

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO Y LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR CON ÉL

["Legislation and Jurisprudence About Personal Care of the Child and Direct
and Frequent Relationship with Him/Her"]

MARÍA SOLEDAD QUINTANA VILLAR
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN

Entre los asuntos de familia conocidos por los tribunales, las causas relativas al cuidado personal y a la relación directa y regular representan un alto porcentaje, ello debido a múltiples causas, entre las que destacan el rechazo en aumento de los jóvenes al compromiso que significa el matrimonio; a la equiparación, no solo respecto de los derechos, sino, asimismo, en cuanto al número de hijos nacidos dentro del matrimonio y fuera de él, y al alto porcentaje de divorcios. En este artículo, me referiré tanto a lo que prescribe nuestro ordenamiento jurídico sobre esta materia como a su aplicación jurisprudencial. También, mencionaré alguna legislación y jurisprudencia comparada.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor – Derecho-deber – Cuidado personal del menor.

ABSTRACT

Amongst the family matters heard by the courts, the great percentage corresponds to the causes related to the personal care and the direct and frequent relationship. This is due to multiple reasons, among which there is the increasing rejection of the youth to the commitment that implies marriage; the equality not only regarding rights, but also regarding the number of children born within and outside the marriage, and the high percentage of divorces. In this article, I will refer to what our legal system states about this matter, as well as its jurisprudential application. I will also mention some legislation and comparative jurisprudence.

KEYWORDS: In the best interest of the child – Right-duty – Personal care of the child.

* Profesora auxiliar de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: msoledadquintana@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 19.585, que reformó el sistema de filiación hasta entonces vigente en Chile, ha sido una de las más importantes de los últimos tiempos en el ámbito del Derecho de familia. Entre los temas que ella abordó están los dos que trataré en este trabajo: el cuidado personal del menor y la relación directa y regular que puede –y debe– mantener el progenitor que no detenta su cuidado. En atención al creciente número de separaciones entre los padres y de terminación de los matrimonios por sentencias de divorcio, a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 19.947, es que ellos han cobrado ahora mayor relevancia que en el pasado.

El principio del interés superior del menor que inspira la legislación de Familia, encontrándose implícito en todas sus normas y explícito en muchas de ellas, es el que debe tener siempre presente el juez al conocer de estas materias. Ahora bien, dado que es frecuente que la norma faculte al juez para discernir, de acuerdo con el caso, cómo se cumple de mejor manera con este principio rector, es que encontramos criterios divergentes en casos que son similares.

En este artículo, primeramente revisaré la legislación pertinente imperante en nuestro país, luego haré un análisis comparativo con dos ordenamientos jurídicos muy próximos al nuestro, el argentino y el español y, finalmente, mostraré cómo los jueces han resuelto los litigios relacionados con estos dos efectos de la filiación ya señalados.

II. MARCO LEGISLATIVO

Durante largos años, autores y profesores de Derecho de familia criticaban acerbamente nuestra legislación¹, por cuanto el sistema de filiación era diferenciado, estratificado y restrictivo. Había varias clases de hijos con desiguales derechos y no existía una amplia posibilidad de investigar la paternidad o maternidad no reconocida voluntariamente. La plenitud de los derechos solo correspondía a aquellos hijos cuyos padres estuviesen casados entre sí –hijos legítimos–. Matrimonio y filiación eran dos instituciones vinculadas tan estrechamente que esta se estudiaba como efecto de aquél. Los hijos ilegítimos, aquellos cuyos padres no estaban ligados por un vínculo matrimonial, se encontraban en una situación ciertamente desmedrada frente a los legítimos. Recordemos que, por ejemplo, en materia sucesoria, de acuerdo con el antiguo artículo 988 CCCh., al hijo

¹ Entre ellos, ROSSEL SAAVEDRA, Enrique, *Manual de Derecho de familia* (7^a edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 257; y PARDO DE CARVALLO, Inés, “Apuntes de clases”, año 1990.

natural, es decir, aquel hijo ilegítimo cuya filiación había sido reconocida voluntaria o forzosamente por uno o por ambos progenitores, le correspondía la mitad de la porción que llevaba el hijo legítimo y, según el artículo 321 CCCh. anterior a la Ley N° 19.585, no era sujeto activo de la acción de alimentos contra sus abuelos, siendo esta una de las razones que llevó a la doctrina a afirmar que el hijo natural no tenía abuelos. Entre los hijos ilegítimos, era necesario distinguir, también, entre aquellos que no habían obtenido ningún tipo de reconocimiento de los que lo habían obtenido, pero para el solo efecto de demandar alimentos y estos, por regla general, rebajados a la calidad de necesarios, aquellos que, según la vieja legislación, solo bastaban para sustentar la vida, artículo 323 derogado por la citada ley.

Por su parte, la *Constitución*, ya en su primer artículo, declara “*Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”; y, además, en el artículo 19 N° 2 que “*asegura a todas las personas la igualdad ante la ley*”.

Además, Chile, el 27 de septiembre de 1990, veinticinco días después de su entrada en vigor, ratificó la *Convención de los Derechos del Niño*, que preceptúa en su artículo 2 N° 1: “*Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”, reconociendo, por ende, iguales derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. En el mismo sentido, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o “Pacto de San José de Costa Rica”, ley de la República a partir del 5 de enero de 1991, establece en el artículo 17 N° 5: “*La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*”.

El legislador de la Ley N° 19.585, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de octubre de 1998 y que entró en vigencia un año más tarde, intentó corregir las injusticias de la legislación anterior y adecuarla tanto al texto de la Constitución como a la *Convención de los Derechos del Niño* y al “Pacto de San José de Costa Rica”, manifestando en el actual artículo 33 parte final “*La ley considera iguales a todos los hijos*”, sin embargo, tuvo que distinguir entre filiación matrimonial y no matrimonial y ello por cuanto la diferenciación, en este tema, es indispensable, aunque ya no en relación con los derechos correspondientes a los hijos de una u otra filiación, sino porque el matrimonio de los padres acarrea consecuencias en el régimen probatorio de determinación de la filiación. Es así como, en el artículo 184 CCCh., el legislador presume –presunción simplemente legal, pues

admite prueba en contrario— la paternidad del marido de la madre.

Es necesario tener también presente que si bien el legislador consagra, decía, la igualdad de todos los hijos, esta igualdad en cuanto a los derechos solo la pueden hacer valer aquellos cuya filiación esté determinada respecto de uno o ambos padres, pues, en caso contrario, aunque todas las personas naturales tienen ascendientes biológicos, hay algunas cuya filiación no se ha establecido de acuerdo con la normativa legal y, por ende, no pueden ejercerlos.

En suma, el hijo de padre y madre desconocidos y aquel cuya filiación no se haya determinado legalmente, aunque en teoría gozan de los derechos concedidos a los hijos, nada pueden exigir de su padre o madre biológicos.

Ahora bien, ¿cuáles son los derechos y los deberes que nacen de la relación filiativa?

