

liberación de deberes, no calificando en este aspecto alguna de las contempladas en el artículo 226 del Código Civil en su nueva redacción.

La atribución convencional destinada a alterar la legal, conforme a lo prevenido por el inciso 2º del artículo 245 del Código Civil según su nueva redacción, puede dar lugar a un ejercicio conjunto o individual, pacto que ha de otorgarse por escritura pública o por acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, la que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro del plazo de treinta días contados desde su otorgamiento, formalidad esta última, exigida por vía de publicidad y de prueba⁶.

Esta solución perpetua una falencia ya advertida, cual es, que los progenitores, aun debiendo hacerlo por imposición del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no escucharán al hijo, sin perjuicio que éste pueda concurrir a sede judicial, para ser oído en la materia por ordenarlo así el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, empero, vemos esa posibilidad difícil de efectivizar, por lo que se echa de menos quien represente al hijo a través de la figura del *ombudsman* o defensor de la niñez.

La atribución judicial, según lo estatuido por el artículo 245 inciso 2º del Código Civil, tiene lugar en interés del hijo, y puede devenir en un ejercicio unipersonal o conjunto, conociendo de ello el tribunal de familia competente, previa escucha del hijo de conformidad a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, debiéndose subinscribir la sentencia ejecutoriada al margen de la inscripción de nacimiento dentro del plazo de treinta días, formalidad exigida por vía de publicidad y de prueba.

Por ende, puede darse la hipótesis de ejercicio conjunto de la relación parental patrimonial, y si así fuere, cualquiera de los progenitores puede realizar actos de conservación en relación a los bienes del hijo, cuyos alcances y problemáticas ya referimos.

BIBLIOGRAFÍA

- Fueyo Laneri, Fernando (1959), *Derecho de Familia*, en Derecho Civil, Tomo Sexto, Vol. I, Santiago, Imprenta y Litografía Universo S.A.
- Mizrabi, Mauricio Luis (1998), *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Schmidt Holt, Claudia y Veloso Valenzuela, Paulina (2001), *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Santiago de Chile, LexisNexis.

⁶ Artículos 244 del Código Civil y 8º N° 8 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil.

LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR A PARTIR DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 20.680

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS*

1. ANTECEDENTES

Toda regulación legal en materia de derecho de familia es compleja, por involucrar "componentes extrajurídicos -afectivos, personales, sociales, de sentimientos más que de razón-"; que si por un lado enriquecen, por otro lado complican de manera notoria, "imponen un razonamiento jurídico muy distinto al habitual del jurista y llevan a soluciones que desbordan las estrictamente racionales y legales"¹.

Es por ello que, cuando se produce el quiebre definitivo de una relación afectiva en que hay hijos, sea que los padres estén casados, sólo convivan o nunca hayan vivido juntos, se presentan tres temas conflictivos: el primero es la determinación del cuidado personal; el segundo, como consecuencia de éste, la determinación de la relación directa y regular, y el tercero los alimentos.

La Ley N° 20.680, que entró a regir el 21 de junio de 2013, modifica de manera sustancial los dos primeros. Representa un cambio de paradigma, un cambio cultural, al consagrar el principio de la corresponsabilidad parental "*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 del Código Civil). Es un principio que tardará en internalizarse pero, cuando esto ocurra, será un gran avance en las relaciones de filiación post ruptura. Es similar al cambio que provocó la Ley sobre violencia intrafamiliar, en un principio cuestionada y sin

* Abogada U. de Chile, Doctora en Derecho U. Complutense de Madrid, profesora titular Derecho Civil, Facultad de Derecho U. de Chile, Directora Escuela de Posgrado, Facultad de Derecho U. de Chile, correo electrónico: Maricruz@derecho.uchile.cl.

¹ Rivero Hernández, Francisco (2011), "Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencias y Protección", *Revista del Magister y del Doctorado en Derecho* N° 4, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial LOM, p. 59.

buena acogida en amplios sectores, pero que, con el transcurso del tiempo, llegó a ser valorada por la sociedad. Hoy día, muy pocas personas justifican la violencia como una forma de solucionar los problemas familiares.

2. PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA LEY

Los principios que informan esta ley² son los del interés superior del niño, el derecho del niño a ser escuchado, la corresponsabilidad parental, el principio de igualdad parental, la autonomía de los padres y la protección a la vida familiar.

2.1. El interés superior del niño

Es el principio que irradia toda la ley. Por ello, se modifica el artículo 222 del Código Civil para iniciar el Título IX "De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos" señalando que *la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo*. Si bien el cambio sólo fue invertir el orden del artículo 222 (pasar el inciso 2° al primer lugar), resulta significativo, porque es un mensaje del legislador a los operadores del derecho y a los padres en cuanto a que toda relación de filiación debe ser pensada y establecida en beneficio del menor. Asimismo, señala que tanto en la atribución judicial del cuidado personal como en la relación directa y regular debe considerarse el interés superior de los hijos³.

² Resolución de fecha 11/11/2013, en causa RIT C-3999-2012, Juzgado de Familia de Pudahuel; Considerando séptimo: "...La Ley 20.680 que introdujo cambios sustanciales en el Código Civil respecto a la regulación del cuidado personal y relación directa y regular incorporando el principio de la coparentalidad y corresponsabilidad, eliminando la preferencia de la titularidad legal de la madre en el caso que ambos padres vivan separados, poniendo en el centro el interés al hijo y su bienestar".

³ Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado lo que debe entenderse por interés superior del niño. Resolución de fecha 14/01/2013, en causa Rol N° 7150-2012, de la Corte Suprema. "Duodécimo: Que desde otra perspectiva, cabe reflexionar sobre el interés superior de los menores, principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley N° 19.968 y, aun cuando su concepto sea indeterminado, puede afirmarse que el mismo, atade a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de sus derechos, en su calidad de personas y sujetos de éstos, identificándose de esta manera 'interés superior' con los derechos del niño y adolescente. Si bien se encuentran presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobremanera el aporte que tiene 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

Además, la ley le da contenido al interés⁴, al incorporar una serie de criterios y circunstancias que el juez, al momento de determinar el cuidado personal y la relación directa y regular, debe considerar y ponderar conjuntamente. En consecuencia, en cada caso que se somete a la decisión jurisdiccional un asunto de esta naturaleza se deberá indagar cuál es el interés superior del niño, conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil.

