



**UNIVERSIDAD DE CHILE.**

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**“Marco jurídico para la ejecución de la relación directa y regular a  
través de medios de comunicación electrónicos”**

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alumnas: Constanza Vitta Briones, Valentina Sáez Muller

Profesora Guía: Dra. Fabiola Lathrop Gómez

## **TABLA DE CONTENIDO**

### **RESUMEN**

### **INTRODUCCIÓN**

### **CAPITULO I: Relación directa y regular**

- A. Evolución histórica de la relación directa y regular
- B. Conceptos de relación directa y regular
- C. Naturaleza jurídica de la relación directa y regular
- D. Fundamentos de la relación directa y regular
- E. Contenido de la relación directa y regular
- F. Presupuestos de procedencia
- G. Regímenes
- H. Incumplimiento de la relación directa y regular

## **CAPITULO II: Medios electrónicos**

- A. Análisis Previo
- B. ¿Qué es la comunicación?
- C. La comunicación como medio de desarrollo de relaciones humanas
- D. Medios de comunicación Electrónicos
  - i. Internet
  - ii. Correo Electrónico
  - iii. Mensajería instantánea
  - iv. Video conferencia
  - v. Redes sociales

## **CAPITULO III: Ejercicio de la relación directa y regular por medios electrónicos.**

- A. Análisis previo
- B. Panorama Jurisdiccional

C. Realidad internacional

D. Realidad chilena

**CAPITULO IV: Propuesta de regulación para el ejercicio de la  
relación directa y regular por medios electrónicos en Chile.**

A. Análisis Previo

B. Panorama practico para su ejercicio

C. Propuestas de regulación

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFÍA**

**ANEXO JURISPRUDENCIAL**

## **RESUMEN**

Con esta investigación se pretende analizar la posibilidad de ejercer el derecho de relación directa y regular a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, con el fin de optimizar las facultades que emanan de este derecho-deber, asimismo buscamos plantear una regulación adecuada para la incorporación al ordenamiento jurídico del ejercicio de la relación directa y regular a través de medios electrónicos, tras un breve estudio del panorama legislativo y jurisprudencial nacional e internacional.

## INTRODUCCIÓN

El Código Civil chileno establece en su artículo 229 que la relación directa y regular es “aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”. Es frente al objetivo recién indicado por este artículo, que podemos iniciar una reflexión respecto a la utilidad que prestaría la utilización de medios electrónicos como apoyo o suplemento para el ejercicio de la relación directa y regular.

Actualmente, la tecnología avanza a pasos agigantados influyendo de manera radical en la forma en cómo llevamos nuestras vidas y cómo nos comunicamos con los demás. Es en este contexto que nos planteamos esta investigación, estudiando la posibilidad del ejercicio de la relación directa y regular mediante la utilización de las nuevas tecnologías de comunicación.

Este estudio analizará la utilidad de consagrar en nuestro ordenamiento jurídico la relación directa y regular ejercida a través de medios electrónicos, revisando la normativa vigente en materia de relación directa y

regular, las instituciones que la conforman y regulan, con el fin de formular una propuesta legislativa que pueda ajustarse a las necesidades actuales en que existen muchas nuevas formas de comunicación.

Nuestro trabajo se encuentra estructurado en cuatro capítulos. El primer capítulo constituye un estudio de la legislación y doctrina vigente en materia de relación directa y regular, con la finalidad de comprender a cabalidad la institución objeto de esta memoria. El segundo capítulo tiene un carácter un poco más técnico, enfocándose en estudiar las herramientas y tecnologías actuales en materia de comunicación y su utilización. El tercer capítulo de nuestro trabajo expone parte de la realidad actual en la materia, estudiando la situación nacional e internacional relativa al ejercicio de la relación directa y regular a través de medios electrónicos y las sentencias judiciales que la decretan, para de esta forma establecer los parámetros prácticos para su regulación legal. Finalmente el cuarto capítulo de nuestra memoria tiene como norte formular una propuesta para normar la relación directa y regular a través de medios electrónicos, con el fin de incorporarla a nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestro objetivo es realizar una investigación sobre la posibilidad de legislar específicamente sobre el ejercicio de la relación directa y regular a

través de las nuevas tecnologías, buscando primero su marco de funcionamiento, intentando establecer parámetros o límites a su ejercicio, reconociendo los problemas que ella generaría, y principalmente analizándola como un hecho actual, que necesita de especial atención por parte del ordenamiento jurídico, atendida su común ocurrencia y sus implicancias en la familia y en la vida del niño, niña o adolescente.