Es preciso distinguir entre aquellos que tienen los hijos frente a sus padres y los que tienen los padres en relación con sus hijos.

Entre los deberes de los hijos para con sus padres, debemos mencionar el respeto y la obediencia: artículo 222 CCCh.; el cuidado y socorro: artículo 223 CCCh., y los alimentos: artículo 321 N° 3 CCCh. En cuanto a las prerrogativas y deberes de los padres, encontramos entre las primeras, la relación directa y regular: artículo 229 inciso 1° CCCh.; la corrección: artículo 234 CCCh.; el derecho de dirigir su educación: artículo 236 CCCh.; el otorgar o negar el asenso para contraer matrimonio: artículo 107 CCCh.; el autorizar o negar su salida del país: artículo 49 Ley 16.618. Y, respecto de los segundos, el cuidado personal: artículos 224 y siguientes, CCCh.; la crianza y educación: artículo 236 CCCh., y soportar los gastos de crianza y educación: artículos 230 y siguientes, CCCh.

La afirmación hecha anteriormente, referente a los deberes de los hijos para con sus padres, debe ser matizada, por cuanto, en ciertos casos, el legislador los exime de su cumplimiento.

¿A qué hijos el progenitor no puede exigir las prerrogativas concedidas por ley?

i) A aquel cuya filiación hubiese sido determinada judicialmente contra su oposición, siempre que no mediare restablecimiento por parte del hijo plenamente capaz (artículo 203 CCCh.).

En relación con este tema, el artículo 1182 —sito en el libro III del *Código Civil: De la sucesión por causa de muerte*—, que sanciona, incluso, a los ascendientes, manifiesta, “*No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del Artículo 203*”. Dicha remisión se refiere

a la contraexcepción, esto es, al posible restablecimiento de sus derechos. Pero existe un conflicto de disposiciones, por cuanto, la recién citada se contrapone con la norma del artículo 994 inciso 2° del mismo texto legal que solo sanciona a aquel –o aquella– cuya paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, no contagiando a sus ascendientes, ¿cuál de ellas prima?, ¿cuál es la norma especial?

ii) Al hijo que hubiese sido abandonado por sus padres (artículo 238 CCCh.).

iii) O que la inhabilidad moral de estos hubiese dado motivo a la providencia de que fuesen separados de su lado, siempre que esta resolución no hubiese sido revocada (artículo 239 CCCh.).

iv) Asimismo, al hijo víctima de injuria atroz por parte de sus padres (artículo 324 CCCh.).

v) Por su parte, el artículo 370 bis del *Código Penal*² priva de la patria potestad y de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes, al que fuere condenado por un delito sexual, cometido en la persona de un menor del que sea pariente.

No podemos menos de advertir que esta norma estaría más propiamente ubicada en el *Código Civil* que en el *Penal*, por cuanto acarrea la privación total de los derechos del ofensor respecto no solo del ofendido sino también de los ascendientes y descendientes de este. Sin embargo, en el caso en comento, tendrá que ser un juez en lo penal quien decrete la emancipación del menor cuando así corresponda.

La limitación de los derechos de los padres respecto de sus hijos, cuando se dan los casos de procedencia de las referidas excepciones a la regla general, tiene su razón de ser en un afán sancionador por parte del legislador para con aquellos progenitores, que si bien han procreado, luego se han desvinculado de los efectos o, por lo menos, de los deberes que la relación filiativa produce.

En todas las disposiciones del ordenamiento jurídico relativas a los menores, subyace y, a menudo, se patentiza, un principio general, cual

² Artículo 370 bis del Código Penal: “*El que fuere condenado por alguno de los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores cometido en la persona de un menor del que sea pariente, quedará privado de la patria potestad, si la tuviere, o inhabilitado para obtenerla, si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor*”.

es, el interés superior del menor. Y es este principio el que impone la obligatoriedad de los deberes de los padres para con sus hijos.

Cabe destacar que aunque los progenitores se ven privados de sus prerrogativas en los casos enumerados anteriormente, los hijos, en cambio, gozan de todos los derechos derivados de la filiación, en atención a aquel principio rector recientemente señalado.

III. CUIDADO PERSONAL O TUICIÓN

1. *Legislación.*

Teniendo presente lo dicho anteriormente referente al alto número de rupturas matrimoniales que ha ido *in crescendo* desde la segunda mitad del siglo recién pasado como al hecho que, actualmente, la mayoría de los hijos nacen fuera del matrimonio, cobra relevancia el discernir a quién corresponde, en esta situación, el cuidado personal que los tratados antiguos denominaban tuición y que, en Chile, está ligado a la patria potestad cuando los padres viven separados.

Nuestra legislación civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, restringe el instituto de la patria potestad a un ámbito meramente patrimonial, pues la define, en el artículo 243 CCCh., como: “*El conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados*”³. Por tanto, si un menor no tiene bienes, es inaplicable dicho estatuto. En cambio, en legislaciones como la argentina y la española comprende, asimismo, la esfera personal.

Así, en Argentina, en el concepto de patria potestad se subsumen tanto los derechos, prerrogativas y deberes respecto de la persona del hijo como de sus bienes. Leemos en el artículo 264 CCArg: “*La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado*”.

Es preciso indicar que, en esta materia, hay otra diferencia importante entre los ordenamientos chileno y argentino, mientras el nuestro trata separadamente cada uno de los efectos de la filiación, el argentino ocupa el vocablo guarda para referirse a ellos en conjunto, lo que es apreciable en la lectura de los artículos 265, 275, 278 y siguientes del *Código*, en los que se

³ A *contrario sensu*, si es un tercero quien está a cargo del cuidado personal del menor no ejercerá la patria potestad ni gozará de todos sus atributos, pues, si bien podrá representar al menor y administrar los bienes no pertenecientes al peculio profesional, no gozará de los frutos.

advierte que apunta tanto a los deberes de protección, crianza, educación y corrección como, asimismo, al cuidado personal de los hijos⁴.

¿Cómo regula el legislador argentino la guarda, en términos nuestros, el cuidado personal, si los padres viven separados?

El artículo 206 CCArg. dispone que le corresponde a la madre hasta que el hijo cumpla cinco años, salvo causas graves que afecten el interés del menor; llegado a esa edad, a falta de acuerdo entre los padres, será el juez quien decida. Agrega el legislador: *“Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos”*.

La legislación española, por su parte, coincide con la argentina en cuanto al contenido de la patria potestad, pero difiere de esta respecto del criterio para determinar, en caso de separación, a cuál de los padres le corresponde detentar el cuidado personal de los hijos, pues según el artículo 159 del CCEsp.: *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”*.