El juez podrá también alterar la atribución del cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiera alguna forma de ejercicio compartido, "cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente (artículo 225, inciso 4° Código Civil). También el juez podrá, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2 (artículo 226 Código Civil).

2.2. El derecho del niño a ser escuchado

La ley concretiza el derecho del niño a ser escuchado. Dicho derecho se encuentra establecido en el artículo 12 de la CDN, según el cual debe garantizarse al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, en aplicación de su autonomía progresiva (artículo 5° CDN).

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 necesidad de brindarles protección y garantizar su desarrollo".

⁴ Resolución de fecha 25/09/2012, en causa Rol N° 10000/2012, de la Corte de Apelaciones de Santiago: "Considerando Sexto: Que tal como se ha sostenido por esta Corte en fallos de uno de septiembre de 2004 (causa rol 4105-04) y de 22 de junio de 2006 (causa rol 218-06), '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 atade 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 deban delimitarse en concreto, en cada caso'. En consecuencia, en cada caso que se somete a la decisión jurisdiccional un asunto de esta naturaleza, se deberá indagar cuál es el interés superior del niño, conforme a los siguientes factores: a) las necesidades materiales, educativas y emocionales de los niños y la probabilidad de que sean cubiertas por quien pretende la tución; b) la capacidad y condiciones del solicitante para asumir la tución; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual de los menores; y d) si existe algún dano sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tución', según la doctrina sustentada en las aludidas sentencias".

Aquí estamos ante un sujeto de derecho que, en consonancia con la evolución de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercer sus derechos y de manifestar sus deseos y sentimientos frente a una situación concreta⁶.

La Ley N° 20.680 incorpora la opinión del hijo entre los criterios y circunstancias que se considerarán y ponderarán para determinar el cuidado personal (artículo 225-2 f Código Civil). En los juicios sobre inhabilidades físicas o morales de los padres para tener el cuidado personal, el juez oirá a los hijos... (artículo 227 Código Civil).

2.3. El principio de la corresponsabilidad parental

La ley introduce este principio al prescribir que el cuidado personal de los hijos "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 toma de decisiones referentes a la crianza y educación que atañe a los hijos comunes" (artículo 224 Código Civil). Es un sistema que reconoce a ambos padres, "el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales en función del interés superior del hijo, esto es, respetando sus derechos"⁷.

Este principio concretiza lo estipulado en el artículo 18.1 de la CDN que establece que ambos padres deben tener responsabilidades comunes respecto de la crianza y la educación, señalando que ejercerán sus responsabilidades de acuerdo al interés superior del niño.

Los deberes y facultades que poseen los padres respecto de su hijos, deben tener como finalidad el desarrollo, promoción y protección de los derechos de la personalidad del niño, lo que no es posible de satisfacer, sino con un ejercicio de parentalidad conjunta que permita al hijo común relacionarse de la manera más

directa y regular en el tiempo con ambos progenitores, y en particular con aquel que en la práctica no tiene su custodia o convivencia diaria⁸.

No hay duda que la incorporación de la corresponsabilidad está entre lo más destacable de esta ley. Sin embargo, sólo es una declaración de principios, pues no se establece una acción para demandarlo, "el padre no custodio no tiene acción para oponerse a los actos o decisiones del padre custodio"⁹.

El ejercicio de la corresponsabilidad será exitoso cuando los padres tengan una buena comunicación entre ellos, piensen que compartir responsabilidades tanto en la crianza como en la educación de los hijos es lo más beneficioso para los hijos.

2.4. La igualdad parental

La ley deroga la preferencia de la madre en la atribución judicial del cuidado personal, al establecer que a falta de acuerdo de los padres "los hijos continuarán con quien estén conviviendo". No se explicita si este cambio de criterio supone su preponderancia o transitoriedad, por lo cual será la jurisprudencia la que determine su significado.

El antiguo artículo 225 del Código Civil decía que "si los padres vivían separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos". Esta norma fue criticada por la mayoría de la doctrina¹⁰, entre la que me incluyo, por considerar que era contraria tanto al principio de igualdad como al interés superior del niño. Privilegiar a la madre en la atribución, constituía una discriminación arbitraria contraria a la Constitución Política (artículo 19.2), a la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 17.4) y al artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución, con relación especialmente a los artículos 3 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN). Situación similar, pero al revés, ocurría con la atribución de la patria potestad. Decía el artículo 244 que "(...) a falta de acuerdo, al padre toca

⁸ Resolución de fecha 25/10/2013, en causa RIT-C-687-2013, de Juzgado de Familia de Talagante, considerando noveno.

⁹ Legnín Molina, Cristian (2013). "Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680". *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 3, Legal Publishing-Thomson Reuters, p. 295.

¹⁰ Barros Bourde, Enrique (1999). "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación". *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 47; Barcia Lehman, Rodrigo (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago, Puntollex, pp. 482-484; Gómez de la Torre Vargas, Mari Cruz (2007), p. 140; Isathrop Gómez, Fabiola (2005), *Cuidado personal de los hijos*, Santiago, Puntollex, p. 13; Schmidt Hoff, Claudia y Veloso Valenzuela, Paulina (2001). *La filiación en el nuevo Derecho de familia*, Santiago, ConoSur, p. 277. Criterio distinto es el sostenido por Rodríguez Pinto, María Sara (2009), "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterio de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 N° 3, pp. 562 a 564.

