

THOMSON REUTERS
LA LEY

REVISTA DE
DERECHO DE FAMILIA
MONOGRÁFICO
LEY N° 20.680

N° 1 - 2014

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

MODIFICACIONES A LOS EFECTOS DE LA FILIACIÓN. UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS

CRISTIÁN LEPIN MOLINA*

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Familia ha experimentado profundas transformaciones en las últimas décadas. Sin duda los cambios sociales experimentados en los últimos años han servido de base para el establecimiento de normas donde se privilegia la autonomía de la voluntad, el establecimiento de relaciones de igualdad entre los padres y el interés superior del niño, principio rector del moderno Derecho de Familia.

El 21 de junio del año 2013, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.680, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados¹.

Se trata sin lugar a dudas de la reforma más importante en materia de efectos de la filiación desde la dictación de nuestro Código Civil (1855), modificando principalmente las normas sobre el cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular y la patria potestad².

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Chile. Doctorando en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de pre y postgrado. Subdirector de la Escuela de Postgrado de la misma Universidad. Dirección: Avenida Santa María 0200, segundo piso, Providencia. Correo electrónico: clepin@derecho.uchile.cl.

¹ Esta ley es fruto de dos iniciativas parlamentarias; el Boletín N° 5917-18 que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, presentado el 12 de junio de 2008, y del Boletín N° 7007-18 que introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos, presentado el 29 de junio de 2010. Historia de la Ley N° 20.680 (2013), *Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados*. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdf>> [fecha de consulta: 16 de enero de 2014].

² Lepin Molina, Cristián (2013c), “Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680”, *Revista de Derecho, N° 3, Escuela de Postgrado* (Facultad Derecho, Universidad de Chile), p. 285.

En materia de cuidado personal establece modificaciones en su forma de atribución y en el ejercicio de este derecho-deber, incorpora además algunos criterios que se deben considerar y ponderar por el juez para decidir a cuál de los padres le corresponde el cuidado personal de sus hijos, establece también apremios para quien fuere condenado por resolución judicial a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo señalado.

Con respecto a la relación directa y regular la ley por primera vez señala un concepto, fija ciertos criterios para determinar el régimen que guiarán la labor del juez, y además consagra en forma expresa el derecho de relación directa y regular respecto de los abuelos.

En cuanto a la patria potestad se consagra el ejercicio conjunto de la misma, en el artículo 244 del Código Civil, y se autoriza a los padres para actuar indistintamente en los actos de mera conservación, y en caso de desacuerdo requerir autorización judicial. Ambas modificaciones resultan ser uno de los grandes aportes de la Ley N° 20.680, ya que en los aspectos relacionados con la administración y la representación de los hijos deben, a partir de la publicación de la ley, ejercerse de consuno por los padres, velando por el mejor bienestar de sus hijos.

Es menester analizar la reforma a las relaciones paterno-filiales incorporadas por la Ley N° 20.680 a la luz de los nuevos principios que inspiran al Derecho de Familia.

I. MODIFICACIONES AL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

En primer lugar analizaremos las principales modificaciones a la forma de atribución y ejercicio del cuidado personal de los hijos, en base a lo dispuesto en los artículos 224, 225 y 225-2 del Código Civil.

En primer lugar es necesario determinar qué se entiende por cuidado personal de los hijos. Nuestro legislador no lo define, sin embargo, estimo absolutamente imperioso determinar un concepto, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de las normas, el grado de conflicto que puede existir ente los padres y, eventualmente, el determinar cómo y quién resuelve las diferencias o conflictos³.

En este sentido, se puede sostener que el cuidado personal “se refiere al conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos”⁴. Como por ejemplo, determinar su residencia, convivir con él, cuidarlo, educarlo, etc.

En un sentido similar, el proyecto de reforma del Código Civil argentino señala en el artículo 648, que “*se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo*”.

³ Pontoriero, María Paula (dir.) (2012), *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Editorial Infojus.

⁴ Lepin Molina, 2013c, 290.

En materia de cuidado personal se debe distinguir si los padres viven juntos o separados. En el primer caso se ejerce de consuno, según lo prescrito en el artículo 224 del Código Civil⁵. Su ejercicio se basará en el principio de corresponsabilidad parental, según el cual ambos padres participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Sin embargo, cuando los padres viven separados es necesario establecer quién va ejercer estos cuidados y cómo los va a ejercer (artículo 225 del Código Civil). En ambas materias, la Ley N° 20.680 incorpora importantes modificaciones.

Por último, si es un tercero quien solicita el cuidado personal de un niño, niña o adolescente debe inhabilitar a ambos padres, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 226 del Código Civil y el artículo 42 de la Ley de Menores (N° 16.618), según se verá más adelante.

1. Atribución del cuidado personal a uno de los padres

En los casos que los padres vivan separados se mantiene el esquema de atribución del cuidado personal en base a tres fuentes: convencional, legal y judicial⁶, de acuerdo al artículo 225 del Código Civil⁷.

⁵ Artículo 224 Código Civil: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

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

⁶ Cfr. Rodríguez Pinto, María Sara (2010), *Cuidado personal de niños y adolescentes en el Nuevo Derecho Chileno de Familia*, Santiago de Chile, Editorial AbeledoPerrot-LegalPublishing.

⁷ Artículo 225 Código Civil: “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

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

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

Los primeros llamados a resolver el asunto son las partes. El legislador establece en primer lugar los acuerdos de los padres para determinar quién va ejercer el cuidado personal. Se reconoce entonces la autonomía de la voluntad de los padres a decidir sobre la materia.

Lo mismo señalamos en la Comisión Mixta: “lo que debe priorizarse es el acuerdo de las partes, de manera que sólo si no hay acuerdo entre ellas, resuelva el juez, siempre tomando en consideración el interés superior del niño”⁸.

En el igual sentido, la jueza de familia, Gloria Negroni “expresó que el propósito central en la materia en estudio es intentar evitar la judicialización y fortalecer los acuerdos de las partes. Es decir, precisó, debe ayudarse a los padres que están en una situación compleja como pareja a flexibilizar sus posiciones y a mirar a los hijos comunes desde la perspectiva de la corresponsabilidad”⁹.

A falta de acuerdo se aplica la regla de atribución supletoria, caso en el cual los hijos continuarán bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualquiera de los casos anteriores, se puede alterar la regla de atribución convencional o de atribución legal supletoria, cuando las circunstancias requieran la intervención del juez de familia y el interés superior del hijo lo haga conveniente. En este caso el juez podrá atribuir el cuidado al padre o a la madre, y en ningún caso podrá decretar el modelo de custodia compartida.

1.1. Determinación convencional

Los padres pueden pactar estos acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos en dos oportunidades: en los casos de separación de hecho, en cualquier momento en base al artículo 225 inciso 1º, y en los juicios de separación y divorcio, mediante el denominado acuerdo completo y suficiente de los artículos 27 y 55 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N° 19.947, en adelante NLMC).

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. Se trata de una manifestación de la autonomía de la voluntad de los padres.

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

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

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

⁸ Historia de la Ley N° 20.680, 2013, 658.

⁹ *Ibíd.*, 652.

La custodia compartida se incorpora por primera vez en nuestra legislación, y es definida en el artículo 225 inciso 2° del Código Civil, que señala que es “*un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad*”.

Lamentablemente, nuestro legislador basa la definición exclusivamente en la residencia alternada, ya que señala expresamente “*mediante un sistema de residencia*”, lo que se denomina por la doctrina comparada como régimen de custodia compartida alternada. A diferencia de lo que hace el proyecto de Código Civil argentino, que define el régimen de custodia compartida alternada y el régimen de custodia indistinta, en que se mantiene de manera principal el domicilio de uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado¹⁰.

Incluso, el proyecto agrega que el juez debe otorgar como primera alternativa, este último régimen¹¹.

No obstante la definición, las partes no quedan limitadas a la fórmula de custodia compartida alternada, pueden perfectamente por aplicación de la autonomía privada, pactar el modelo de custodia compartida indistinta.