Titularidad del cuidado personal y de la patria potestad en Chile.

i) Si el hijo es de filiación matrimonial y los padres viven juntos, el cuidado personal lo ejercerán de consuno. En caso de fallecimiento de uno de ellos, lo detentará el sobreviviente, artículo 224, inciso 1° CCCh. La patria potestad, en cambio, corresponderá al padre, a la madre o a ambos conjuntamente, según convengan en escritura pública o en acta otorgada ante un oficial del registro civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, artículo 244 inciso 1° CCCh. En caso de no existir acuerdo, la detentará el padre, en virtud de lo dispuesto en el artículo 244 inciso 2° CCCh. Pero, si el interés del hijo lo hace indispensable, será el juez quien otorgue el ejercicio de la patria potestad al padre que no la tenía o podrá radicarla en uno solo si la ejercían de consuno, artículo 244 inciso 3° CCCh.

ii) Si el hijo es de filiación no matrimonial y ambos padres lo han reconocido y viven juntos, son aplicables las mismas reglas anteriores tanto las relativas al cuidado personal como aquellas referentes a la patria potestad.

iii) Cuando la filiación está determinada respecto de ambos progenitores

⁴En Chile, guarda es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida, artículo 338 CCCh.

y estos viven separados, conforme a lo prescrito por los artículos 225 inciso 1º y 245 CCCh. le corresponden, por regla general, ambos, a la madre.

iv) Ahora, si el hijo solo tuviese determinada la filiación en relación con uno de sus progenitores, será este quien ejercerá el cuidado personal y la patria potestad (artículo 224 inciso 2º CCCh.).

Pero estas reglas no son absolutas, por cuanto existen excepciones. Algunas de ellas ya fueron mencionadas, ya sea explícita o implícitamente. Pasaremos a revisarlas:

v) Posibilidad de acuerdo entre los progenitores.

Desde antaño se ha dicho que las normas de Derecho de familia son de orden público y, por ende, inderogables por la simple voluntad de los particulares y, en este sentido, ella –la voluntad– se considera en el inicio de la relación jurídica, perdiendo importancia posteriormente. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, la imperatividad de las disposiciones relativas a esta rama, ha sufrido algunas modificaciones con las últimas leyes y es así como podemos apreciar aquello que la doctrina ha denominado contractualización del Derecho de familia, pues cabe, en ciertas materias, justamente en aquellas que son objeto de este trabajo, la posibilidad de pacto entre los padres.

Así, ellos podrían concertar que el cuidado personal de uno o más hijos correspondiese al otro de los progenitores. La convención debe celebrarse cumpliendo una formalidad *ad sollemnitatem*, ya sea la escritura pública o el acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y una u otra debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro del término de treinta días siguientes al otorgamiento. Los padres pueden revocar este acuerdo, pero para ello deberán cumplir las mismas solemnidades (artículo 225 inciso 2º CCCh.).

Consta en la historia de la ley que esta norma fue objeto de debate por parte de los parlamentarios, por cuanto les preocupaba que, mediante dicho pacto, se produjera la separación de los hermanos lo cual, en opinión de los entendidos –y también de los legos– no es recomendable. Sin embargo, los legisladores concluyeron que, en ocasiones, esta separación podría ser, incluso, conveniente y optaron, entonces, por positivarla.

En lo tocante a la patria potestad, hay una norma similar que regula la posibilidad de convención entre los padres en el artículo 244 inciso 1º ya citado.

vi) En atención al interés superior del hijo.

Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, ya sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá conceder el cuidado personal al otro padre. Sin embargo, no lo podrá hacer si el otro –padre o madre– no contribuyó a la mantención del hijo pudiendo hacerlo, artículo 225

inciso 3º CCCh. Subyace el mismo principio en el artículo 245 inciso 2º CCCh. que versa sobre la patria potestad.

vii) Por inhabilidad física o moral de ambos padres.

El juez puede conceder el cuidado personal de los hijos a otra(s) persona(s) competente(s). En su elección, preferirá a los parientes consanguíneos más próximos y, entre ellos, a los ascendientes, artículo 226. De darse esta situación, el guardador si bien detendrá el cuidado personal del menor, no será titular de la patria potestad, por cuanto esta es privativa de los padres (artículo 243 CCCh.).

viii) Caso de la persona casada.

En el artículo 228 CCCh. leemos la última de las excepciones: Una persona casada, a quien corresponda el cuidado personal de un hijo no nacido de ese matrimonio, solo podrá tenerlo en el hogar común con el consentimiento de su cónyuge.

Esta disposición, en una primera aproximación, puede escandalizar. La *ratio legis* habría sido la consideración que para el hijo sería más perjudicial vivir en un hogar en el cual su presencia no fuese querida por el cónyuge de su padre o madre.

¿Y qué acontece cuando la filiación no está determinada o ha sido fijada contra la oposición del padre y de la madre?

Hasta el momento, hemos examinado casos en los cuales el hijo tiene una filiación determinada respecto de uno o de ambos padres. Si ninguno de los progenitores ha reconocido al hijo, será el juez quien resolverá la persona que lo tendrá a su cuidado, artículo 224 inciso 2º CCCh. Lo mismo ocurrirá, decía, cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre y de la madre, pues, en este caso, quedan privados, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se les confieren respecto de la persona y bienes del hijo y de sus descendientes, artículo 203 CCCh. El artículo 248 CCCh. ubicado en el Título X que versa sobre la patria potestad, prescribe que, en estos casos, se designará un guardador al hijo.

2. *Jurisprudencia.*

Aplicación de la regla general en materia de titularidad del ejercicio del cuidado personal. De un tiempo a esta parte, se ha postulado la tesis de la custodia compartida, existiendo un proyecto de ley al respecto. En este sentido, falló una sentencia del 4º Juzgado de Familia de Santiago, en causa RIT C-3274-2006, desconociendo el claro mandato legislativo. No obstante, en atención a lo expuesto en la resolución, la madre interpuso recurso de apelación y, en segunda instancia, en causa rol N° 565-2009, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha

22 de mayo de 2009, revocó el fallo, fundándose en los incisos 1º y 3º del artículo 225 CCCh..

El tribunal de alzada indicó en sus considerandos que, si bien el antiguo artículo 223 CCCh. solo privaba del cuidado de los hijos a aquella madre cuya depravación hiciese temer la perversión de estos y el actual 225 CCCh. no exige tal grado de inhabilidad, pues permite al juez entregar el cuidado personal al padre cuando la madre ha incurrido en maltrato, descuido u otra causa calificada, en el caso *sub lite*, no se había acreditado ninguna de estas inconductas. Por ende, concluye el fallo, el cuidado personal lo detendrá la madre, a la cual, agrega, naturalmente, le corresponde.

La regla general prescribe que cuando los progenitores viven separados, es la madre quien tiene a su cargo el cuidado personal, salvo las situaciones de excepción ya mencionadas⁵, se patentiza, asimismo, en el fallo de la cuarta sala (especial) de la Corte Suprema, rol N° 1789-2009, de fecha 19 de mayo de 2009, que rechazando un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia de alzada que confirmó lo resuelto en primera instancia, sostiene que los jueces de fondo no han hecho sino respetar la regla de orden natural prevista en el artículo 225 CCCh., considerando, especialmente, que no se logró acreditar durante el proceso, la inhabilidad de la madre para ejercer el cuidado personal de los hijos.