⁵ Resolución de fecha 29-07-2008, en causa Rol N° 3.469-08, de la Corte Suprema. "Duodécimo: Que desde esta perspectiva, constituye también un principio primordial, el derecho del niño a ser oído, conforme al cual, todo niño, niña o adolescente tiene derecho a expresar sus opiniones en los diferentes ámbitos de su vida, entre ellos el familiar, social y judicial. Si bien la obligación de oír al niño no es equiparable con la de aceptar su deseo, su manifestación constituye un factor importante a analizar en el contexto de los demás antecedentes del proceso, a fin de contribuir a que la decisión que, en definitiva, se adopte sea la más favorable a su respecto."

⁶ Gómez de la Torre Vargas, Mari Cruz (2007). *El sistema filiativo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 156.

⁷ Negroni Vera, Gloria, en Seminario "Análisis de la nueva regulación sobre Cuidado Personal, Patria Potestad y Relación Directa y Regular de los niños, niñas y adolescentes en Chile", a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 20.680", organizado por la Asociación Regional de Magistrados del Maule, Talca, 23 de agosto de 2013.

el ejercicio de la patria potestad¹¹. Norma que tampoco aplicaba el principio de igualdad entre los padres, al discriminar a la madre. Es decir, cuando se trataba de determinar el cuidado personal se discriminaba a favor de la madre, y cuando se determinaba la patria potestad, se discriminaba a favor del padre¹². La ley modifica este artículo 244 al señalar que “*a falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad*”.

2.5. La autonomía de la voluntad de los padres

Este principio se concreta en la ley, al permitir que los padres pacten la atribución y forma de ejercicio en la determinación del cuidado personal, la relación directa y regular y la patria potestad. Asimismo, la ley dispone que ambos padres acuerden el cuidado personal compartido para “*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*” (artículo 225, inciso 2° Código Civil). Este fue uno de los temas más discutidos en la tramitación de la ley, donde se postuló que el cuidado personal compartido fuera la regla general, sólo al final de la tramitación se acordó que para decretarlo debía ser demandado en forma conjunta.

Creo que este régimen debe ser decretado, sólo cuando ambos padres lo soliciten y estén llanos a cumplirlo. De lo contrario, puede ocurrir que uno de los padres acepte el cuidado personal compartido sin ánimo de cumplirlo, con la sola intención de evadir el pago de la pensión alimenticia. Para poder llevar a cabo este sistema de cuidado personal compartido se requiere que ambos padres estén convencidos de querer compartir la crianza y educación de los hijos, exista una buena relación entre ellos y una situación económica similar, que permita al hijo tener un espacio y sus pertenencias, en casas distintas.

2.6. La protección a la vida familiar

Este principio ha sido desarrollado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³ como por la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴. Reconoce el papel central de la familia y de la vida familiar en la existencia de la persona¹⁴. Conlleva, entre otras obligaciones, la de favorecer

el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar¹⁵. Enfatiza que la mutua compañía entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar¹⁶, y en consecuencia, toda medida de restricción o exclusión del régimen de relación directa y regular constituye una injerencia en el respeto de la vida familiar¹⁷.

La ley establece este principio al favorecer la relación fluida entre padres e hijos, incorporando la corresponsabilidad y el cuidado personal compartido.

3. CONCEPTO Y DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

La determinación de la relación directa y regular nace como consecuencia de una crisis conyugal traducida en una separación de hecho o judicial, de una nulidad matrimonial o de un divorcio. También puede resultar del hecho de que ambos padres no han contraído matrimonio, no han convivido o, si lo hicieron, interrumpieron la convivencia con sus hijos o bien han renunciado a ello.

3.1. Concepto

La relación directa y regular forma parte de las relaciones de filiación¹⁸. Es un derecho-deber que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, en procura del desarrollo afectivo, emocional y físico, así como de la consolidación de la relación paterno-filial¹⁹. Se identifica como un derecho-deber a la adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente²⁰.

La ley lo define, en su art. 229, inc. 2°, expresando que la relación directa y regular es “*aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que*

¹³ Resolución de fecha 24/02/2011, Caso “*Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*”. Serie C N° 221, párr. 125, y Caso *Anida Ríffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 169. Ver asimismo, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17-02 del 28 de agosto-2002. Serie A N° 17, párr. 66.

¹⁴ Resolución de fecha 26/05/1994, “*Keegan e Irlanda*”; Resolución 25/02/1992, “*Margareta y Roger Anderson e. Suecia*”; Resolución de fecha 13/07/2000, “*Elscholz e. Alemania*”; Resolución de fecha 26/02/2002, “*Kutzner e. Alemania*”, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁵ Almeida, Susana, “*Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia*”, Ponencia presentada en el *Curso Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia*, Red Europea de Formación Judicial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

¹⁶ Convención de los Derechos del Niño, artículo 18.1 CDN: “*Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*”.

¹⁹ Varsi Rospigliosi, Enrique (2012), “*Tratado de Derecho de Familia*”, Tomo III, *Gaceta Jurídica*, Lima, p. 311.

²⁰ *Ibid.*

¹¹ Gómez de la Torre Vargas, Marieliz, (2007), p. 170.

¹² Aplicando el artículo 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos.

¹³ Aplicando los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁴ Resolución de fecha 26/11/2012, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso “*Arreva Murillo y otros (Refundación in vitro) vs. Costa Rica*”.

no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”.

Sea que el régimen de relación directa y regular se decreta judicialmente o por aprobación de los acuerdos de los padres, el juez fomentará una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y el hijo, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente.

Al respecto, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán ha señalado que de acuerdo al artículo 229 del Código Civil, el padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo o, en su defecto, con la que el juez estimare conveniente para el hijo. Esta disposición, en armonía con la Convención de los Derechos del Niño, establece como imperativo legal y deber del Estado velar por el resguardo y derecho de los menores de mantener vínculos permanentes con sus progenitores, relación que no sólo implica una obligación para éstos, sino un deber para con aquéllos, con fines a la formación futura e integral de los jóvenes, de saberse hijos de determinados sujetos en miras al establecimiento de su propia identidad²¹.