Una de las principales dificultades que se puede presentar en la determinación del régimen de custodia compartida, será sin duda, qué sucede con otras obligaciones como el derecho de alimentos. ¿Es posible regular alimentos? Será necesario distinguir si se trata de un acuerdo (del artículo 225 del Código Civil o del artículo 21 NLMC). En base al principio de autonomía de la voluntad, no se observa ningún inconveniente para que los padres puedan pactar alimentos, sólo que en el caso del artículo 225 se requiere además de autorización judicial (artículos 11 inciso 3° Ley N° 14.908¹² y 2451 del Código Civil). Lo mismo puede ocurrir con el régimen de relación directa y regular, ya que si establecen un régimen de custodia compartida

¹⁰ Proyecto de Código Civil argentino, artículo 650: “*Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado*”.

¹¹ Proyecto de Código Civil argentino, artículo 651: “*Reglas generales. 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, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo*”.

¹² Ley N° 14.908, artículo 11 inciso 3°: “*El juez sólo podrá dar su aprobación a las transacciones sobre alimentos futuros, a que hace referencia el artículo 2.451 del Código Civil, cuando se señalare en ellas la fecha y lugar de pago de la pensión, y el monto acordado no sea inferior al establecido en el artículo 3° de la presente ley. La mención de la fecha y lugar de pago de la pensión será necesaria, asimismo, para que el tribunal apruebe los avenimientos sobre alimentos futuros*”.

de 6 meses con cada padre, parece razonable establecer un régimen comunicacional y alguna de las formas de comunicación virtual complementaria.

El principal problema se encuentra en la posibilidad que uno de los padres demande al otro de pensión de alimentos respecto de un hijo sobre el que tiene un régimen de custodia compartida. No veo inconveniente para que esto pueda ocurrir. Nuestra legislación señala expresamente que los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de acuerdo a su posición social¹³. Dicha situación podría ocurrir en los casos de mujeres que no realizan una actividad remunerada o de realizarla sus ingresos son ostensiblemente inferiores a los del padre de su hijo, y que impliquen que el hijo no pueda mantener su estándar de vida.

a) Acuerdo separación de hecho

Los efectos de la filiación, como el cuidado personal o la relación directa y regular suponen que los padres vivan separados, ya sea que se trate de padres que nunca convivieron o que cesaron su convivencia conyugal o de hecho.

En el primer caso, del artículo 225 del Código Civil, los padres pueden determinar el cuidado personal de sus hijos, mediante un acuerdo que debe constar por escritura pública o acta extendida ante el oficial del Registro Civil, que debe subinscribirse de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro de los 30 días subsiguientes a su otorgamiento.

El problema surge al analizar si la subinscripción es un requisito cuyo incumplimiento acarrea la sanción de nulidad o sólo se trata de un requisito de publicidad a favor de terceros, es decir, la sanción es la inoponibilidad.

De acuerdo a lo prescrito en el inciso final del artículo 225 del Código Civil, que prescribe que “*mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros*”. Estimamos, de acuerdo a esta norma, que se trata sólo de un requisito de publicidad.

De todas formas, el exigir formalidades da mayor certeza jurídica respecto al contenido de los acuerdos que en esta materia suscriban los padres. En este sentido, es un avance de la reforma el obligar a los padres a regular el régimen de la relación directa y regular en los acuerdos sobre cuidado personal (artículo 229 del Código Civil), ya que antes no se exigían solemnidades.

b) Acuerdo en juicio de separación o divorcio de mutuo acuerdo

En el segundo caso, tratándose de un juicio de separación o divorcio de común acuerdo, la relación directa y regular es una materia que integra el denominado

¹³ Código Civil, artículo 323 inciso 1º: “*Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social*”.

contenido mínimo u obligatorio del acuerdo completo y suficiente (convenio regulador), según lo prescrito por los artículos 27 y 55, en relación al artículo 21, todos de la NLMC¹⁴.

Este acuerdo es exigido como requisito de procedencia de la acción de separación judicial o de divorcio cuando es solicitado por mutuo acuerdo entre los cónyuges. Será necesario acompañar este acuerdo conjuntamente con la demanda. En caso contrario debe ser rechazada en el examen de admisibilidad (artículo 54-1 de la Ley N° 19.968, de Tribunales de Familia¹⁵, en relación al artículo 55 inciso 1° de la NLMC).

De esta forma, aunque la NLMC no exige formalidades al establecer que se deberá acompañar un acuerdo, considerando que se debe acompañar a la demanda, se entiende que como mínimo debe ser por escrito, aunque sea un otrosí del escrito de demanda. Obviamente debe estar suscrito por ambas partes, ya que se trata de un acuerdo.

No obstante, estimamos que el denominado acuerdo completo y suficiente es un acto complejo, cuyas formalidades van a depender del acto o actos que se celebren, como por ejemplo, si se pacta el cuidado personal, se deben cumplir los requisitos del artículo 225 del Código Civil.

Sobre este acuerdo existe control judicial, ya como se ha señalado, debe ser completo y suficiente. Se entiende que es completo si regula todas las materias del artículo 21 de la NLMC, es decir, respecto de los cónyuges sus relaciones mutuas, las materias relacionadas con el régimen de bienes y los alimentos que se deban. Respecto a los hijos, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular¹⁶.

Sobre este contenido obligatorio, se debe controlar la suficiencia del acuerdo por parte del juez de familia, en este sentido, se entiende suficiente el acuerdo si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas entre los cónyuges cuya separación o divorcio se solicita (artículos 27 inciso 2° y 55 inciso 2° de la NLMC)¹⁷.

Por último, cabe recordar las atribuciones que los jueces de familia tienen en los juicios de separación, de subsanar o modificar los acuerdos a objeto de que cumplan con ser completos y suficientes, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 31 inciso 2° de la NLMC, que señala “*el juez utilizará los mismos criterios al evaluar*

¹⁴ Lepin Molina, Cristián (2013a), “Autonomía de la voluntad y los acuerdos conyugales”, *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters-LegalPublishing, pp. 99- 100.

¹⁵ En adelante LTF.

¹⁶ Lepin Molina, 2013a, 99.

¹⁷ Lepin Molina, Cristián (2012), “Autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y forma de pago de la compensación económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, N° 1, p. 15.

el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente”.

En los casos del acuerdo completo y suficiente, si se presenta para aprobación del tribunal una propuesta de régimen de custodia compartida, será necesario oír a los hijos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 3º, 27, 55 y 85 inciso 2º de la NLMC, el artículo 16 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y los artículos 225-2 letra f), 227 y 242 inciso 2º del Código Civil.

De esta forma, la ley reconoce sólo a los padres la posibilidad de pactar la custodia compartida. No procede, por tanto, en los casos de atribución legal o judicial. Se reconocen así amplios márgenes a la autonomía de la voluntad de los padres.

Además, no se requiere aprobación judicial, como en el caso de las pensiones de alimentos (artículos 11 Ley N° 14.908 y 2451 del Código Civil).

1.2. Determinación legal supletoria

La segunda forma de atribución es la regla supletoria legal, que opera en el silencio de las partes. A falta de acuerdo, el hijo continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien esté conviviendo, según la nueva redacción del artículo 225 inciso 3º del Código Civil¹⁸.

Es una norma de atribución supletoria, que consagra el principio de igualdad de los padres, y que protege el interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual.

Esta regla supletoria presenta importantes beneficios. Por una parte, permite una continuidad en la vida del menor, en aquellos casos en que los padres estén separados y uno de ellos se hace cargo de los hijos y el otro desaparece o se desentiende de sus responsabilidades; o en aquellos casos en que ambos padres se encuentran presentes en la vida de su hijo, pero no han firmado un acuerdo.

Por otro lado, evita tener que judicializar todos los casos a efectos de que el tribunal de familia atribuya el cuidado personal, reconociendo la situación de hecho existente. Como señalamos en la Comisión Mixta: “en cuanto al artículo 225 del mismo Código, señaló que éste tiene que consagrar un modelo de atribución convencional, contemplando, en su inciso cuarto, la atribución legal, porque no se puede forzar a las personas a ir a tribunales para resolver sus problemas”¹⁹.