Idéntico criterio se aprecia tanto en la causa rol N° 870-2008, de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 3 de diciembre de 2008, conociendo de un recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia que otorgó el cuidado personal a la abuela materna, revocándola y otorgándosele a la madre como en la causa rol N° 1178-2006 de la cuarta sala (especial) de la Corte Suprema, fechada el 14 de mayo de 2008, que, al rechazar un recurso de casación, aduce que si no existe una acreditada causal de inhabilidad de la madre es de orden natural que a ella le corresponda el cuidado personal de los hijos. Similar argumentación advertimos en la causa rol N° 3097-2008, también de la cuarta sala especial de la Corte Suprema, de fecha 15 de julio de 2008, que señala que el cuidado personal corresponde naturalmente a la madre, principio que ha sido acogido por nuestro legislador civil en el inciso primero del artículo 225 y que solo puede ser alterado por razones fundadas en atención a la inhabilidad de la madre o al interés del hijo. Este fallo reconoce tanto al padre como a su familia de origen suco, el derecho de mantener contacto con la menor, permitiendo, así, que ella conserve vivos los valores y tradiciones de dicha

⁵ En este sentido, causa rol N° 168-2006, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 24 de noviembre de 2006 y causa rol N° 5458-2006, Corte Suprema, 4ª sala (especial), de 9 de julio de 2007.

cultura, enfatizando la necesidad de facilitarles a dichos parientes la relación directa y regular con la niña.

Los jueces, basándose en el inciso 3º del artículo 225 CCCh., exigen, para privar a la madre del cuidado personal del hijo, que el interés de este lo haga indispensable como lo podemos confirmar en la causa rol N° 296-2007 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 10 de octubre de 2007, en que se falló la improcedencia de privar a la madre de la tuición por maltrato sustentado en la sola declaración de menor. Los ministros argumentaron: *“De un estudio de la causa, no aparece que a la luz del interés superior del niño, resulte indispensable privar a la madre del cuidado de su hijo. En efecto, el único antecedente que pudo tenerse en cuenta son las declaraciones del menor, que carecen de algún otro elemento probatorio que las sustente (malos tratos de la madre al menor). Aparece que no existe maltrato, descuido ni otra causa calificada que haga indispensable que el tribunal confíe el cuidado personal al otro de los padres, por el interés del hijo, debiendo respetarse la disposición legal citada (artículo 225 del Código Civil), que de acuerdo al mérito de los antecedentes y a su edad, es la que más conviene al interés superior de éste”*. En los considerandos 4º y 5º aludieron al informe de peritaje social y a los antecedentes proporcionados por la Escuela a la que asiste el menor que reconocen *“la labor altamente positiva de la madre en beneficio de su hijo”*.

Añadieron: *“que según consta de fs. 86 y 96, el padre del menor en dos ocasiones no ha respetado el régimen de relación materno filial establecido en la resolución recurrida, lo que evidentemente irroga perjuicios al niño”*. En una revisión exhaustiva de la jurisprudencia, se puede comprobar que, cumpliendo con lo preceptuado en el artículo 225 CCCh., se exige, para privar a la madre del cuidado personal de sus hijos, la acreditación de las incapacidades alegadas que deben ser de suficiente entidad como para inhabilitarla. Así, la causa rol N° 55-2007 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, fechada el 12 de octubre de 2007, que confirmó la sentencia de primera instancia, apelada por el actor, el cual alegaba que la madre descuidaba sus deberes, por cuanto no se preocupaba de los estudios de sus hijos, saliendo con frecuencia en las noches y durmiendo en el día. Los ministros, teniendo en consideración los informes psicológicos y psiquiátricos, según los cuales ambos progenitores eran hábiles para detentar el cuidado personal y las probanzas rendidas, concluyeron que no correspondía privar a la madre de la tuición.

Cuidado personal y separación de los hermanos. Aludía, en párrafos anteriores, al debate legislativo que se produjo en torno a la posibilidad de separar a los hermanos. Quiero mostrar, a través de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 3294-

2005, de fecha 2 de noviembre de 2005, cómo este tema que preocupó a los legisladores es reconocido también por los jueces como especialmente delicado. Se trata de una madre que tiene el cuidado personal de los dos hijos menores, estando, los tres mayores, bajo la tuición del padre. Ambos progenitores reclamaron para sí, el cuidado de aquellos hijos respecto de los cuales no lo detentaban. Fueron escuchados los menores y hubo opiniones dispares, pues los que estaban con el padre querían continuar con él y los más pequeños manifestaron su deseo de estar con ambos padres y con todos sus hermanos. Los jueces resolvieron que: *“El hecho de que la ley otorgue a la madre a falta de acuerdo entre los padres, el cuidado de sus hijos, debe entenderse más que como un derecho a la tuición, como una potestad que se le ha confiado, porque se ha entendido que, en principio, ello es más beneficioso para los menores. Es decir, su fundamento es el interés superior de los hijos, razón por la cual, en la medida que existan antecedentes que demuestren lo contrario, la ley posibilita confiarle esta tarea al padre. En la especie, constituye una causa calificada (en los términos utilizados por el artículo 225 del Código Civil), que el juez debe ponderar el que los propios hijos, en una edad en que no es posible desatender sus opiniones, manifiesten su deseo de vivir con el padre, lo que unido a los demás antecedentes que emergen del juicio, resulta atendible y aconsejable por el interés de los niños. El interés de los menores exige, por otra parte, procurar que ellos no se vean expuestos, nuevamente, a la alteración de una situación donde han logrado un equilibrio que, si bien es precario, dada la delicada situación que la relación de los padres ha ido generando, resulta beneficioso para los niños, como ha quedado de manifiesto a lo largo de este proceso. Romperlo, sería introducir un nuevo elemento que traería inseguridad y desconcierto en su desarrollo”*.

El cuidado personal y los terceros. Me parece pertinente analizar otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que, con fecha 7 de noviembre de 2007, en causa rol N° 47-2007, falló que el cuidado personal de menor no puede ser entregado a los abuelos si los padres no se encuentran inhabilitados. Se trata de una madre que entregó su hija a la abuela materna, por no contar con los medios necesarios para brindarle subsistencia. Tiempo después reclamó a la niña alegando que ya podía mantenerla. La abuela demandó para sí la tuición, lo que le fue denegado, basándose en el artículo 225 CCCh., pero reconociéndosele el derecho a mantener una relación directa y regular.

Es necesario mencionar que la abuela ya detentaba el cuidado personal de la menor por resolución judicial, ¿por qué, entonces, demandó un derecho que ya tenía y por qué el juez lo desconoció?, ¿por qué se ignoró el artículo 240 CCCh., conforme al cual: *“Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres*

sacarle del poder de ella, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación tasados por el juez. [Inciso 2º] El juez solo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo”.

Podemos pensar que los jueces estimaron que no se configuraba el abandono, pero ello no fue objeto de prueba.