3.2. Sujetos de la relación directa y regular

La relación directa y regular involucra a tres personas: al padre o madre que no tiene el cuidado personal, al padre o madre que tiene el cuidado personal y al hijo. Son sujetos activos de la relación el padre o madre que no tiene el cuidado y el hijo.

Al padre o madre que no tiene el cuidado personal le competen tanto derechos como deberes. Los deberes son las responsabilidades que le corresponden. Los derechos-deber son: mantener una relación directa y regular con el hijo que no vive en su compañía; estar informado y conocer de las decisiones importantes que tome el padre o madre cuidador; participar de la crianza y educación que tienen

²¹ Resolución de fecha 07/04/2010, en causa Rol Nº 21-2010, de la Corte de Apelaciones de Chillán. “Considerando tercero: Que, el artículo 229 del Código Civil establece el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos y tener con ellos una adecuada comunicación, al disponer que 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 se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo o, en su defecto, con la que el juez estimare conveniente para el hijo (...) Que, el artículo 229 del Código Civil, en armonía con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, establece como imperativo legal y deber del Estado velar por el resguardo y derecho de los menores de mantener vínculos permanentes con sus progenitores, relación que no sólo implica una obligación para éstos, sino un deber para con aquéllos, que mira a la formación futura e integral de los jóvenes de saberse hijos de determinados sujetos en miras al establecimiento de su propia identidad” (Considerando sexto).

sus hijos, de manera que el vínculo paterno o materno-filial se mantenga a través de un contacto permanente fluido y estable. También, tiene el derecho a que se le informe sobre la salud del hijo, su situación emocional, su disposición para mantener contacto y las reacciones positivas o negativas después de estar con el hijo.

Al respecto, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección presentado por un padre a quien se le había negado por el colegio el informe de personalidad y el certificado de notas de su hijo, por no tener la calidad de apoderado, que era detenida de forma exclusiva por la madre. Esta misma Corte que las relaciones paterno-filiales son complejas, esto es, constituyen a la vez un derecho y un deber, por lo que ningún padre, a menos que exista una sentencia judicial, puede ser privado de su derecho ni eximido de su obligación, no sólo a tener con su hijo una relación directa y personal, sino que de participar activamente en cada una de las etapas de su desarrollo. Concluye, en consecuencia, que el actuar del colegio ponía al recurrente en una situación de desigualdad frente al resto de los padres que tienen a sus hijos en dicho establecimiento, al impedirle ejercer los derechos que como tal le reconoce la ley, situación que no tiene justificación legal y conforma un mero capricho²².

A su vez, el padre o madre no cuidador tiene el deber o responsabilidad de cumplir el régimen acordado o establecido judicialmente. También el de coopera-

²² Rol Nº 4359-2010, Corte de Apelaciones de Santiago. “que las relaciones paterno filiales son complejas, esto es, constituyen a la vez un derecho y un deber, de tal manera que ningún padre, a menos que una sentencia –atendido el interés superior del niño– puede ser privado de su derecho de participar activamente en cada una de las etapas del desarrollo del menor” (considerando 11º). Agrega la sentencia “(...) Que establecido lo anterior, es dable inferir que, tal como lo señala el artículo 19 de la Carta Fundamental ya que, a juicio de esta Corte, el proceder del Liceo X viola la referida garantía ya que, a juicio de esta Corte, de designar al resto de los padres que tienen a sus hijos en dicho establecimiento de impedir al recurrente –a diferencia de otros padres– ejercer los derechos que como tal le reconoce la ley, situación que no tiene justificación legal y conforma un mero capricho, motivo por el cual se acogió la acción de protección...”

ción, y de vigilar el cuidado y educación ejercido por el padre o madre cuidador. Asimismo, debe recoger y traer de vuelta al niño en el horario y lugar convenido u ordenado judicialmente.

Desde la perspectiva del hijo, la relación consiste en el derecho a mantener contacto periódico y estable con aquel de los padres que no tiene el cuidado personal. Este derecho se encuentra establecido en la CDN que consagra la obligación y responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y desarrollo del hijo (artículo 18.1), propugnando el derecho de éste a no ser separado de sus padres (artículo 9.1) y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos (artículos 9.3 y 10.2).

Por su parte, el padre o madre que tiene el cuidado personal deberá facilitar material y moralmente la relación directa y regular²³ y consensuar las decisiones que incidán en la crianza y educación de los hijos comunes, como la elección del colegio y la religión que profesarán. Asimismo, debe informar al otro padre o madre sobre la salud, el estado anímico, su disposición a relacionarse con el padre o madre²⁴ y el estado emocional del hijo (a).

El ejercicio de estos derechos-deberes requiere de buenas y respetuosas relaciones entre los padres, que faciliten una visión común respecto a la crianza y educación de los hijos. Su incumplimiento no trae aparejado una sanción en la ley ni tampoco el ejercicio de una acción para ser considerado en la toma de decisiones importantes o para oponerse a los actos o decisiones del padre cuidador. Esta ausencia de acción para exigir el cumplimiento hace inoperantes los derechos del padre no cuidador. Su efecto inmediato es inducir que se demarane el cuidado personal de los hijos, frente a la no cooperación del padre cuidador.

4. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN COMUNICACIONAL

La relación directa y regular puede determinarse de común acuerdo, por mediación o judicialmente.

Los padres son los primeros facultados para determinar con qué frecuencia y libertad se relacionará el hijo con el padre o madre que no tiene el cuidado personal:

1. Por acuerdo:

Si se separan de hecho, o nunca han convivido, pueden regular el régimen comunicacional mediante un acuerdo que se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil que deberá subscribirse al margen de la inscripción de nacimiento, dentro del plazo de 30 días a contar de su otorgamiento. Podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

²³ Rivero Hernández, Francisco (1997), *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, p. 145.