Es necesario advertir sobre una interpretación, que estimamos errónea, en cuanto considera esta regla como una norma transitoria o provisoria. Como consta en la historia de la ley, es necesario diferenciar entre las distintas formas de atribución del cuidado personal (convencional, legal y judicial), y en este caso estamos frente

¹⁸ Esta norma es similar a la que existe en el Código Civil español en el artículo 156 inciso final, que señala “*Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva*”.

¹⁹ Historia de la Ley N° 20.680, 2013, 658.

a una regla de atribución legal, distinta de la regulación provisoria que correspondería, en todo caso, a los tribunales de familia, mediante su potestad cautelar del artículo 22 Ley N° 19.968²⁰, en el marco de un juicio sobre cuidado personal.

En este último caso, los tribunales de familia pueden decidir sobre el cuidado provisorio, mediante una medida cautelar conservativa, para mantenerlo con uno de los padres, o una innovativa, para entregárselo al otro padre que no lo tiene a su cargo.

De esta forma, resulta evidente que es necesario el establecimiento de una regla supletoria legal, que brinde un mínimo de certeza. En tercer trámite constitucional, se pretendió establecer la custodia compartida como régimen supletorio, sin considerar que la custodia compartida tiene distintas variantes y que requiere una base mínima de acuerdo para funcionar. Menos aún, se consideró el interés superior del hijo, ya que la custodia compartida tiene, según sus seguidores, una serie de ventajas, pero también una serie de desventajas que van contra el mejor interés del niño.

Es claro que una regla de ese tipo pretendía resolver mediante decreto el mejor bienestar del hijo, en consecuencia, que lo que puede ser mejor para un niño en particular, puede que para otro no lo sea.

La atribución legal supletoria supone el ejercicio exclusivo del padre o madre que convive con el hijo. Situación distinta a la regla de atribución materna, que ofrecía un grado de certeza mayor y facilidades para su acreditación, pues bastaba el certificado de nacimiento para saber quién era la madre.

Respecto a si esta circunstancia de convivir con un hijo deberá acreditarse en un juicio, en principio sólo será necesario en aquellos casos en que se solicite la tuición declarativa o la entrega inmediata. Ambas acciones no están expresamente consagradas, no obstante, estimo que se trata de hacer cumplir un mandato legal, por lo que los jueces no deberían excusarse, máxime si existe una norma de interpretación e integración como el interés superior del hijo.

²⁰ Ley N° 19.968, artículo 22: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71”.

La prueba en esos casos se refiere a las circunstancias domésticas, que van más allá de la residencia, como llevar a los niños al médico, ser apoderado en el colegio, vivir con ellos, preocuparse de sus cuidados, de su vestuario, etc.

Resulta necesario determinar cuál es valor jurídico de estos acuerdos, es decir, si los padres pactan el cuidado personal de sus hijos cumpliendo todas las formalidades legales (artículo 225 del Código Civil), se debe respetar ese acuerdo o se puede prescindir de él. Es indudable que si el interés superior del hijo lo requiere, el juez puede modificar lo pactado por los padres, tal como ocurre en una sentencia. Pero una situación distinta es discutir el tema en un juicio como si el acuerdo no existiera.

La solución en este caso es entender que sólo cuando ha sobrevenido motivo justo, el juez puede alterar lo pactado por los padres o lo establecido en otra sentencia judicial. Así lo ha planteado Veloso, al indicar que “tanto respecto del cuidado personal como en materia de régimen de comunicación, así como en alimentos, también existe la institución procesal de la cosa juzgada. En efecto, sólo es posible modificar o revocar las resoluciones y/o acuerdos si ‘*sobreviene motivo justo*’. Esto es, si hay cambio de causa de pedir (fundamento o motivo) puede revocarse o modificarse lo antes acordado o resuelto. Algunos entienden que hay propiamente una cosa juzgada provisional”²¹.

1.3. Determinación judicial

La tercera forma de atribución es la judicial, es decir, la ley establece que a falta de acuerdo de los padres o para modificar el acuerdo de los padres o porque no están de acuerdo con la regla supletoria, pueden solicitar al juez de familia la atribución del cuidado personal del hijo, en igualdad de condiciones, ya que por esta reforma se eliminó la causal calificada, debiendo el juez otorgar el cuidado al padre o madre que dé garantías de satisfacer mejor el interés de su hijo.

Se elimina la causal calificada consagrada en el antiguo inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, al exigir que el cambio de titularidad sólo procediera en casos de maltrato, descuido u otra causa calificada. Dicha situación exigía un estándar de prueba muy elevado y difícil de satisfacer.

La causal calificada era una discriminación arbitraria entre el padre y la madre, sin duda contraria a la Constitución y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de mayo de 2013, en la causa Rol 2306-2012.

Por tanto, el juez deberá considerar quién de los padres garantiza mejor la mayor realización espiritual y material posible de los hijos o, si se quiere, quién garantiza el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

²¹ Veloso Valenzuela, Paulina (2011), “Algunas reflexiones sobre la titularidad del cuidado personal”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, N° 4 (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), p. 117.

La única causal que existe en la actualidad es el interés superior del hijo. De esta forma, se pasa de un sistema en que se buscaba desacreditar al otro padre, a uno en que se busca el mejor bienestar del hijo, por lo que el padre o madre que garantice mejor los derechos fundamentales de los niños, será quien debe ejercer su cuidado personal.

Este principio encabeza el título IX del Código Civil, “*De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos*”. Pero se encuentra presente en todo nuestro ordenamiento jurídico²².

El principio rector en esta materia²³, es sin duda el interés superior del niño, que de acuerdo al artículo 222, es lograr “*la 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*”.

La sentencia de 7 de octubre de 2004, de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol 7166-2003, que señala “que el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso”²⁴.

Desde nuestro punto de vista, un principio es un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que en base a una determinada orientación resuelva la controversia, por decirlo de una manera, legislando en cada caso en particular. Lo que implica un reconocimiento, por parte del legislador, de sus limitaciones, en el sentido que no puede prever todas

²² Es un principio inspirador de diversas disposiciones del Código Civil, como los artículos 222 inciso 1°, 225, 225-2, 226, 229, 234, 240, 242, 244, 245, 268 y 272.

²³ En este sentido, Resolución de fecha 31/05/2004, en causa rol 1193-2003, de la Corte Suprema (N° LegalPublishing CL/JUR/4748/2004), señala que “*el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que ‘la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...’ y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3° y 9° de la ‘Convención Internacional sobre Derechos del Niño’ ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres*”. Agrega que “*los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador*”. En el mismo sentido, Resolución de 16/08/2010, en causa rol 4307-2010, de la Corte Suprema (N° LegalPublishing CL/JUR/16829/2010).

²⁴ Disponible en www.poderjudicial.cl.

las situaciones, y que debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente²⁵.

Por otra parte, para que este mandato no se transforme en arbitrio, debe el juez reproducir su razonamiento²⁶. Evitando de esta forma las frases sacramentales que mencionan el principio en la resolución sin fundamentar la decisión²⁷.

En consecuencia, el juez debe atenerse a los principios establecidos en la ley cuando aplique las materias reguladas en ella²⁸.

Para Cillero, el interés superior del hijo “es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho en este caso se identifican”²⁹.

En un sentido similar, para Encarna Roca “el *interés del menor* se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de *fundamentales* a las personas. Por ello, la regulación que implemente este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación con problemas planteados por menores, no se encuentra con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad”³⁰.

²⁵ Lepin Molina, Cristián (2013b), “El principio de protección al cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 2, p. 515.

²⁶ Las exigencias de fundamentación de las resoluciones judiciales se encuentran en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, a propósito de la valoración de la prueba en conformidad a las reglas de la sana crítica, artículos 32 y 66 N°s. 4 y 5 que señalan el contenido de la sentencia.

