica se produce con la muerte de los progenitores o de los hijos; o al alcanzar estos últimos la mayoría de edad; una causal especial de extinción es la emancipación, que puede ser legal, convencional y judicial, encontrándose en desuso las dos últimas. Al respecto, en Argentina existe una regla interesante: de conformidad con lo dispuesto en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se establece la suspensión de la responsabilidad parental en los supuestos en que la declaración de la limitación de la capacidad por razones *graves* de salud mental *impida* al progenitor dicho ejercicio; en los demás casos no se produce tal suspensión, respetando la noción de que la responsabilidad parental es una función parental que no debe suspenderse sin razón suficiente y justificada.

VI. CONCLUSIONES

En general, las legislaciones de la región obedecen a un concepto funcional de familia. No obstante ciertos esfuerzos de adecuación de políticas familiares y de la propia normativa interna a los postulados de la CDN, continúa existiendo un “progenitor” y una “madre” vinculados por un matrimonio con perspectivas de convivencia de larga duración, hijos propios y roles de género perfectamente definidos.

La vertiginosidad de las reformas legales llevadas a cabo en la región una vez ratificada la CDN, dificultó un estudio dogmático adecuado de las materias modificadas, en especial, de la responsabilidad parental. Esta vertiginosidad también produjo falta de especialización, adecuada difusión y socialización de los procesos de reforma entre los operadores del Derecho. A ello puede deberse el que nuestra jurisprudencia, salvo escasas excepciones (como el de la *pluriparentalidad* comentada), aplique criterios legales tradicionales (como el de la preferencia materna en el cuidado del hijo), incapaz de reinterpretar la normativa vigente conforme a los nuevos principios y/o a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La consagración formal de los derechos contenidos en la CDN no ha alcanzado la efectividad deseada: diversas instituciones del Derecho de Familia están construidas bajo paradigmas anteriores a su entrada en vigencia y no han sido suficientemente actualizadas a nuevos principios.

En casos de ruptura –que es la materia mayormente abordada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia– podría concluirse que las relaciones parentales parecen cada vez menos determinadas por las expectativas de roles

convencionales y más por sentimientos personales en contextos de quiebre familiar.

Se advierte que el Derecho de Familia latinoamericano está en proceso de distinguir entre los efectos de la separación respecto de la pareja, por un lado, y las consecuencias relacionadas con sus hijos. Las legislaciones parecen regular/limitar más intensamente la autonomía de los progenitores en cuestiones que vayan a impactar a sus hijos, que las que se refieren exclusivamente a sus conflictos de adultos. Esta tendencia puede ser observada en el amplio margen de competencia que el tenor literal de la ley da a los jueces al aprobar los términos de los acuerdos sobre divorcio y separación. Por el contrario, la pareja tiene más libertad para acordar materias sobre distribución de bienes o el destino de la vivienda.

Esta preocupación por el interés superior del hijo en casos de ruptura está conforme a las reglas de la CDN (artículos 3.1. y 18.1); y se manifiesta, fundamentalmente, en dos elementos. Por un lado, la obligación impuesta a la pareja en orden a presentar un acuerdo completo y suficiente que regule sus relaciones mutuas y para con sus hijos comunes. Por otro, el creciente interés por garantizar el interés superior del niño se expresa al consagrar y concretar la corresponsabilidad parental; en especial, a través de regímenes comunicacionales más flexibles y el establecimiento de modelos de custodia compartida.

No obstante esta tendencia, cabe señalar que son escasos los sistemas que colaboran *integralmente* hacia rupturas menos litigiosas, y que benefician el mantenimiento del vínculo entre progenitores e hijos tras la separación.

Finalmente, escasamente se explicitan los principios de la responsabilidad parental; sólo lo hace Argentina, incluyendo el interés superior del niño, su autonomía progresiva y su derecho a ser oído. El determinar tales principios es útil en cuanto contribuye a llenar vacíos y corregir inconsistencias de la normativa existente, como los que existen en algunos aspectos detectados en este análisis comparativo presentado.