²⁴ *Ibid.*, 146.

nidades (artículo 225, inciso 1°). Es positivo que ahora se definan instrumentos para formalizar el acuerdo, pues en la ley anterior no se establecía forma alguna.

En los juicios de separación judicial o divorcio, los padres pueden celebrar un acuerdo que regule las relaciones de filiación que determinan el cuidado personal, debiendo también determinar la relación directa y regular con el padre que no lo tiene. Este acuerdo debe ser revisado por el juez, para ver si cumple con los requisitos de completo y suficiente. Será completo si contiene todas las materias que regulan las relaciones de filiación y suficiente si *resguarda el interés superior de los hijos...* (artículo 27 Ley Matrimonio Civil).

Cuando no hay acuerdo entre los padres deberá demandarse ante los tribunales para que éstos lo determinen.

2. Mediación:

La Ley de Tribunales de Familia exige que antes de la interposición de una demanda de relación directa y regular, el tema se someta a mediación. De alcanzarse un acuerdo, éste debe ser ratificado por el juez.

3. En los casos en que no sea exitosa la mediación se procederá a la determinación judicial, siendo competente para ello el juez de familia, quien deberá velar por el interés superior del hijo; oír al niño o niña o adolescente de acuerdo a la evolución de sus facultades y considerar, especialmente, una serie de criterios, no taxativos, señalados en el inciso 3° del artículo 229 del Código Civil, como son: 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 y d) cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Con respecto a la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 229 del Código Civil surge la duda respecto a si el juez debe fundamentar estos criterios en su sentencia. Es una lástima que se haya dejado a la discrecionalidad del juez porque si se revisan fallos recientes se puede constatar que hay distintos criterios; algunos jueces fundamentan los criterios pero otros no.

Entre los criterios a considerar está el derecho del hijo(a) a ser oído, que es una consecuencia del carácter de sujeto de derecho de éste. Esto implica el derecho a participar o expresar su opinión respecto de los asuntos que le competen o que le varían a afectar de alguna manera, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la CDN no sólo establece el derecho de cada niño a expresar su opinión libremente, en todos los asuntos que lo afectan. El artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño²⁵. Es decir, además de escuchar sus opinio-

²⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, párr. 15.

nes, hay que tomarlas en consideración, seriamente, presumiendo que el niño es capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que sean evaluadas mediante un examen caso por caso²⁶. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio, de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta sus opiniones como factor destacado en la resolución de la cuestión²⁷. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones^{28,29}.

Un problema que se puede presentar es que un adolescente se niegue a relacionarse con su padre. ¿Debemos respetar su decisión con base en la aplicación de su autonomía progresiva, u obligarlo a relacionarse con su padre? ¿Como obligarlo? Lo recomendable es que se investigue cuál es la causa de este rechazo y si el adolescente está influenciado por el padre que tiene el cuidado personal o la familia de este para su negativa³⁰.

Otro criterio a considerar es que el régimen variará según sea la edad del hijo y la vinculación afectiva que exista con el padre no custodio. No es lo mismo establecer una relación con un bebé de pocos meses que con un niño de 4 años o un adolescente de 14. En el caso del hijo menor de dos años, que no es autovale, se piensa que no es recomendable que el niño duerma con el padre no custodador, pues podría desconocer la casa y además todavía requiere de cuidados especiales. A partir de los tres o cuatro años, en que el niño se encuentra en un período de conformación de su identidad y personalidad, resulta importante que mantenga contacto con ambos progenitores, lo que aconsejaría que el menor pudiera quedarse el fin de semana con el padre no custodador.

La referencia a que debe determinarse la relación directa y regular, tomando en cuenta la "evolución de las facultades" del hijo, fue discutida durante la tramitación de la ley. Un sector consideraba que, de acuerdo a la terminología actual, utilizada internacionalmente, más correcto era hablar de autonomía progresiva. Sin embargo, se acordó utilizar "evolución de sus facultades" porque era la terminología utilizada en la CDN y en el fondo se está reconociendo la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente.

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, párrs. 28 y 29.

²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, párr. 44.

²⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, párrs. 28 y 29.

²⁹ Resolución de fecha 24/02/2012, Caso "Atala Riffo y niñas vs. Chile", Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰ Gómez de Latorre Vargas, Maricruz (2011), "La relación directa y regular como efecto de la ruptura", *Revista del Magister y del Doctorado en Derecho* N° 4, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial LOM, p. 127.

5. EJERCICIO DEL DERECHO-DEBER DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

Cuando los padres se separan, el niño necesita continuar el contacto con ambos, sintiéndose querido e importante para ellos. El mantener una relación continua y permanente entre padre/madre e hijo/a tiende a disminuir el efecto negativo que provoca la interrupción o ausencia de convivencia.

Para la determinación de este régimen, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten "una relación sana y cercana" con el padre o madre que no ejerce su cuidado personal. Que la relación sea sana significa que sea segura sin riesgos y cercana significa próxima, inmediata.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este régimen "cuando manifestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente" (artículo 229, inciso final).

Una causal para suspender o restringir el régimen comunicacional es cuando existe maltrato o riesgo de maltrato entre padre e hijo (a). Debe ser un criterio fundamental para decidir la suspensión o restricción, tanto del cuidado personal como de la relación directa y regular. Pero, esta conducta debe ser referida al hijo (a) y no a la relación existente entre los padres. Muchas veces éstos tienen relaciones violentas entre sí, las que no necesariamente se transfieren al hijo (a).³¹

³¹ Resolución de fecha 13/08/2012, en causa Rol N° 393-2012, Corte de Apelaciones de San Miguel. "Cuarto: Que del informe de profundización diagnóstica acompañado por la apelante, se desprende que M.A.M.F., ha mantenido un relato referido a al menos un evento, en el que resultó agredida sexualmente, antecedentes que agregado a otros y especialmente a la sintomatología presentada por ella, permitan señalar la existencia de elementos que dan cuenta de un nivel de daño en su persona leve a moderado. Y visto además lo dispuesto en los artículos 9 y 18 de la CDN y 67 y siguientes de la Ley 19.968, SE REVOCÓ la sentencia apelada de veinticuatro de mayo de dos mil doce, en causa" (...) "y, en su lugar se declara que se suspende el régimen comunicacional que a la fecha se mantiene entre la niña M.A.M.F., y su padre J.A. M. M., en tanto, la niña no sea sometida a una terapia reparatoria y el padre sea objeto de una evaluación y posterior terapia psicológica y/o psiquiátrica en su caso, todo por las instituciones que el tribunal a quo determine".