²⁷ Lepin Molina, 2013b, 515.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Cillero Bruñol, Miguel (1999), “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (Unicef), N° 1, p. 54. En un sentido similar, Resolución de fecha 24/06/2010, en causa rol 608-2010 (N° Legal-Publishing CL/JUR/3505/2010), en el considerando 10° que señala “*en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como dispone el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia. Aun cuando constituye un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. El interés superior del niño aporta, también, en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna. En este sentido, cobran especial interés los efectos que el referido principio produce en el marco de las relaciones parentales, en las que, por un lado, se encuentra el derecho y responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos y, por otro, la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por interés superior de los menores, en aras de la satisfacción integral de sus derechos*”.

³⁰ Roca, Encarna (1999), *Familia y cambio social*, Madrid, Cuadernos Civitas, p. 220.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño³¹ en su artículo 3º, señala que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

La Ley que crea los Tribunales de Familia (Nº 19.968), señala en su artículo 16 inciso 2º, que el “*interés superior del niño, niña o adolescente, es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento*”.

En la Ley Nº 19.620, que dicta Normas sobre Adopción de Menores, establece explícitamente, al señalar en el artículo 1º: “*la adopción tiene por objeto velar por el interés del adoptado*”, principio que reitera en sus artículos 3º y 15 inciso 3º.

En la NLMC, se consagra como uno de sus principios informadores, en su artículo 3º, según el cual “*Las materias reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos...*”. Además, reitera la misma idea en los artículos 27 inciso 2º; 36 y 85 inciso 2º.

De esta forma, el interés superior inspira toda la normativa sobre las relaciones paterno-filiales, pero también es fuente de orientación para la interpretación de las normas y para resolver conflictos de normas o colisión de derechos.

En este sentido, Cillero ha señalado que este principio tiene una triple función: “es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”³².

En lo que representa una importante innovación, la ley incorpora una serie de criterios que el juez de familia debe considerar y ponderar para determinar el cuidado personal. El artículo 225-2 del Código Civil³³, establece criterios como la

³¹ Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde el 12 de septiembre de 1990, Decreto Nº 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Diario Oficial, 27 de septiembre de 1990).

³² Cillero Bruñol, Miguel (2007), “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño (UNICEF)*, Nº 9, p. 141.

³³ Norma similar al artículo 373-2-11 del Código Civil francés, que señala: “*Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá especialmente en cuenta:*

vinculación afectiva, la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo, su contribución a la mantención del hijo, la opinión del hijo, entre otros.

La ley señala que dichos criterios se deben considerar además para el ejercicio del cuidado personal. No vemos cómo se podría materializar dicha consideración, salvo para alterar el cuidado personal ya determinado, situación que se refiere sólo a la atribución. No existe una forma de control o vigilancia sobre la labor del padre o madre custodio, que permita la revisión señalada.

Estos criterios, que en su mayoría miran el comportamiento del padre mientras tuvo el cuidado de su hijo, parecen un tanto distantes de las necesidades espirituales y materiales del hijo. En cierto sentido, mantienen el carácter sancionatorio anterior.

Nos parece que resultaba más conveniente establecer los criterios que la jurisprudencia ya había recogido, por ejemplo, en la sentencia de 7 de octubre de 2004, de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol 7166-2003, que señala una serie de criterios para velar por el interés superior del hijo en los casos de cuidado personal “y para esta determinación en concreto, y acudiendo a criterios estudiados en la doctrina, resulta necesario analizar el caso de autos en relación, al menos, a los siguientes factores: a) la opinión del menor; b) las necesidades materiales, educativas y emocionales del mismo y la probabilidad de que sean cubiertas por quienes discuten la tuición; c) la relación afectiva con quien asumiría la tuición y el posible desarrollo afectivo y psicológico; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del menor; y d) si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición actual o futura”³⁴. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 1 de septiembre de 2004, causa Rol 4105-2004.

De acuerdo al artículo 227 inciso 2º, “*las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225*”. Es decir, dentro de los treinta días subsiguientes que la sentencia quede firme y ejecutoriada.

Por último, la reforma incorpora expresamente una sanción de multa o arresto de acuerdo al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, para quien fuere

1º *La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad;*

2º *Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1;*

3º *La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro;*

4º *El resultado de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño;*

5º *Los datos de las encuestas y contra-encuestas sociales previstas en el artículo 373-12 que hayan podido llevarse a cabo”.*

³⁴ Resolución de fecha 07/10/2004, en causal rol 7166-2003, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos³⁵.

Esta norma consagra lo que en práctica judicial se denomina “entrega inmediata”, que es aquella acción que permite que el padre custodio recupere la tenencia del hijo de la que ha sido arbitrariamente o injustificadamente privado.

No obstante, esta ley sólo se refiere a la sanción o más exactamente al apremio, con lo cual se mantienen las dudas en cuanto al procedimiento aplicable. Considero, sin embargo, que se trata de un incidente relacionado con el cumplimiento del acuerdo (en los casos de los artículos 225 del Código Civil o 21 de la NLMC), o de la regla supletoria o de la atribución judicial, en su caso, por lo que acreditado por el solicitante que es el titular del cuidado personal, el juez debe ordenar bajo apercibimiento de arresto o multa la entrega del menor al padre custodio. De igual forma se debe proceder para obtener la entrega de los bienes o especies del hijo, en caso que se niegue a entregarlas.

La Ley N° 20.680 también deroga el artículo 228 del Código Civil que prescribía que “*la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge*”. Dicha norma no tuvo aplicación y constituía un atentado contra el interés superior del niño y las normas de protección a la familia.

2. Ejercicio del cuidado personal

Según el artículo 224 Código Civil, el ejercicio del cuidado personal “*se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos*”.

Lo que significa que siempre ambos padres deben estar presentes en la vida de sus hijos, más allá de la relación o vínculo entre ellos. Se refiere, claramente, a los aspectos de la vida cotidiana de un hijo, ya que los otros efectos de las relaciones paterno-filiales, están regulados por nuestro ordenamiento jurídico, como los alimentos, la relación directa y regular y la patria potestad.

³⁵ Artículo 227 Código Civil: “*En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes.*”

Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225.

El juez podrá apremiar en la forma establecida en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez”.

El problema es que la reforma no señala cómo se materializa este principio de corresponsabilidad parental³⁶, sólo lo circunscribe a los aspectos de la vida diaria o cotidiana. En este sentido, el padre no custodio no tiene acción para oponerse a los actos o decisiones del padre custodio sobre los aspectos ya mencionados.

El asunto cobra importancia cuando los padres no están de acuerdo, por ejemplo, respecto al colegio en que van a estudiar sus hijos.

En este caso, lo aconsejable sería aplicar un criterio similar al del artículo 244 inciso 3° del Código Civil, en materia de patria potestad, estableciendo que ciertos actos, los más trascendentes, como los relacionados con la educación, la salud, la religión o un cambio de residencia del menor, requieren actuación conjunta o autorización judicial en caso de ausencia, impedimento o negativa injustificada.

Obviamente, no será necesaria dicha autorización para las situaciones cotidianas, ni mucho menos para aquellas de carácter urgente.

Esta situación no está resuelta por la Ley N° 20.680, por lo que quedará pendiente para otra reforma, a menos que la jurisprudencia resuelva el tema caso a caso.

Todo lo anterior se aplica al ejercicio exclusivo por uno de los padres, sin embargo, la ley autoriza que los padres pacten alguna forma de ejercicio compartido, con las formalidades y en las oportunidades señaladas.

3. *Atribución a un tercero*

Respecto a la posibilidad de que un tercero, pariente o extraño, solicite el cuidado personal de un niño, se mantiene la regla que debe primero inhabilitar a ambos padres, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil³⁷ y el artículo 42 de la Ley de Menores.

Sin embargo, la Ley N° 20.680 agrega que el juez debe velar primordialmente por el interés superior del niño, en la atribución del cuidado personal a un tercero, lo que se deberá considerar como un punto de prueba en los nuevos juicios sobre esta materia.

En consecuencia, sigue considerando el legislador que es un derecho-deber prioritario de los padres, y que sólo en casos que no estén en condiciones de asumir dicha obligación, el juez puede atribuirle a un tercero, prefiriendo a los consanguíneos de grado más próximo, y en especial a los ascendientes.