Otra sentencia que falla con una argumentación semejante, revocando la de primera instancia, es la que recae en la causa rol N° 709-2006, de fecha 30 de mayo de 2006, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Se trata de una menor que, terminado el período post-natal de la madre, estuvo a cargo de su padre y de sus abuelos paternos, en la ciudad de Viña del Mar. La madre, domiciliada en Santiago, pasado un tiempo, contrajo matrimonio con una persona diferente del padre de la menor, con quien, al momento de la interposición de la demanda en la que solicita el cuidado personal de esta, tenía un hijo. Dos de los ministros, aduciendo que es de orden natural que la madre detente su cuidado, que ella había demostrado ser capaz de hacerlo respecto del hijo de filiación matrimonial y que solo por la negativa del padre a dejarla en la sala cuna de la empresa donde ella trabajaba, cedió su cuidado personal al padre y a los abuelos, decidieron restituirle este derecho. El voto de minoría hace hincapié en el daño psicológico que le puede significar a la menor sacarla del ambiente en que ha vivido durante gran parte de su vida y alejarla de aquellos que habían estado permanentemente con ella, esto es, su padre y sus abuelos. La mayoría disiente, aunque reconoce que es un cambio drástico de su vida, arguyendo que este no es sino un mal menor que se puede aliviar con un adecuado tratamiento médico-psicológico.

Yo me pregunto si los ministros tuvieron presente el espíritu de la ley, manifestado en el artículo 201, que ordena al juez preferir la posesión notoria sobre las pruebas periciales de carácter biológico. Es cierto que aquí no se trata de un problema de determinación de la filiación, pero el principio subyacente en esta disposición y en todas las materias de familia es que el juez debe fallar siempre considerando el interés superior del menor y, en caso de conflicto, prescribe dicho artículo, preferir a aquellos con quienes el menor se ha criado, salvo que: *“haya graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior”*⁶. Lo que no ocurre en el caso *sub lite*, como lo expresa el juez disidente quien fundamenta su voto: *“atendiendo para ello al interés superior de la mencionada menor, especialmente al hecho que ésta ha permanecido bajo el cuidado de su padre desde sus primeros días de vida, en el hogar que mantienen su progenitor y*

⁶ Artículo 201 inciso 2º CCCh.

abuelos paternos en la ciudad de Viña del Mar, generándose un importante apego de la niña tanto con su padre como con sus abuelos paternos, siendo bien cuidada en dicho hogar y cubriéndose todas sus necesidades materiales y afectivas, de manera que ordenar un drástico cambio de circunstancias en su vida trasladándola a vivir con su madre en Santiago, no resulta justificable por las razones que se señalan en el mismo fallo”.

Apreciamos una situación similar en la causa rol N° 6553-2005, de la cuarta sala (especial) de la Corte Suprema, de fecha 2 de noviembre de 2006. Se trata de una acción de impugnación y reclamación de la filiación de un menor. El demandado, alegó que, de acuerdo con la *Convención sobre los derechos del niño*, debe prevalecer el principio del interés superior del menor por sobre su derecho a la identidad legal, destacando en su argumentación, que el demandante, a pesar de las peticiones de la madre del menor, en orden a que reconociera a su hijo, no lo hizo y solo tiempo después, en circunstancias que el menor tenía determinada otra filiación, intenta crear un vínculo parental que va en desmedro de la salud mental de su hijo. El tribunal de primera instancia acogió la demanda, el demandado apeló y en vistas de la confirmación de la sentencia por parte de la Corte de Apelaciones, recurrió de casación en el fondo para ante la Corte Suprema, tribunal que rechazó el recurso. Es cierto que los tribunales de fondo y el supremo fallaron de acuerdo con la ley, según los artículos 208, 211 y 320 CCCh., pero ¿qué habría ocurrido si el demandado hubiese invocado los artículos 200 y 201, relativos a la posesión notoria?

Interpretación extensiva del artículo 225 CCCh. Podemos advertir que aquella regla varias veces citada y positivada en el artículo 225 CCCh., conforme con la cual: “*a la madre toca el cuidado personal de los hijos*” ha sido llevado a ultranza por ciertas sentencias amparándose en la ley, la *Constitución*, tratados internacionales y estudios de Psiquiatría y Psicología.

Por vía ejemplar, mencionaré, asimismo, la causa rol N° 657-2008 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, del 25 de noviembre de 2008, que señala: “*Queda en evidencia que al considerar el juez a quo sólo la condición de drogadicta de la madre, ha incurrido, aun cuando su intención ha sido la de protección del niño, en un acto arbitrario que afecta no sólo al menor sino también a la madre, pues la decisión tan categórica de separación y de incomunicación, pasaría a ser una condena más para la madre y una orfandad para el menor, en consecuencia se puede considerar que ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República. La relación madre-hijo es fundamental independientemente de si la madre es drogadicta, delincuente, prostituta, etc. y especialmente si el hijo es un recién nacido que requiere ser alimentado por ella. Hoy se considera que en los primeros cinco*

años de existencia de una persona, es primordial el vínculo con sus padres y en especial con la madre, situación que tiene que ver con el desarrollo de la inteligencia emocional y con la integridad física y síquica en aras de convertirse en un sujeto sano, sin traumas y normal. Por tal razón aparece como muy importante que el niño no sea separado de su madre en esta etapa de su vida, aun cuando esté en un Centro Penitenciario, porque lo determinante aquí es el vínculo entre ambos.[...] medida arbitraria no explicitada que vulnera derechos fundamentales de sus representados, como el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, garantía contemplada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y los contemplados en los artículos 11 N° 2 y 25, este último en armonía con los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las disposiciones constitucionales de los artículos 5° inciso segundo, 19 N° 3 y 26 y artículo 20 de la Constitución Política de la República, además en los derechos contemplados en los artículos 2, 5, 7 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño”.

Los ministros, al fallar, desconocieron los informes de la psicóloga y de la trabajadora social que recomendaban otorgar el cuidado personal del niño a parientes que estaban dispuestos a brindarle la atención y el cariño necesarios, no tomaron, tampoco, en consideración la poliadicción de la madre que llevaba cuatro años en tratamiento, sino argumentaron que privarla del cuidado personal sería proporcionarle un doble castigo y dejar al menor en orfandad.

Me parece que, de algún modo, hicieron caso omiso del principio, tantas veces invocado y que debe estar presente en todas las materias referentes a menores, esto es, buscar su interés superior, pues, el caso en comento, ¿no cabe, acaso, en una de las excepciones de la regla general, según la cual toca a la madre el cuidado personal, salvo que...?

Excepciones a la regla general relativa a la titularidad del ejercicio del cuidado personal. Existen, claro está, sentencias que demuestran la prudencia de los jueces, pues han aplicado la excepción relativa a que el cuidado personal no será detentado por la madre si ésta se encuentra inhabilitada o impedida por causas calificadas.