Resolución de fecha 02-03-2010, en causa Rol N° 7-2010, de la Corte de Apelaciones de Temuco. "Tercero: Que a juicio de esta Corte, la existencia de la aludida denuncia en contra del padre del menor -que como reconoce la sentenciadora a quo aún se encuentra desformalizada, pese al tiempo transcurrido- no es suficiente para concluir que exista, en forma manifiesta, un perjuicio directo para la menor de autos; máxime si la aludida denuncia ni siquiera ha sido objeto de una formalización por el Ministerio Público, y aun cuando lo fuera, y mientras no medie sentencia condenatoria firme, el inculpaado y padre de aquella se encuentra favorecido por el principio de inocencia que consagra el art. 4° del Código Procesal Penal. En suma, ese único antecedente -la existencia de una denuncia por abuso sexual aun no comprobada- no reviste el carácter de perjuicio manifiesto para el menor que habilita la suspensión del derecho del padre a una relación directa y regular con su hija. Cuarto: Que con todo, y especialmente teniendo presente que pudiera existir un peligro para el bienestar del menor en tanto no se establezca definitivamente la veracidad de la denuncia deducida en su contra, parece prudente adoptar por ahora una medida cautelar de

En un caso reciente, una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel suspendió el régimen comunicacional determinado a favor de la madre del menor por haber ejercido tanto el conviviente como la madre violencia contra el niño y no haber cumplido el régimen comunicacional decretado.

Se trata de una madre que había incumplido en reiteradas ocasiones dicho deber. Incluso, el menor habría sido víctima de agresiones de parte de la pareja de su madre y de ésta durante el régimen comunicacional. Lo que motivó una medida de protección en su favor; medida cuya transgresión fue permitida por la madre. La Corte de Apelaciones de San Miguel parte del derecho que tiene el menor—con-sagrado en la CDN— a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a menos que tal separación sea necesaria en virtud del interés superior del niño. Este interés exige que el menor pueda desarrollarse en un ambiente que no sólo le proporcione lo necesario para satisfacer sus necesidades materiales, sino que, además, sea seguro y protector. Considerando las situaciones de vulneración de los derechos del menor durante el ejercicio de la relación directa y regular con su madre, la Corte decreta la suspensión definitiva de dicho régimen, sin perjuicio del derecho de la madre de demostrar a futuro que está capacitada para cumplir su rol de tal³².

carácter conservativo, restriñiéndose el derecho antes expresado del padre de la menor, conforme a lo que dispone el inciso final del art. 22 de la Ley N° 19.968, en relación con el 48 de la Ley N° 18.216, el que será ejercido en las condiciones que se determinarán en lo resolutorio.

³² Resolución de fecha 13/09/2012, en causa Rol N° 542-2012, de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

Dice la referida sentencia en su Considerando Segundo: “Que unido al hecho que la madre demandada no ha cumplido de manera constante con el régimen de relación directa y regular acordado con los demandantes, de la prueba aportada por éstos aparece además, que el menor de autos ha sido objeto de agresión física por parte de la pareja de la madre y por ésta en momentos que se encontraba en el régimen comunicacional, por cuya razón se decretó una medida de protección en su favor, consistente en que la referida pareja no debía estar en el domicilio donde se cumplía la visita y no obstante encontrarse vigente ella, la progenitora permitió la transgresión de la prohibición, lo que da cuenta que antepone su propio interés por sobre el de su hijo”. Agrega en el Considerando Tercero: “Que el artículo 9 numeral 1° de la CDN, consagra como principio general el derecho de éste a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a menos que tal separación sea necesaria en el interés superior del niño, como por ejemplo señala los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de uno de sus padres y en el caso en estudio, XX ha sido objeto de malos tratos por parte de la actual pareja de su madre, que originaron una causa en el Juzgado de Caranilla de San Bernardo y la adopción de una medida de protección en su favor, pero además, se ha visto vulnerado en su derecho a tener vínculos con su madre, con la que no vive puesto que como ya se dijo, ésta ha descendido a su hijo, como queda de manifiesto con las numerosas constancias de incumplimiento del régimen de relación directa y regular, que es la forma que tiene su progenitora de tener vinculación con su hijo, a quien entregó a sus actuales cuidadores a muy temprana edad. Cuarto: Que así las cosas, el interés superior del niño exige que éste pueda desarrollarse en un ambiente que no sólo le proporcione lo necesario para satisfacer sus necesidades materiales sino que, además, seguro y protector y ese

6. CONTENIDO DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

Se caracteriza porque el padre o madre que no tiene el cuidado personal pueda tenerlo consigo en determinados días y horarios, conforme a lo que por convenio acuerden los padres o a lo que judicialmente se establezca. Esta comunicación puede ser directa o indirecta.

La comunicación directa consiste en la permanencia del menor durante unos días (fines de semana), en casa del padre o madre que no tiene el cuidado personal para que puedan desarrollar su vínculo afectivo y su comunicación con espontaneidad, intensidad y privacidad.