³⁶ Cf. Acuña San Martín, Marcela (2013), “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20, N° 2, pp. 21- 59.

³⁷ Artículo 226 Código Civil: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes”.

Será de rigor inhabilitar a ambos padres y acreditar la conveniencia para el niño que el tercero demandante detente el cuidado personal del niño, niña o adolescente.

II. MODIFICACIONES A LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

La Ley N° 20.680, en cuanto a la relación directa y regular, señala por primera vez un concepto, modifica las formas de atribución y ejercicio de este derecho-deber y regula un derecho de comunicación entre los abuelos y nietos.

No obstante los avances, falta todavía una regulación orgánica, que considere también las materias relacionadas con el cumplimiento del régimen, especialmente en lo referente al impedimento o incumplimiento del régimen comunicacional.

En este trabajo nos importa analizar el concepto y extensión del derecho-deber de relación directa y regular entre el padre o madre que no vive con su hijo, las formas de atribución del derecho y los aspectos relacionados con el ejercicio del mismo, a la luz de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 20.680.

Sin perjuicio de lo señalado, dada la incorporación del derecho de relación entre abuelos y nietos (artículo 229-2 Código Civil) postulamos la creación de un derecho de visitas (de comunicación o contacto), distinto del derecho-deber de relación directa y regular.

1. Concepto y extensión del derecho-deber

El actual artículo 229 inciso 2° del Código Civil, define la relación directa y regular, señalando que “*se entiende por relación directa y regular 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*”.³⁸

En cuanto a la denominación de este derecho-deber, la ley mantiene la establecida por la Ley N° 19.585. Tal como señala Ramos, “la disposición recién citada³⁹ introduce algunas precisiones importantes respecto a la situación existente antes de entrar en vigencia la Ley N° 19.585. En efecto, explicita que el padre que no tiene el cuidado del hijo, no sólo tiene el derecho, sino el deber de ‘mantener con sus hijos una relación directa y regular...’ (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín 1060-07, pp. 145-146). Por lo misma

³⁸ Texto anterior del artículo 229 Código Civil: “*El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.*”

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”.

³⁹ En referencia al anterior texto del artículo 229 del Código Civil.

razón –se explica en el informe– se eliminó el vocablo ‘visitas’ por considerarse que limitaba en algunos casos esta comunicación tanto en cuanto a la substancia como la forma en que puede ejercerse, entregándose, a falta de acuerdo de los padres, al tribunal la determinación de la frecuencia y libertad que ha de mantener esta relación, siempre en el marco de que sea directa con el hijo y efectuada con periodicidad regular”⁴⁰.

El actual texto del artículo 229 inciso 2º del Código Civil, define de una forma amplia el derecho de relación directa y regular, estableciendo como elemento central el mantener el contacto entre el padre o la madre y el hijo que no está a su cuidado. Nada se dice sobre si este contacto debe ser personal, por lo que, a nuestro juicio, no se restringe a compartir con el hijo dos o más días a la semana, sino que también se presenta la opción de mantener contacto durante el resto del tiempo, a través de otros medios, como los virtuales, teléfono, correo electrónico, mensajes de texto, Facebook, WhatsApp, Line, FaceTime, Skype, u otros medios de comunicación tecnológicos.

En un sentido similar, la profesora Gómez de la Torre señala que “este derecho también comprende comunicación telefónica, por cartas o por e-mail con el hijo. Telecomunicación que no puede ser prohibida o controlada por el padre que ejerce el cuidado personal, salvo por graves y justificadas razones, en atención al interés del hijo. Aprovechando los avances tecnológicos, un tribunal ordenó a un padre que vive en el extranjero mantener una relación directa y regular a través de Skype. Si bien no es un contacto personal entre padre e hijo, esta relación virtual facilita la presencia del padre en la vida del hijo. El problema que presenta este tipo de resoluciones, es cómo obligar a un padre que no quiere relacionarse con el hijo o no está interesado en comunicarse con él”⁴¹. Podríamos agregar, que esta modalidad virtual, también presenta el problema del cumplimiento por parte del padre/madre que tiene el cuidado personal del hijo. En este caso, estimamos que se pueden aplicar los mismos apremios establecidos en los artículos 48 y 66 de la Ley N° 16.618, Ley de Menores.

Así también se consigna en la Historia de la Ley N° 20.680, en la opinión de Espejo que señala: “por otra parte, sostuvo que el proyecto, al definir la relación directa y regular, agrega dentro de aquel concepto el adjetivo ‘personal’, cuestión –dijo– discutible, pues hay formas de relación directa y regular que no presuponen el contacto personal, como, por ejemplo, aquellas derivadas de las nuevas tecnologías. Es el caso de las llamadas de teléfono, Skype, etc. Afirmó que una definición

⁴⁰ Ramos Pazos, René (2007), *Derecho de Familia*, 5ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, T. II, p. 430.

⁴¹ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2011), “La relación directa y regular como efecto de la ruptura”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, N° 4 (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), p. 127.

de relación directa y regular que agregue el carácter de ‘personal’ puede importar afectar el régimen de relación directa y regular en estos otros casos. Igualmente, hizo presente la práctica progresiva de los tribunales de justicia nacionales y extranjeros, en orden a reconocer formas no personales de relación directa y regular⁴².

Refuerza lo anterior, la incorporación del principio de corresponsabilidad parental, definido por el Código Civil, como el principio “*en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos*” (artículo 224, inciso 1º del Código Civil) y lo dispuesto en el artículo 229 inciso 4º del Código Civil, que señala que “*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*”.

El fundamento y límite necesario a las otras formas de comunicación o contacto, no puede ser otro que el interés superior del hijo, de manera que considerando su bienestar, se permita el contacto a través de estos medios (que poco a poco se transforman en la principal forma de comunicación de niños y jóvenes) y no entorpecer la vida normal del niño, niña o adolescente (artículo 222 inciso 2º del Código Civil).

En ningún caso, se pretende sustituir el contacto personal y directo, sino más bien, complementar ambas situaciones, y en casos excepcionales, como aquellos en que padre-madre no custodio y el hijo viven en lugares distantes (otra región o país), transformarse en la principal forma de mantener la relación entre el padre/madre y el hijo.

En este sentido, resulta importante considerar lo expresado por la profesora Domínguez durante la tramitación de esta reforma, para quien “se modifica, además, el artículo 229 para incluir una definición de relación directa y regular y establecer una regla de orientación al juez en el sentido de que debe propender a la mayor participación de ambos padres. Ello es ciertamente valorable pues permitirá modificar la generalizada tendencia en los jueces de familia de fijar regímenes de relación directa y regular tipo con escasa presencia del padre⁴³.”

Estimamos que la nueva regulación del régimen comunicacional, mantiene la esencia de este derecho deber del padre/madre y, principalmente, y en concordancia con lo que dispone el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como un derecho del hijo, que debe establecerse mirando su mejor interés⁴⁴.

⁴² Historia de la Ley N° 20.680, 2013, 291.

⁴³ *Ibíd.*, 325.

⁴⁴ Artículo 9 N° 3 Convención sobre los Derechos del Niño: “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.

2. *Atribución del derecho-deber de relación directa y regular*

El Código Civil establece formas de atribución del régimen comunicacional, por vía convencional o por vía judicial, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 229 del Código Civil.

Al igual que en materia de cuidado personal, la forma de determinación también depende del vínculo existente, así el artículo 229 del Código Civil regula la situación entre los padres y el artículo 229-2 del Código Civil la de los abuelos, y aunque es discutible, el artículo 48 de la Ley N° 16.618 de Menores, la situación de otros parientes⁴⁵.

En ambos casos, ya sea que se trate de los padres o de los abuelos, se puede determinar por vía convencional o por resolución judicial.

2.1. *Atribución de la relación directa y regular a uno de los padres*

El artículo 229 del Código Civil permite regular el derecho-deber de los padres de mantener una relación directa y regular entre el padre que no tiene el cuidado personal y el hijo, ya sea por vía de acuerdo o, a falta de éste, por resolución judicial. Sin perjuicio de ello, se deben considerar además las normas sobre el acuerdo completo y suficiente, en sede de separación o divorcio (artículos 27 y 55 de la NLMC).