## **CAPITULO I: LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.**

### **A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

Si bien el derecho-deber de mantener una relación directa y regular entre padres e hijos no tiene un origen histórico-legal definido, su fundamento encuentra inicios en el Derecho Romano y deriva del concepto de patria potestad o pater potestas<sup>1</sup>, entendida como la autoridad que otorgaba derechos al hombre sindicado como “cabeza de familia”, conferida por ley, con facultades que le permitían ordenar y dirigir la vida del resto de personas a su cargo, con quienes mantenía una relación de parentesco. Se le consideraba el dueño legal del hogar y de los miembros que lo componían (incluyendo sirvientes), con la posibilidad de ingresar individuos a esta esfera por medio de adopción o de excluirlos al emanciparlos.

La patria potestad es el elemento que definía a la familia romana, donde los derechos y deberes del padre respecto de los hijos no derivaban de la paternidad biológica, sino que se basaban en la autoridad conferida por ley.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. Samper Polo, Francisco. Derecho Romano. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 2007, p.189.

<sup>2</sup> Ibid. p.8.

Ésta autoridad determinaba los efectos de las relaciones entre los padres e hijos, en el ámbito personal, patrimonial y jurídico, al margen de todo vínculo sanguíneo que pudiese existir.

El “derecho de visitas”, antecedente directo del derecho-deber a mantener una relación directa y regular, es el medio jurídico que hacía posible mantener vigentes los vínculos relacionales y afectivos entre hijos y sus padres, frente al término de la convivencia de sus progenitores o en aquellos casos en que nunca existió convivencia entre ellos.

Si bien hoy la relación directa y regular presenta profusa regulación legislativa en prácticamente todos los países, el concepto tiene origen jurisdiccional.

Se tiene conocimiento a nivel Internacional, por primera vez del derecho de visitas en Francia, en la sentencia de la "*Cour de Cassation*" del 8 de julio de 1852, que contempló la posibilidad de que unos abuelos pudiesen concurrir a visitar a su nieto en la residencia de éste, que era el domicilio de su madre. “El padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, obstaculizar las relaciones personales del hijo con sus abuelos. En defecto de acuerdo entre las partes, las modalidades de esas relaciones serán

reguladas por el Tribunal. En consideración a situaciones excepcionales, el Tribunal puede conceder un derecho de correspondencia o de visita a otras personas, parientes o no”<sup>3</sup>.

Esta sentencia sería la que, estableció las bases para que se comenzara a hablar del “derecho de visita”, refiriéndose a las relaciones personales que podían llevar a cabo los hijos, respecto de los abuelos, padres u otro tipo de personas, fueran parientes o no, lo cual fue aceptado por la doctrina francesa, la primera que se dedicó a su estudio.

La doctrina le ha reconocido la condición de ser un derecho que deriva del *iure sanguinis*, es decir posee su origen directamente en la filiación: “Su silueta primitiva tiende a modificarse para satisfacer imperativos nuevos. Cuando surgió, constituía una verdadera prerrogativa de naturaleza puramente civil, destinada a mantener ligámenes afectivos que el derecho no quería desconocer completamente, aunque contradijeran la organización jurídica de la protección de la niñez. Destinado a satisfacer la relación

---

3 Traducción citada por Rivero Hernández Francisco. El Derecho de visita. J. M. Bosch Editor, Barcelona, año 1996, p. 122.

frustrada del visitante, no se inspiraba directamente en el interés del menor”<sup>4</sup>.

Al igual que en Francia, el régimen comunicacional se reconoció por primera vez en el derecho inglés a nivel jurisprudencial, en el año 1861, respecto al caso Thompson vs Thompson and Sturmfells<sup>5</sup>.

Uno de los primeros problemas que esta nueva institución presentaba, era de tipo terminológico, ya que la palabra “visitas” es escueta y limitada, pues no alcanza a recoger y dar cuenta de su amplio contenido. El vocablo “visitas” se relaciona sólo con la concurrencia del padre o madre a la morada del hijo, limitando el derecho sólo a la reunión presencial, durante un período limitado de tiempo. No nos lleva siquiera a considerar la posibilidad de que sea el hijo quién concurra a realizar “visitas” a su padre o madre, menos aún la posibilidad de pernoctar fuera de su hogar o de disfrutar sus vacaciones con el progenitor que no posee su cuidado personal.