También se establece “en una forma similar al antiguo derecho de visitas”, cuando el encuentro se da en la casa del cuidador o de un tercero estando presente el padre cuidador o un pariente o en un tribunal. Esta forma de contacto sólo debe ser decretada cuando exista un riesgo o sospecha de maltrato o abuso del menor porque no permite establecer una relación estrecha entre progenitor/a e hijo/a, al existir un tercero observando.

Otra forma de establecer contacto es a través de una comunicación indirecta, sea por medio de cartas, comunicación telefónica o comunicación virtual a través de e-mails, Facebook o Skype. Estas “visitas virtuales” no pretenden ser sustitutos de los contactos telefónicos, ni de encuentros reales, pero posibilitan hacer sentir la presencia del padre más cercana. Además, las formas de dialogar con imágenes son interactivas³³.

Un tribunal de Rosario, Argentina, fue de los primeros en acoger una demanda de régimen comunicacional virtual. Se fundamentó el fallo en la necesidad de hacer efectivo el interés del menor y respetar su condición de sujeto de derecho. La sentencia señala que para poder concretizar este interés es necesario que se renueven los obstáculos que entorpezcan el pleno desarrollo del menor³⁴.

contexto se le otorga satisfactoriamente su padre biológico y la cónyuge de éste, produciéndose las situaciones de vulneración de los derechos del menor cuando se da cumplimiento a la relación directa y regular con su madre, por cuya razón se hace necesario para el bienestar del menor, de conformidad con lo que dispone el artículo 48 de la ley 19.968, acceder a lo pedido por los demandantes, esto es, la suspensión definitiva del régimen de relación directa y regular fijado en favor de Y.Y, sin perjuicio del derecho de la madre de demostrar a futuro que está capacitada para cumplir su rol de tal, anteponiendo el interés y bienestar del niño al propio”.

³³ Resolución de fecha 30/12/2008, Tribunal Colegiado de Familia de Rosario 5.

³⁴ Resolución de fecha 30/12/2008, Tribunal Colegiado de Familia de Rosario 5. “Como forma de consagrar ese mejor interés y de respetar su condición de sujeto de derecho de los niños involucrados debe promoverse la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la libertad y la libertad, entorpezcan su pleno desarrollo. La directiva dada por la ley a los jueces en los casos en que se solicita su intervención con carácter supletorio de la voluntad de los progenitores, se orienta hacia la protección, no del interés de uno solo de ellos sino de lo que “conveniga al interés familiar”. Como forma de consagrar ese mejor interés y de respetar su

Si bien el contacto virtual no es un contacto personal, facilita la presencia del padre en la vida del hijo. El problema que presenta este tipo de comunicaciones, es cómo obligar a un padre que no quiere relacionarse con el hijo a hacerlo. También está el caso de un niño/a menor, que depende del padre cuidador para que le enciendan el computador y éste o ésta no está interesado/a en que se comuniquen, para lo cual le basta con no activar el computador.

El proyecto de esta ley establecía que la relación se mantuviera a través de un contacto personal, periódico y estable. Se eliminó que el contacto fuera personal, porque se planteó que había padres que trabajaban o estudiaban fuera de la ciudad o del país y podían mantener el contacto por medio programas computacionales como Skype.

En cuanto a la forma en que debe establecerse la relación directa y regular se ha entendido que debe contemplar tanto el interés del hijo como el de los padres, en lo referente a los horarios, traslados del hijo, tiempo de vacaciones, etc.

7. INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

La relación directa y regular tiende a suavizar el impacto que ocasiona la interrupción o ausencia de convivencia con el padre o madre. Por ello, debe preservarse u optimizarse la relación paterna/materna filial. La obstrucción o incumplimiento conlleva a este fin.

Cuando se habla de incumplimiento, estamos frente a una situación que puede ser provocada por el padre no cuidador, por no cumplir el régimen acordado por convenio, o mediación o por el régimen decretado, o por la obstrucción que realiza el padre o madre que tiene el cuidado personal.

El incumplimiento del padre/madre respecto al régimen de comunicación, nos lleva a constatar que hay situaciones en que el derecho de familia tiene límites, porque presenta componentes extrajurídicos como son los sentimientos. No hay sentencia que pueda obligar a querer a un hijo/a. Como dice Díez-Picazo, "la sentencia judicial, aun revestida de todos los sacrosantos valores, es un instrumento de eficacia limitada"³⁵. Por tanto, podrá la ley establecer sanciones pero,

condición de sujeto de derecho de los niños involucrados debe promoverse la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, entorpezcan su pleno desarrollo. Conforme a ello y como medida autosatisfactiva se impondrá al demandado la obligación de suministrar a su hijo menor en el término de treinta días, una computadora con cámara web y tecnología suficiente para permitir que el niño tome contacto en forma provisional los martes, jueves y domingos de cada semana, de 05:00 p.m. a 06:00 p.m., hora de Argentina y en esta Provincia, vía Internet, a través del servicio del chat en el que se utilizará cámara en ambos computadores, tanto en la del padre como la del niño, a fin de que los mismos puedan visualizarse, bajo apercibimiento de ordenarse la retención en sus ingresos a tal fin"³⁶.

³⁵ Díez-Picazo, Luis (1994), *Familia y Derecho*, España, Editorial Civitas S.A., p. 34.

si el padre/madre no está interesado en mantener la relación con el hijo/a, poco podrá hacer el derecho.

Sobre el incumplimiento por obstrucción del progenitor cuidador, el artículo 229, inciso 5°, prescribió 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". Esta norma viene a ser una declaración de buenas intenciones, porque no establece sanciones disuasivas como sería perder el cuidado personal. Tampoco señala cómo debe probarse la obstrucción. En la práctica se va a la comisaría o se llama a carabineros para que constaten la obstrucción. A falta de norma expresa, tendemos que remitirnos a los artículos 48 y 66 de la Ley de Menores. Dice el artículo 48: "Cuando por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor se frustra, retrasa o entorpece, de cualquier manera, la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre afectado puede solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá pudentemente" (inciso 3°). Y, por su parte, el artículo 66³⁶ señala que quien infringere las resoluciones que determinan el ejercicio del derecho a que se refiere el art. 229 del Código Civil, será apremiado en la forma establecida en el artículo 543 del CPC.