2.2. *Determinación convencional*

La antigua redacción permitía ejercer la relación directa y regular con la frecuencia y libertad acordada por el padre o madre que tenía su cuidado personal, sin embargo, no establecía más requisitos o formalidades, por lo que bastaba un acuerdo verbal, con la consiguiente falta de certeza jurídica.

Con la reforma de la Ley N° 20.680, el artículo 229 del Código Civil se remite a las formas establecidas del artículo 225 del mismo cuerpo legal. En este último artículo, se consagra la obligación de establecer el régimen comunicacional, al regular el cuidado personal, ya sea en forma exclusiva a favor de un padre o alguna forma de ejercicio compartido⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. Lepin Molina, 2013c, 285-308.

⁴⁶ Artículo 225 inciso 1°, Código Civil: “*Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo deberá establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades*”.

Dicho acuerdo se puede regular en conformidad al artículo 225 del Código Civil o en el convenio regulador en el marco de un juicio de separación o divorcio (artículos 21, 27 y 55 NLMC), caso en el cual queda sujeto al control judicial de suficiencia, es decir, respecto de esta materia sí protege el interés superior del niño⁴⁷.

a) Acuerdo en caso de separación de hecho

Los efectos de la filiación, como el cuidado personal o la relación directa y regular suponen que los padres vivan separados, ya sea que se trate de padres que nunca convivieron o que cesaron su convivencia conyugal o de hecho.

En el primer caso, del artículo 229 del Código Civil, los padres pueden determinar la frecuencia y libertad con que el padre que no tiene el cuidado personal se relacionará con el hijo(s), mediante un acuerdo que debe constar por escritura pública o acta extendida ante el oficial del Registro Civil, que debe subinscribirse dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento. En este caso, no es necesario obtener aprobación judicial, basta el cumplimiento de las solemnidades señaladas en la ley (artículo 229 y 225 del Código Civil).

De todas formas, el exigir formalidades da mayor certeza jurídica respecto al contenido de los acuerdos que en esta materia suscriban los padres. En este sentido, es un acierto de la reforma el obligar a los padres a establecer la relación directa y regular en los acuerdos sobre cuidado personal, las mismas solemnidades del artículo 225 del Código Civil.

b) Acuerdo en juicio de separación o divorcio de mutuo acuerdo

En el segundo caso, tratándose de un juicio de separación o divorcio de común acuerdo (artículos 27 y 55 de la NLMC), la relación directa y regular es una materia que integra el denominado contenido mínimo u obligatorio del acuerdo completo y suficiente (convenio regulador) según lo prescrito por los artículos 27 y 55 en relación al artículo 21 de la NLMC⁴⁸.

Este acuerdo es exigido como requisito de procedencia de la acción de separación judicial o de divorcio cuando es solicitado por mutuo acuerdo entre los cónyuges. Será necesario acompañar este acuerdo conjuntamente con la demanda. En caso contrario, debe ser rechazada en el examen de admisibilidad (artículo 54-1 de la LTF, en relación al artículo 55 inciso 1° de la NLMC).

Por último, el juez en estas materias debe considerar la opinión del menor al aprobar los acuerdos, según lo prescrito en los artículos 229 inciso 3° y 242 inciso

⁴⁷ Lepin Molina, 2013c, 297.

⁴⁸ Lepin Molina, 2013a, 99-100.

2º del Código Civil, el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, y principalmente, los artículos 3º, 27 y 55 de la NLMC.

De esta forma, para determinar las formalidades requeridas para los acuerdos, es necesario distinguir entre los casos de separación de hecho de los padres, en virtud de lo prescrito en el artículo 229 del Código Civil, de los casos de separación judicial o de divorcio, regulados en los artículos 27 y 55 de la NLMC.

2.3. Determinación judicial

En los casos de determinación judicial, será competente el juez de familia, quien deberá velar por el interés superior del hijo, deberá oír al niño, niña o adolescente dependiendo de su edad y madurez, y considerar los criterios establecidos en el inciso 3º del artículo 229 del Código Civil (cuya enumeración no es taxativa, dado que utiliza la expresión “considerando especialmente”), y lo establecido en la letra “c) *Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo*”⁴⁹.

Con respecto al interés superior del hijo “el Honorable Senador Larraín, don Hernán, argumentó que la discusión de esta iniciativa hace propicia una modificación al artículo 222 del Código Civil, que tiene por objetivo priorizar en dicha disposición el principio general aludido por su inciso segundo, en virtud del cual la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo. Expresó que justamente este principio debe inspirar el Título IX del Libro I del mencionado Código, que regula los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, que precisamente es encabezado por el referido artículo 222”. Luego propuso, “invertir el orden de los dos incisos que integran este precepto, quedando el inciso primero como segundo y el segundo, como primero”⁵⁰.

El principio rector en esta materia⁵¹, es sin duda el interés superior del niño, que de acuerdo al art. 222 del Código Civil, es lograr “*la mayor realización espiritual*”

⁴⁹ Lepin Molina, 2013c, 297-298.

⁵⁰ Historia de la Ley N° 20.680, 2013, 673.

⁵¹ En este sentido, Resolución de fecha 31/05/2004, en causa rol 1193-2003, de la Corte Suprema (N° LegalPublishing 30299), señala que “el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...” y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3º y 9º de la “Convención Internacional sobre Derechos del Niño” ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres”. Agrega que “los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador”. En el mismo sentido, Resolución de fecha 16/08/2010, en la causa rol 4307-2010, de la Corte Suprema (N° LegalPublishing 45255).

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”.

El juez de familia debe determinar el régimen de relación directa y regular de la forma que estime más conveniente para el menor, considerando su interés superior, el derecho a ser oído, y especialmente los siguientes criterios:

- a) La edad del hijo.
- b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Con respecto a estos criterios, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, “sostuvo que del debate se desprende que el rol del juez debe ser orientado a través de criterios que pueden incorporarse al artículo 229 del Código Civil. Sugirió dividir el inciso segundo de dicho precepto en su texto aprobado en general por el Senado, de manera que la primera parte defina la relación directa y regular, en tanto que la segunda establezca ciertos criterios”⁵².

Luego agrega que “hizo notar que en esta discusión no se advierten controversias ni discrepancias de fondo, sino que solamente diferentes matices de técnica legislativa en torno al propósito de dotar al juez de criterios que reflejen el interés superior del niño”⁵³.

La jueza de familia, Gloria Negroni, “Por otra parte, indicó que los criterios que se proponen son determinantes tanto al momento de fijar una relación directa y regular como el régimen de cuidado personal y se mostró a favor de la inclusión de los mismos, por cuanto representan una información que hace falta para que el juez sepa en qué centrar el interés superior del niño y su autonomía progresiva”⁵⁴.

Por último, resulta evidente que no se trata de criterios taxativos y que salvo la vinculación afectiva, no representan mayor novedad.

2.4. Atribución del derecho de comunicación con los abuelos

Una de las principales innovaciones de la Ley N° 20.680, es la posibilidad que por acuerdo o por decisión judicial, se establezca un régimen de visitas entre los abuelos y los nietos, regulado en el artículo 229-2 del Código Civil⁵⁵.

⁵² Historia de la Ley N° 20.680, 2013, 501.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*, 498.

⁵⁵ Artículo 229-2 Código Civil: “*El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229*”.

Tradicionalmente, son los abuelos quienes contribuyen de manera directa en la labor de los padres de criar y educar a sus hijos; sin embargo, nuestra legislación sólo les reconocía obligaciones como la de otorgar alimentos en casos de falta o ausencia de los padres⁵⁶.

En atención a la conveniencia de contemplar una regla referida a la relación del hijo con sus ascendientes y, particularmente, con sus abuelos, Tapia sugirió incorporar el siguiente artículo 229-2, nuevo, al Código Civil:

“Artículo 229-2. El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con todos sus ascendientes. Si su interés superior así lo exige, el juez fijará la modalidad de esta relación”⁵⁷.