---

<sup>4</sup> Pantoja Murillo, Carlos. El Derecho de Visita: Elementos para su comprensión regulación y tutela efectiva. Consultado en línea en [[www.poder-judicial.gov.c r/escuelajudicial/](http://www.poder-judicial.gov.c r/escuelajudicial/)] con fecha 9 de Julio de 2013.

<sup>5</sup> Merttins, Swabey Y Hutchinson, Thomas. Reports of Cases Decided in the Court of Probate and in the Court for Divorce and Matrimonial Causes. Vol. II. Great Britain Courts. Consultado en línea en [[http://books.google.cl/books?id=XxMtAQAAAJ&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.cl/books?id=XxMtAQAAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)] con fecha 10 de Julio de 2013. “The Court has power to make an order for Access merely of one of the parties to a suit to the children pendent lite”.

Es por esto que el término “derecho de visitas” se ha ido suprimiendo en diversas legislaciones, dando pie a concepciones más amplias, como relación directa y regular o régimen comunicacional.

## **B. CONCEPTOS DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.**

El término “visitas” es un concepto impreciso e incompleto, ya que muchas veces llevó a una errada interpretación del derecho en cuestión, ya que no se trata sólo de la facultad del padre de “visitar” al hijo en el domicilio en donde convive con la madre, sino que comprende un universo más amplio de relación entre padres e hijos.

Por otra parte, este término no describe de buena forma la institución, que está constituida principalmente por la facultad del padre o la madre, o de quien lo solicite, de estar en contacto y de mantener una plena y fluida comunicación con el niño o niña; limitándolo meramente a una idea de contacto físico.

La primera vez que se trató este derecho-deber en nuestra legislación, de manera específica, fue en el Código Civil de 1855; Libro I “De las

Personas”, Título IX “De los derechos i obligaciones entre los padres i los hijos legítimos”, que en su artículo 227 establecía: “Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacare los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos, con la frecuencia i libertad que el juez juzgare conveniente”.

Así, nuestra legislación, contemplaba la posibilidad de que los padres que no ejercían el cuidado personal de sus hijos, pudiesen visitarlos, considerando un concepto de visitas netamente físico, aludiendo sólo a visitas presenciales, concepto que nuestra doctrina y jurisprudencia acuñó, hasta las modificaciones realizadas al concepto el año 1998, momento en que el legislador, producto de la evolución del concepto en legislación y doctrina comparada, decidió actualizar el término de “visitas” por el concepto de “relación directa y regular” extendiéndolo, desde un derecho, a un derecho-deber, ampliando la forma en que se concebía. En dichos del profesor Zannoni “Ya no se trata de la facultad del padre de visitar al hijo en el domicilio donde convive con la madre, en el supuesto de que ella tenga el cuidado personal. Se trata, por el contrario, de retirarlo de ese hogar y tenerlo consigo, donde pueda desarrollar su vínculo afectivo y su

comunicación con él con espontaneidad, intensidad y la privacidad que se desee, como, por ejemplo, en su domicilio”.<sup>6</sup>

Así, con la entrada en vigencia de la Ley N°19.585, que “Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”, se elimina la expresión "visitas" que utilizaba el antiguo artículo 227 del Código Civil chileno.

Esta modificación no constituyó un simple cambio en la redacción, sino que el legislador logró dar con un concepto que ya no era meramente descriptivo y que podía servir como fundamento de una institución, ampliando su rango, tanto en su sustancia como en las formas en que puede ejercerse, quedando amparado actualmente por el artículo 229, el que después de la modificación incorporada por la Ley 20.680, quedó con la siguiente redacción:

“Artículo 229: El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quién lo tiene a su cuidado según las convenciones a que

---

<sup>6</sup> Zannoni, Eduardo. “Derecho de familia”, tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, año 1978, p. 719.

se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o la madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

La edad del hijo.

La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.

El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.

Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.



Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de estos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

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.

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

Podemos observar una evolución del concepto de relación directa y regular a partir de la influencia de la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 9, párrafo 3 reconoce que: "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"<sup>7</sup>. De esta manera, al considerar al niño como un sujeto de derecho, se le reconoce la titularidad del derecho a mantener una relación directa y regular con el padre que no tenga su cuidado personal, haciendo prevalecer su interés superior y opinión, atendido su estadio de desarrollo.