Tal es el caso de la causa rol N° 236-2007, de fecha 4 de octubre de 2007, de la Corte de Apelaciones de Concepción, en la que, habiendo entregado la madre, en el pasado, el cuidado personal de su hija por circunstancias económicas y sociales, solicitó su restitución alegando haber cesado sus impedimentos. De la prueba rendida, en particular, de los peritajes psicológicos, sociales, psiquiátricos y especialmente considerando la audiencia confidencial con la menor en la que ella expresó su deseo de no vivir con su madre, los jueces estimaron que dar lugar a la solicitud de la misma, significaría poner a la menor en riesgo físico y mental, toda vez

que su progenitora aún presentaba rasgos de alcoholismo y que no había cambiado su actitud fantasiosa, inmadura y que, en ciertos casos, podría generar conductas erráticas e incluso psiquiátricamente cuestionables. Por ello, se mantuvo firme la medida adoptada, en orden a que el cuidado personal de la menor, en atención a su interés superior y la inhabilidad de la madre, lo detentasen otras personas, individualizadas en la sentencia. Sin embargo, se le concedió a esta la posibilidad de mantener con su hija una relación directa y regular restringida una vez cada quince días en dependencias del Tribunal u otro centro que se estime conveniente.

Una situación análoga es la expuesta en la causa rol N° 13-2009, de fecha 23 de febrero de 2009, de la Corte de Apelaciones de Temuco, en la que no obstante no existir mayores inhabilidades de la madre, en aras al interés superior del menor, se deja firme la medida establecida por el tribunal de primera instancia, en el sentido que el cuidado personal del hijo lo detente su tía, con el objeto que el menor tenga la posibilidad de estudiar y vivir en un ambiente tranquilo y alejado de la actual pareja de su madre, padre de sus dos hermanos maternos, quien ostensiblemente demuestra su preferencia por ellos en desmedro de él. Asimismo, reconocen el derecho-deber de la madre de mantener con el menor una relación directa y regular, agregando que, si las circunstancias varían y lo permiten, ella podrá, entonces, reclamar su cuidado personal. Es de destacar que, en este fallo, los sentenciadores fundan su resolución aduciendo la necesaria interpretación de las normas del Derecho de familia a la luz del interés superior del menor: “[...] *es imperioso contrastar factores, tanto de hecho como legales, con el principio del interés superior del niño, que, conforme se ha establecido en la Convención Internacional de los derechos del niño, y en las leyes atingentes como la 16.618, Ley de menores, la 19.947, Ley de matrimonio civil, Ley 19.968, de Familia, Ley 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, etc., obligan a que las antiguas normas de nuestro Código Civil deben ser interpretadas bajo el influjo, paraguas o luminosidad de este nuevo principio que vela porque en la aplicación de toda norma jurídica relativa a derechos del niño el primer deber es velar por el actor principal de estas: el niño, no siendo procedente que por el estricto cumplimiento de la letra de leyes civiles sobre organización de la familia, conforme a cánones decimonónicos, como son las de nuestro Código Civil, en las que el niño parece ser un objeto propiedad de los padres y no un ser distinto e independiente, a quien hay que crearle las condiciones más adecuadas para su desarrollo como persona destinada a vivir en sociedad, evitando originar daños que repercutirán en su vida de adolescentes y hombre. Por eso es que de conformidad al referido principio rector sobre derechos del niño, dentro de un concepto de familia que el tiempo ha ido modificando, se faculta a los jueces a imponer las medidas de*

protecciones que directa e inmediatamente impactan en el bienestar actual y el desarrollo futuro del cualquier menor”.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Iquique, en causa rol N° 812-2008, del 30 de enero de 2009, falló que la madre no puede detentar el cuidado personal de su hija dado que su entorno es nocivo para la integridad física y psíquica de esta, pues se acreditó que presenta una conducta negligente, proclive al consumo de drogas y, en este aspecto, estimó suficiente lo señalado en el peritaje psicológico y los dichos de los testigos, aun cuando no obrase entre los antecedentes aportados al juicio, informe de adicción, puesto que la menor fue agredida sexualmente en el hogar materno, por lo que infirieron que vivir en dicho lugar le significaría una situación de peligro al estar desprovista de los cuidados de quien tiene la obligación de protegerla.

En tanto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa rol N° 1969-2007, del 3 de marzo de 2008, confirmó la sentencia de primera instancia que resolvió otorgar el cuidado personal del hijo al padre residente en Noruega por sufrir la madre un trastorno grave de personalidad limítrofe y antisocial, unido a una bipolaridad, acreditada mediante informes periciales psiquiátricos y psicológicos, que la inhabilita permanentemente para ejercer el cuidado personal de su hijo. El sentenciador de Familia tuvo, también, en cuenta, que la causa se inició por requerimiento de la Corporación Paz y Justicia, CTD Cardenal Raúl Silva Henríquez, de Viña del Mar, solicitando medida de protección tanto a favor del niño Pérez Silva, como de su hermana de madre Lopresti Silva, que habían sido derivados desde la Oficina OIRS de Sename V Región, en razón del maltrato que recibían ambos niños que se describen en los informes de los profesionales de la citada Corporación y que el padre, al ser informado de la situación, viajó desde Noruega para hacerse parte. El menor fue escuchado en dos audiencias confidenciales.

Los ministros resolvieron que el padre debía viajar todos los años en las vacaciones escolares del menor a Chile para que este mantuviese contacto con su familia materna.

La madre, apelante en los autos, pidió la revocación de la sentencia demandando se le otorgase el cuidado personal a ella o, en subsidio, a la abuela materna. Alegó que, de acuerdo con el artículo 225 inciso 3° segunda parte, el juez *“no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”.*

Hubo un voto disidente que estuvo por conceder el cuidado personal a la abuela materna invocando que al menor le sería nocivo alejarlo de su

entorno familiar, agregando que no constaba que existiese lazos afectivos con el padre.

IV. RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR O VISITAS

1. *Titularidad.*

Apreciamos, en este tema, una mayor y más cuidada regulación que en el pasado. El nuevo artículo 229 CCCh. lo llama derecho, pero también deber, derecho-deber que corresponde a aquel de los progenitores que no detenta el cuidado personal del hijo.

Por su parte, la *Convención sobre los derechos del niño*, en su artículo 9 N° 3 prescribe: “*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*”.

Una manifestación más de que es el interés superior del menor el que debe ser tomado en cuenta por el juez al conocer de las materias relativas a la filiación, es el que se haya fallado⁷ que, cuando los padres están separados, se debe, aún de oficio, si no se debate en el juicio, reglamentar la relación directa y regular que debe mantener con el menor aquel de los padres que no detenta su cuidado personal.

En el inciso 2° del artículo 229 CCCh., se ordena al juez limitar su ejercicio —o incluso suspenderlo— cuando ostensiblemente perjudique el bienestar del hijo. La resolución del tribunal deberá ser fundada.