El oficio de la Corte Suprema, sobre el particular señala que el “artículo 229-2 del Código Civil: se trata de una norma nueva que al parecer pretende otorgar al niño, niña o adolescente el derecho a tener una relación directa y regular con sus ascendientes. No obstante, utiliza erróneamente el vocablo ‘hijo’, cuestión que se sugiere enmendar. Asimismo, del tenor literal del precepto aparece que sería el menor quien tiene la legitimación activa y no los ascendientes, cuestión que también debiera corregirse”⁵⁸.

Por otra parte, se sostuvo en relación al citado artículo 229-2, relativo al derecho de visitas de los hijos de parte de otros ascendientes, que como los ascendientes de los hijos son los padres, cabría especificar que la relación directa y regular que se pretende regular en este precepto se refiere a los abuelos⁵⁹.

Las formas de determinación de este derecho son: convencional y judicial.

a) Determinación convencional

La atribución convencional se refiere a un pacto o acuerdo, sobre el cual no se exigen solemnidades, tampoco se señala si deben suscribir dicho acuerdo ambos padres y el o los abuelos. Las situaciones más complejas que se pueden presentar son aquellas en que, viviendo los padres separados, uno de ellos pacte un régimen de visitas con los abuelos (paternos o maternos) y el otro no esté de acuerdo.

En ningún caso se puede utilizar este sistema para obstaculizar o impedir el vínculo con el padre o madre que no tiene el cuidado personal (artículos 225-2 letra d) y 229 inciso 5° del Código Civil).

⁵⁶ Cfr. Pinochet Olave, Ruperto (2010), “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el ordenamiento jurídico chileno”, *Estudios de Derecho Civil V*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing, pp. 321-336.

⁵⁷ Historia de la Ley N° 20.680, 2013, 508.

⁵⁸ *Ibid.*, 591.

⁵⁹ *Ibid.*, 661.

Lo propio debe ocurrir si se va a regular esta materia en el acuerdo completo y suficiente. Deberán suscribir el convenio el o los abuelos respecto de quienes se establece un régimen de visitas a favor de su nieto.

Sin duda, el tema puede generar conflictos por el uso que pueden dar las partes o, más bien, uno de los padres y por la falta de certeza jurídica, al no exigir el acuerdo formalidades.

b) Determinación judicial

El artículo 229-2 del Código Civil, es bien parco, sólo se limita a señalar que “*a falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación*”. De donde se desprende que será el juez de familia quien establecerá la forma en que se llevará a cabo este régimen de comunicación con los abuelos, teniendo en consideración el interés superior del niño y los criterios establecidos en el artículo 229 del Código Civil.

2.5. Atribución a favor de otros parientes

Por último, se mantiene la antigua discusión respecto al derecho de relación directa y regular respecto de otros terceros (distintos de los abuelos), los que pueden ser sólo parientes del niño, niña o adolescente.

Seguirá siendo la base del debate el artículo 48 inciso final de la Ley de Menores, que autoriza al juez para conferir el derecho a visitar al niño, niña o adolescente a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, pudiendo suprimir o restringir el derecho si perjudica el interés superior del niño⁶⁰.

2.6. Ejercicio del régimen de relación directa y regular

En cuanto al ejercicio del derecho-deber de relación directa y regular, se debe fomentar una relación sana y cercana entre el padre que no tiene el cuidado personal y el hijo. Además, el juez debe asegurar la mayor participación y corresponsabilidad del los padres.

El considerar que el vínculo debe ser sano y cercano, sin duda obsta a comportamientos de los padres tendientes a descalificar al otro, inocular maliciosamente o alienar al hijo en contra del otro padre por una disputa del cuidado personal o del régimen comunicacional. Refuerza esta idea los antecedentes de la historia de la ley (específicamente, del Boletín N° 5917-18), y lo dispuesto los artículos 225-2 letra d) y 229 inciso 5° del Código Civil. En particular, esta última norma señala

⁶⁰ Artículo 48 Ley N° 16.618 inciso final: “*El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar*”.

que “*el padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo*”.

De acuerdo al artículo 229 inciso final del Código Civil, “*se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente*”.

En países como Brasil, se sanciona la alienación parental por la Ley N° 12.318, de 26 de agosto de 2010. En cambio, en Argentina se tipifica el delito de impedimento u obstrucción de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, por la Ley N° 24.270⁶¹.

2.7. Diferencia entre relación directa y regular y derecho de visitas

La expresión “derecho de visitas”, fue abandonada por nuestro legislador, optando por “relación directa y regular”⁶².

No obstante, creo que el establecer un derecho de comunicación a favor de terceros, distintos de los padres, permite que se pueda distinguir entre el deber de relación directa y regular de los padres, del derecho de visitas de los abuelos o de otros parientes, en base de los artículos 229-2 del Código Civil o del artículo 48 de la Ley de Menores.

Este tema, ya se había planteado antes de la reforma, así Pinochet señala que “otra cuestión sujeta a debate lo constituye el hecho que el texto del artículo 48 inciso 6°, al referirse al derecho que podría asistir a otros parientes respecto del menor, hace referencia a un ‘derecho de visitas’ y no a un derecho a mantener una

⁶¹ Sobre la Ley N° 24.270 (Argentina), cfr. Manonellas, Graciela (2007), *La responsabilidad penal del padre obstaculizador*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc; y Arocena, Gustavo (2010), *Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes*, Buenos Aires, Editorial Astrea.

⁶² El Primer Informe de la Comisión de Constitución, Historia de la Ley N° 19.585 (1998), *Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en Materia de Filiación*. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf>> [fecha de consulta: 16 de enero de 2014], p. 408, señala que “en primer lugar, en lo que respecta al vínculo personal entre padres e hijos, la Comisión coincidió en establecer, no sólo como un derecho, sino como un deber de los padres, el de mantener con sus hijos una relación directa y regular, aunque no tengan el cuidado personal de ellos. Se eliminó el concepto actual de “visitas”, que se ha prestado para limitar en algunos casos esta comunicación, tanto en cuanto a su sustancia como a la forma en que puede ejercerse. La entrega al tribunal de la determinación de la frecuencia y libertad que ha de mantenerse esta relación –siempre dentro del marco de que ella sea ‘directa’ con el hijo y efectuada con periodicidad “regular”– se mantuvo, pero sólo en defecto de acuerdo con quien tiene a su cargo el cuidado personal del hijo. Se acotaron, además, en relación con la norma vigente, las ahora extensas atribuciones del tribunal, en el sentido de que esa frecuencia y libertad será la que el juez estime conveniente ‘para el hijo’, y que la comunicación entre el padre o la madre y el hijo sólo se suspenderá o restringirá cuando perjudique el bienestar de este último en forma manifiesta, declaración que el tribunal deberá hacer en resolución fundada”.

relación directa y regular con él, cuestión que ha servido para preguntarse si los otros parientes tienen un derecho con igual contenido que el ostentado por el padre o madre. ¿Se trata de una diferencia más semántica que de fondo?”⁶³.

En este sentido, la relación directa y regular es un derecho-deber de origen legal que protege el derecho a la identidad, una manifestación del principio de corresponsabilidad y, si se quiere, del interés superior del niño. Se trata de mantener el vínculo con el padre o madre, por lo que debe ser permanente y no se puede restringir, salvo por causas graves y objetivas⁶⁴. Se desprende claramente que se trata tanto de un derecho del padre/madre, pero también un derecho del hijo, lo que trae como consecuencia que el juez debe siempre establecer un régimen de comunicación entre el hijo y el padre no custodio. Se trata entonces de un derecho-deber, que tiene su origen en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 9 N° 3.

En cambio, el derecho de visitas de otros parientes, no es un derecho-deber, su origen va estar determinado por una resolución judicial, y se trata de un derecho del niño que el juez sólo debe regular en función de su interés superior. En consecuencia, el contenido también debería ser más restringido, de forma de que se pueda visitar al niño en su domicilio.