Los casos de obstrucción del régimen por el padre o madre cuidador y las negativas de los hijos a mantener una comunicación con el padre/madre son expresiones de una grave crisis familiar, que amerita la necesidad de ayuda psicológica o psiquiátrica.

Aquí se requiere analizar si la negativa es espontánea, inducida o justificada. Habrá que preguntarse: ¿por qué un hijo que tenía una relación sana con su padre/madre, después de la separación de sus padres lo/a rechaza? El juez, con el apoyo del consejero técnico y de otros informes psicológicos, tendrá que determinar si el niño espontáneamente rechaza al padre o se encuentra influido por el padre/madre cuidador o si padece del síndrome de alienación parental (SAP). La existencia de este síndrome es discutida a nivel doctrinario, pero está siendo lentamente aceptada por nuestros tribunales. ¿Qué entendemos por SAP? Es un trastorno infantil que se produce en escenarios de disputas judiciales por cuidado personal y relación directa y regular. Se caracteriza por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. Se traduce

³⁶ Ley N° 16.618, Ley de Menores: Artículo 66. "El que fuere condenado en procedimiento de unión, por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega de un menor y no lo hiciera o se negare a hacerlo en el plazo señalado por el tribunal, o bien, infringiere las resoluciones que determinan el ejercicio de la Ley N° 19.711 del derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. En igual premio incurrirá el que retuviere especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal".

en que el niño se abandera con la causa del padre cuidador, en perjuicio del otro progenitor, lo que puede expresarse en desprecio y enemistad hacia el padre no conviviente, extensivo a su familia.

Se extraña que la ley no haya incorporado al SAP como un factor a considerar cuando el hijo se niega a relacionarse con el padre no cuidador. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera al SAP como un elemento que impide la relación entre padre e hijos³⁷ y varias veces ha fallado a favor del padre/madre que ha sufrido del alejamiento de sus hijos por impedirlo su ex pareja o cónyuge, otorgando una indemnización al padre/madre que fue impedido de mantener esta comunicación con el hijo.

Durante la discusión del proyecto de ley se rechazó reconocer al SAP como un factor que altera y distorsiona la relación entre padre e hijo. Los integrantes de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados fundamentaron su negativa señalando que “las personas expertas que concurren a la Comisión, psicólogos y mediadoras familiares” señalaron “que no hay reconocimiento general a su existencia por la comunidad científica”³⁸. No obstante hay sentencias de tribunales de familia que han incorporado al SAP como una causa del alejamiento del hijo/a del padre/madre.

También, puede que la negativa del hijo/hija a mantener un régimen comunicacional con su padre/madre no cuidador sea justificada. Ante esta situación, el único límite que reconoce el derecho de los hijos a mantener contacto con sus padres es que peligre su seguridad física, psíquica o moral. Así lo establece el inciso final del artículo 299 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”. Complementa esta disposición el artículo 48 de la Ley de Menores que señala: “La suspensión o restricción del ejercicio del derecho por el tribunal procederá cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo. Si se acompañan antecedentes graves y calificados que lo justifiquen, podrá accederse provisionalmente a la solicitud. La resolución del tribunal debe ser fundada y cuando sea necesario para su adecuado cumplimiento, podrá solicitarse que se ponga en conocimiento de los terceros que puedan resultar involucrados, como sería el caso de los encargados de establecimiento educacional en que estudia el menor (inciso 5º).

El juez tiene una amplia discrecionalidad para suspender o restringir el ejercicio del derecho-deber; pero velando por el interés superior del menor y teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

³⁷ Resolución de fecha 2/11/2010, Caso “Pazzi contra Italia”, Resolución de fecha 2/09/2010, Caso “Minchova contra Bulgaria”, Resolución de fecha 11/09/2011, Caso “Bordelanu contra Moldavia”, todos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³⁸ Cámara de Diputados, Resumen informe Comisión de Familia, Discusión 8-06-2011.

8. CONCLUSIÓN

La Ley Nº 20.680, al incorporar el principio de la corresponsabilidad parental, provoca un cambio de paradigma. Por lo mismo, es un principio que requiere tiempo para que se vaya internalizando. Cuando esto ocurra, será un gran avance en las relaciones de filiación post ruptura. No obstante, como la ley no incorpora una acción frente al incumplimiento de la corresponsabilidad, su ausencia hace inoperantes los derechos del padre no cuidador.

BIBLIOGRAFÍA

- Almeida, Susana, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia”, Ponencia presentada en el *Curso Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia*, Red Europea de Formación Judicial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.
- Barros Bourie, Enrique (1999), “Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación”, *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Barcia Lehman, Rodrigo (2011), *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago, PuntLex.
- Díez-Picazo, Luis (1994), *Familia y Derecho*, España, Editorial Civitas S.A.
- Gómez de Latorre Vargas, Marcencz (2011), “La relación directa y regular como efecto de la ruptura”, *Revista del Magister y del Doctorado en Derecho* Nº 4, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial LOM.
- Gómez de la Torre Vargas, Marcencz (2007), *El sistema filiativo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Lathrop Gómez, Fabiola (2005), *Cuidado personal de los hijos*, Santiago, PuntLex.
- Lepin Molina, Cristian (2013), “Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley Nº 20.680”, *Revista de Derecho*, Escuela de Posgrado, Facultad de Derecho-Universidad de Chile, Nº 3, LegalPublishing-Thomson Reuters.
- Rivero Hernández, Francisco (1997), *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch.
- Rivero Hernández, Francisco (2011), “Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencias y Protección”, *Revista del Magister y del Doctorado en Derecho* Nº 4, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial LOM.
- Rodríguez Pinto, María Sara (2009), “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterio de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 Nº 3.