Otras excepciones al ejercicio de esta prerrogativa, las encontramos en los artículos 203, 238 y 239 CCCh. que privan del ejercicio de los derechos concedidos en los artículos anteriores a los padres que hubiesen incurrido en alguna de las conductas descritas.

En síntesis, las excepciones son:

- i) Si la filiación fue determinada judicialmente contra la oposición del padre y/o de la madre (artículo 203 CCCh.);
- ii) Si perjudica al hijo (artículo 229 inciso 2° CCCh.);
- iii) Si el hijo fue abandonado, artículo 238 CCCh., y
- iv) Si el hijo fue separado de su lado por resolución judicial (artículo 239 CCCh.).

Es de destacar que no es solo el progenitor que no detenta el cuidado personal, el titular de este derecho-deber. Así, el artículo 48 de nuestra Ley de Menores, modificada por la Ley 19.711, lo concede también a otros

⁷ A vía ejemplar, causa rol N° 67-2007, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 3 de mayo de 2007.

parientes. Dice el legislador: “*parientes que individualice*”, por ende, bien pueden los abuelos, por ejemplo, reclamar esta prerrogativa.

En España, es el legislador civil, en el artículo 160 incisos 2º y 3º CCEsp. quien otorga este derecho no solo al progenitor que no detenta el cuidado personal, sino, asimismo, a otros parientes e incluso allegados.

En Argentina, por su parte, hay autores que defienden la tesis que se debe hacer una interpretación extensiva, amplia, del artículo 376 bis del CCArg y entender que se concede visitas no solo al padre que no detenta la guarda⁸, sino, asimismo, a otros parientes y a terceros, esto es, no parientes, con quienes el menor tenga lazos afectivos⁹.

La jurisprudencia chilena ha aplicado lo dispuesto en el citado artículo 48 de la Ley de Menores, como lo demuestra la causa rol N° 8507-2005 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 28 de agosto de 2006, al declarar “[...] *las expresiones negativas del padre sobre el abuelo materno, no alteran la percepción o el convencimiento de que la regulación de visitas en relación a este último, resulta conveniente para el desarrollo de la menor, atendido que no se ha acreditado en autos que tenga inhabilidad para mantener relación con su nieta, la buena disposición que ha mostrado la menor para con su abuelo cada vez que ha sido oída por el juez y en particular ante la jueza de familia, por ser esta audiencia la más reciente las diversas acciones judiciales emprendidas por el actor para estar cerca de su nieta, las que, sin perjuicio de las interpretaciones que pueda darle la demandada, revelan su interés por la menor, y el derecho a la identidad de ésta que, en definitiva, se debiera ver fortalecido en la medida que la menor pueda relacionarse y desarrollar lazos tanto con su padre, como con sus abuelos y demás parientes cercanos*”.

2. Otros aspectos relativos al ejercicio de esta prerrogativa

Cabe señalar que en el ordenamiento jurídico argentino, el derecho de visitas comprende, también, el control de las facultades que la guarda proporciona como son: educación, formación, asistencia material y moral, corrección, entre otras, artículo 264 inciso 2º CCArg.

La jurisprudencia de este país ha estimado que las visitas deben ser reguladas teniendo en consideración tanto el interés de los hijos como el de los padres, pero no debe primar lo que acomode más a estos, sino lo que mejor convenga a aquellos¹⁰.

⁸ Recordemos la especial acepción que en Argentina tiene el vocablo “guarda”.

⁹ Cfr. ZANNONI, Eduardo, *Derecho civil, II: Derecho de familia* (4ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2002), p. 208

¹⁰ Cámara Nacional Civil (Argentina), Sala A, 17 de mayo de 1983, LL, 1983-D-340; id., Sala E, 2 de abril de 1981, LL, 1983-B-752, 36.320-S; id., Sala F, 29 de abril 1985, LL, 1987-B-626, 37.262-S; id. Sala G, 5 de noviembre de 1985, LL,

Asimismo, no recomienda establecer como lugar de encuentro establecimientos públicos, pues atentan contra la necesaria intimidad¹¹.

En Chile, la situación es diferente, pues es frecuente que los jueces resuelvan que el lugar de encuentro sea el mismo Tribunal de Familia. De esta forma, se falló en la causa rol N° 930-2008, argumentándose que dado que el padre no había mantenido durante un tiempo prolongado una relación con la menor, ella debía darse de manera gradual, por tanto, debían reunirse en dependencias del Tribunal de Familia, los días sábados de 10.00 a 12.00 hrs. por el lapso de tres meses y luego someterse a evaluaciones. Es importante destacar que todos los involucrados se habían sujetado ya a varias pruebas, según las cuales no padecían de alteraciones que impidieran una relación normal entre ellos.

3. Sanciones a la obstrucción del ejercicio del derecho de mantener una relación directa y regular

Si bien cuando se habla de apremios en materia de familia, se piensa en incumplimiento del deber de alimentos, existe, asimismo, esta sanción, en relación con la obstrucción al ejercicio del derecho a mantener una relación directa y regular.

Así, el legislador argentino ha penalizado con prisión, a partir de la Ley N° 24.270, de 1973, esta conducta, demostrando, de esta manera, la importancia que le asigna a la relación del hijo con ambos progenitores de ser esto posible. El artículo 1° prescribe: “*Será reprimida con prisión de un mes a un año el padre o tercero que ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión*”.

Y, en nuestro ordenamiento jurídico, el inciso 3° del artículo 66 de la Ley N° 16.618, dispone: “*El que fuere condenado en procedimiento de tuición, 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 régimen de visitas, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal*”. Los ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción, en la causa rol N° 16.814-2001, del 8 de septiembre de 2001, fundándose

1986-A-300, citadas por ZANNONI, Eduardo, cit. (n. 10), p. 207.

¹¹ Cfr. Cámara Nacional Civil (Argentina), Sala A, 9 de mayo de 1960, LL, 100-773; Cámara 4ª, Civil-Comercial, Córdoba, 31 de julio de 1963, Repertorio LL, XXV-1112, sum. 38, citadas por ZANNONI, Eduardo, cit. (n. 10), p. 208.

en esta disposición, fallaron: *“Al padre que no vive con su hijo le asiste el derecho de que se regule un régimen de visitas su favor. Dicho régimen no puede alterarse por la sola voluntad del progenitor que vive con el menor, aun cuando existan acciones pendientes en orden a alterar o suprimir el régimen existente. El progenitor que desconoce tal situación se expone a que le sean aplicadas medidas de apremio en su contra.”*

Sin embargo, curiosamente, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en la causa rol N° 218-2008, del 15 de septiembre de 2008, aunque citó el mismo artículo 66 de la Ley de Menores, declaró que el legislador solo permite apremiar al progenitor que incumple el derecho-deber de mantener una relación directa y regular y no a aquel que, detentando el cuidado personal, la impida imputablemente, pues, en este caso, solo cabe que el juez disponga la forma de recuperar los días perdidos.