Parece razonable que se restrinja a una vez a la semana o cada quince días, habida consideración que probablemente deberá coexistir con el régimen de relación directa y regular respecto de uno de los padres. Considerando que los legitimados para solicitar el régimen comunicacional son el padre que no tenga el cuidado personal y los cuatro abuelos, se podría dar el absurdo que el padre que tiene el cuidado personal al hijo lo vea un par de veces.

Además de los fundamentos señalados, nos parece que los textos legales que se refieren a la materia, los artículos 299 y 229-2 del Código Civil, el artículo 48 de la Ley de Menores y el artículo 9 N° 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, apoyan nuestra interpretación.

Por último, recordemos que el artículo 229 inciso 2° define la relación directa y regular como “*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*”⁶⁵.

⁶³ Pinochet Olave, 2010, 327.

⁶⁴ Así, por ejemplo, la Resolución de fecha 25/10/2013, en causa RIT C-687-2013, del Juzgado de Familia de Talagante, señala que “el principio de igualdad de los padres, y sobre todo el derecho de los hijos a vincularse con ambos progenitores, solo puede limitarse cuando el interés del hijo lo haga conveniente, sea por peligro de daño a la integridad moral y/o física del menor, como por hechos objetivos, que considerando las especiales necesidades de un niño, niña o adolescente, eleven el estándar de condiciones exigibles a un progenitor para dar cobertura íntegra a sus necesidades, cuando éstas no puedan ser satisfechas por el padre o madre en cuestión”.

⁶⁵ El destacado es nuestro.

3. Modificaciones a la patria potestad

Para Rodríguez, “los derechos de los padres sobre los bienes de los hijos no emancipados, denominados por la doctrina atributos de la patria potestad, son tres: el derecho legal de goce (antes denominado usufructo legal) sobre los bienes del hijo; el derecho de administrar estos bienes y, por último, la representación legal del hijo”⁶⁶.

La forma de atribución será la convencional, legal o judicial. En el primer caso, se requiere un acuerdo entre los padres para atribuir el ejercicio a uno de ellos o ejercerlo en forma conjunta, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento, dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A falta de acuerdo, opera la regla supletoria legal que determina la atribución a ambos padres del ejercicio de la patria potestad, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 244 del Código Civil⁶⁷. Antes de la modificación legal, el ejercicio correspondía al padre.

La regla supletoria se refiere a los casos en que los padres viven separados. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 245 del Código Civil⁶⁸, la patria potestad sigue la suerte del acuerdo sobre cuidado personal (artículo 225 del Código Civil), por lo

⁶⁶ Rodríguez Pinto, María Sara (2010), “Una relectura de la patria potestad como una función tuitiva sobre la persona y bienes del hijo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, p. 67.

⁶⁷ Artículo 244 Código Civil: “La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.

Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.

En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres”.

⁶⁸ Artículo 245 Código Civil: “Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al artículo 225.

Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.

En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior”.

que será ejercida por el padre o madre que tenga el cuidado personal o por ambos, si tienen la custodia compartida.

En caso de no existir acuerdo, cualquiera de los padres podrá recurrir al juez de familia, a efectos que éste determine en función del interés superior del hijo, quien ejercerá la patria potestad, el padre, la madre o ambos en forma conjunta. La sentencia debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro de los treinta días desde quede firme y ejecutoriada.

Esta modificación resuelve algunos problemas del ejercicio conjunto y distingue entre actos de mera conservación y los demás actos de disposición. Respecto de los primeros, se permite a los padres actuar indistintamente. En cambio, respecto de los otros, requiere que actúen conjuntamente. En caso de desacuerdo, impedimento o negativa injustificada, se podrá solicitar autorización judicial.

No obstante, no se resuelve qué se entiende por actos de mera conservación. A nuestro juicio, deberíamos considerar por tales a los actos ordinarios de administración, en contraposición a los de enajenación o de disposición⁶⁹.

Por último, la reforma no resuelve el problema de la representación de los hijos en los casos de patria potestad conjunta, por lo que estimo que se debería aplicar la regla general del artículo 43 del Código Civil⁷⁰. Es decir, el padre o la madre indistintamente pueden asumir la representación legal.

CONCLUSIONES

La Ley N° 20.680 viene a modernizar los efectos de la filiación ajustándolos a los principios que rigen al moderno Derecho de Familia, a saber: Interés superior del niño, igualdad parental y autonomía de la voluntad.

Es así como el legislador privilegia los acuerdos de los padres en materia de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad, los que deben cumplir con las formalidades legales analizadas, pero que a diferencia de las pensiones de alimentos no requieren aprobación judicial, salvo los casos del acuerdo completo y suficiente.

De esta forma, la autonomía de la voluntad de los padres es cada vez más amplia en el Derecho de Familia, permitiendo e incentivando los acuerdos en estas materias.

⁶⁹ Como por ejemplo en el mandato, artículo 2132 del Código Civil: “*El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.*”

Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial”.

⁷⁰ Código Civil, artículo 43: “*Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador”.*”

En caso de tener que recurrir a la justicia, la única causal existente es el interés superior del niño, principio rector en materia de familia, que supone que el juez de familia debe atribuir el cuidado personal de los niños al padre que garantice de mejor forma el bienestar de sus hijos, procurando el pleno respeto de sus derechos fundamentales.

Los criterios establecidos, tanto para el cuidado personal como para la relación directa y regular, representan un desafío al momento en que el juez deba darle contenido al interés superior del hijo en un caso concreto. No obstante, parece que dichos criterios miran el comportamiento de los padres mientras vivieron con sus hijos (hacia el pasado), a diferencia de los criterios propuestos en algunos fallos que colocaban el foco en el bienestar futuro de los hijos.

Por último, los padres se encuentran en igualdad de condiciones en materia de efectos de la filiación, con lo que se ajusta nuestro derecho de familia a las normas constitucionales y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña San Martín, Marcela (2013), “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20, N° 2.
- Arocena, Gustavo (2010), *Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Cillero Bruñol, Miguel (1999), “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño* (Unicef), N° 1.
- Cillero Bruñol, Miguel (2007), “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño (UNICEF)*, N° 9.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2011), “La relación directa y regular como efecto de la ruptura”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, N° 4 (Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- Historia de la Ley N° 19.585 (1998), *Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en Materia de Filiación*. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf>> [fecha de consulta: 16 de enero de 2014].
- Historia de la Ley N° 20.680, *Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados*. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdf>> [fecha de consulta: 16 de enero de 2014].

- Lepin Molina, Cristián (2012), “Autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y forma de pago de la compensación económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, N° 1.
- Lepin Molina, Cristián (2013a), “Autonomía de la voluntad y los acuerdos conyugales”, *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters LegalPublishing.
- Lepin Molina, Cristián (2013b), “El principio de protección al cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 2.
- Lepin Molina, Cristián (2013c), “Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680”, *Revista de Derecho*, N° 3, *Escuela de Postgrado* (Facultad Derecho, Universidad de Chile).
- Lepin Molina, Cristián (2014), *Compendio de normas de Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters.
- Manonellas, Graciela (2007), *La responsabilidad penal del padre obstaculizador*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc.
- Pinochet Olave, Ruperto (2010), “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el ordenamiento jurídico chileno”, *Estudios de Derecho Civil V*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing.
- Pontoriero, María Paula (dir.) (2012), *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Editorial Infojus.
- Ramos Pazos, René (2007), *Derecho de Familia*, 5ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, T. II.
- Roca, Encarna (1999), *Familia y cambio social*, Madrid, Cuadernos Civitas.
- Rodríguez Pinto, María Sara (2010), *Cuidado personal de niños y adolescentes en el Nuevo Derecho Chileno de Familia*. Santiago de Chile, Editorial AbeledoPerrot-LegalPublishing.
- Rodríguez Pinto, María Sara (2010), “Una relectura de la patria potestad como una función tuitiva sobre la persona y bienes del hijo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 1.
- Veloso Valenzuela, Paulina (2011), “Algunas reflexiones sobre la titularidad del cuidado personal”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, N° 4 (Facultad de Derecho, Universidad de Chile).