4. Importancia de la relación directa y regular a la luz del interés superior del hijo

Aludiré, ahora, a una sentencia que demuestra la especial trascendencia que tiene para los hijos el mantener una relación directa y regular con el progenitor a cuyo cuidado no están. El fallo recayó en la causa rol N° 5866-2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 26 de diciembre de 2006, y expresa: *“Mantener una relación regular y directa no es sólo un derecho del padre que ha reclamado su reconocimiento sino que, primordialmente y además, es uno que cede en beneficio del menor, resultando entonces imperativo que el tribunal vele porque se cumpla a su favor. En efecto, al efectuar la correspondiente regulación y al adoptarse determinaciones sobre el particular, no puede desatenderse el principio rector e inspirador en esta clase de asuntos que no es otro que el interés superior del niño cuyos primeros destinatarios son, precisamente, los padres”*. El mismo criterio se aprecia en la causa rol N° 1843-2006 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 25 de septiembre de 2006, que declara: *“La reforma de la Ley N° 19.585, al suprimir la expresión derecho de visitas, reemplazándola por el derecho-deber a una relación directa y regular, puso énfasis en que ya no es un privilegio del padre o madre que no vive en compañía de su hijo, sino que es también un derecho del propio hijo, porque el desarrollo de su autonomía progresiva e integral exige que mantenga un régimen de comunicación fluida y filial con ambos progenitores”*.

6. Causales de restricción y suspensión de la relación directa y regular

El principio rector en materia filiativa del interés superior del menor se manifiesta, asimismo, en aquellas sentencias que, en pro de aquel, restringen e, incluso, suspenden la relación directa y regular cuando ella es causa –o

puede serlo— de perjuicio. La causa rol N° 204-2005 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 1° de septiembre de 2005, que declara: *“los roles parentales no son derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior, por lo que puede restringirse la relación regular y directa de los niños con uno de los padres”*.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valdivia, el 25 de mayo de 2006, en causa rol N° 19-2006, limitó las visitas de la madre al menor, teniendo en especial consideración el interés de este: *“La petición del padre del menor no se basa solamente en los malos tratos que recibe éste en la casa de su madre biológica sino además en el hecho de ser inadecuado el sistema de visitas en la forma en que se había acordado y el que el tribunal ordenó posteriormente. Atendido el interés superior del niño, se hace necesario modificar el régimen actual de visitas de forma tal que, sin dañar a éste, se obtenga la finalidad que tal régimen persigue, cual es el de acercar afectivamente al menor y a su madre biológica sin coacción ni violencias que puedan causar más daño al niño del que hasta ahora ya ha recibido, haciendo, de paso, inútil el esfuerzo por crearle una relación sana con ella. A mayor abundamiento, cabe tener presente que, como consta de la causa, el menor ha sido criado por su padre y una tía desde los primeros meses de vida, ya que la madre biológica lo abandonó desde entonces, por lo que, atendido lo dispuesto por los artículos 222 inciso segundo y 238 del Código Civil, mal puede pretender la madre derechos que no le asisten. Si se consideran y mantienen las visitas del hijo a la madre ciertamente es sólo por la salud psicológica de aquél y, por ello, deben regularse apropiadamente y siempre mirando al interés del mismo”*. Es destacable que los ministros, a pesar de haber existido abandono por parte de la madre y, por tanto, haberse configurado una de las causales de pérdida de los derechos en relación con los hijos, estimaron que era preferible para el menor mantener contacto con la madre, aunque restringido. En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Rancagua, el 14 de septiembre de 2005, en la causa rol N° 20.811-2003, falló que la enfermedad psiquiátrica de la madre no amerita suspender el derecho de mantener con el hijo una relación directa y regular, sino solo restringirla: *“De los antecedentes allegados al proceso (informes sobre trastorno psiquiátrico de la madre), antes y después de la dictación del fallo que se revisa, como los solicitados por este mismo tribunal, se desprende que no resultaría actualmente beneficioso para el desarrollo del menor que su madre ejerciera el derecho a visitarlo en la forma solicitada por ella. Sin embargo, y no obstante la declaración prestada en autos por el niño, se hace necesario que exista una relación directa y regular con su madre, la que, tal como señala el inciso final del artículo 229 del Código Civil, deberá ser restringida de manera tal, que paulatinamente haga reestablecer los vínculos entre la madre y su hijo”*.

7. Sanción al incumplimiento del deber de mantener una relación directa y regular

Una reforma que data de algunos días –fue promulgada el 17 de septiembre y publicada el 24 del mismo mes–, y que se incorporó como artículo 49 bis a la Ley N° 16.618 *de Menores*, establece que el juez, en su sentencia, podrá autorizar “*al padre o madre que lo haya requerido y que lo tenga a su cuidado –al menor– para salir del país con él en diferentes ocasiones dentro de los dos años siguientes, siempre que se acredite que el otro progenitor, injustificadamente, ha dejado de cumplir el deber regulado judicial o convencionalmente de mantener una relación directa y regular con su hijo*”. Agrega que el lapso de permanencia en el extranjero no puede ser mayor de quince días en cada ocasión.

Esta es una demostración más de la importancia que el legislador le reconoce a este derecho-deber, pues sanciona al que lo incumple, privándolo de uno de los derechos, mencionado al inicio de este trabajo, cual es autorizar o negar la salida al extranjero.

V. CONCLUSIONES

Este trabajo muestra de manera inequívoca que acertaban los detractores de la instauración del divorcio vincular en nuestro país al afirmar que las grandes víctimas del rompimiento de la relación de los padres son los hijos. La revisión de la jurisprudencia en torno a los temas tratados es una demostración fehaciente de ello.

Asimismo, se evidencia que los magistrados solo pueden, las más de las veces, optar por lo que les parece el mal menor, pues, en este ámbito, lamentablemente, y dado quienes son los protagonistas, no podemos pensar en ganadores y perdedores, en términos generales, como cuando se debate un asunto netamente patrimonial. Aquí, por el contrario, se discute sobre con quién estará mejor un menor y cómo deberá desarrollarse la relación con el progenitor que no lo tenga bajo su cuidado. El litigio recae sobre la persona del menor que, justamente por su edad, es especialmente vulnerable, de ahí el hincapié que hace el legislador, una y otra vez, en orden a que el juez debe buscar siempre lo que a este más le convenga. Después de analizar la jurisprudencia, me parece que concuerda más con la praxis que se debe procurar aquello que menos daño le produzca.

Ocurre, también, que el espíritu de la ley latente en una disposición, no se aplica, por cuanto hay otra que, al parecer, resuelve el caso, pero que no es la más adecuada a la luz del interés superior del menor que es, repito una vez más, el principio que debe guiar al juez al fallar.

[Recibido el 28 de octubre y aprobado el 10 de noviembre de 2009].

BIBLIOGRAFÍA

- PARDO DE CARVALLO, Inés, “Apuntes de clases”, PUCV, 1990.
- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique, *Manual de Derecho de familia* (7^a edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991)
- ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil, II: Derecho de familia* (4^a edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2002)
- Fallos jurisprudenciales en www.puntolex.cl.