El Derecho español considera al derecho de visitas en su aspecto más amplio, como bien señala el profesor Francisco Rivero, “el derecho que nos ocupa versa sobre el conjunto de facultades o posibilidades, protegidas por el Ordenamiento, de relacionarse entre sí ciertas personas unidas por lazos familiares y afectivos en situaciones marginales de la familia, aquí por la crisis matrimonial, cuando no pueden desarrollarse de forma normal tales relaciones por culpa de la imposibilidad de convivencia”<sup>8</sup>.

Por otra parte la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y Visitas Internacionales, lo

---

<sup>7</sup> Convención de Derechos del Niño, de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Chile en 1990.

<sup>8</sup> Cfr. Rivero Hernández, Francisco, “La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial”. En; Cervilla Garzón, M. (Ed.), “La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial; IV seminario de estudios jurídicos”. Editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cadiz, Jerez de La Frontera, año 1997, p. 61.

conceptualiza como “aquel derecho que permite llevar al niño por un período limitado a un lugar que no sea su residencia habitual”<sup>9</sup>.

Asimismo, la citada Convención señala que “es un derecho del niño a mantener periódicamente relaciones personales y contacto directo con ambos padres, el que puede establecerse aun cuando éstos vivan en Estados diferentes, derecho que debe ser respetado por los países contratantes de esta Convención”, países entre los que se encuentra Chile, que ratificó el Convenio y posee una Autoridad Central dedicada a tramitar las solicitudes iniciadas en Chile dirigidas al extranjero y a asistir a las demás Autoridades Centrales de otros países que soliciten restitución de niños desde Chile. En nuestro país se designó como Autoridad Central a la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana.

Analizada más en profundidad, la relación directa y regular, sería el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, posibilitando el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como también la consolidación de la relación paterno filial.

---

<sup>9</sup> Convenio de La Haya Sobre Sustracción Internacional de Menores y Visitas Internacionales, adoptada con fecha 25 de Octubre de 1980. Ratificado por Chile con fecha 23 de Febrero de 1994.

Es importante considerar el derecho de relación directa y regular como un concepto amplio, más allá de sólo mantener contacto presencial cada cierto periodo de tiempo, con duración limitada, respecto del padre que no cuenta con el cuidado personal del niño o niña, así se contempla dentro de esta relación directa y regular la comunicación, las visitas presenciales y las estancias.

En palabras de la profesora Maricruz Gómez de la Torre “el derecho-deber de comunicación se basa en el principio de que el niño es sujeto de derecho y en consecuencia, titular del derecho de relacionarse en forma regular y permanente con su padre o madre que no vive con él”<sup>10</sup>. Visión que nos lleva a ampliar el punto de vista desde el cual se observaba este derecho deber, trasladándonos desde un foco principal en los padres, hacia el interés superior del niño o niña, considerado como titular de derechos y en este caso como un sujeto principal y con voz al interior de cualquier disputa que respecta a sus derechos, atendido su estadio de madurez y procurando velar siempre por su mejor desarrollo.

---

<sup>10</sup> Gómez de la Torre, Maricruz. El sistema filiativo chileno. Editorial jurídica de Chile. Santiago, año 2007, p. 150.

La Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que “Es beneficioso para todo menor tener un contacto permanente con ambos padres a fin de garantizar su futura salud mental y desarrollo personal”.<sup>11</sup>

En la línea de lo anterior, UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) en sus últimos estudios sobre desarrollo infantil, ha señalado que “un padre afectivamente cercano y disponible es un factor protector y promotor de la autoestima y de la confianza personal para los niños”.<sup>12</sup>

Con fecha 21 de junio de 2013, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.680 "que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados", también llamada "Ley Amor de Papá", que introdujo variadas modificaciones en cuanto al cuidado personal y la relación directa y regular.

#### **a) Cuidado compartido:**

Respecto a este punto, se plantea la posibilidad de establecer el cuidado compartido de los hijos, como una solución amigable y considerablemente

---

<sup>11</sup> Causa Rol Ingreso Corte N° 8.451-2004, Corte de Apelaciones de Santiago. Caratulada “Sierra con Fernández”, considerando sexto. Consultado en línea en [[www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)] con fecha 2 de Julio de 2013.

<sup>12</sup> UNICEF, Documento de trabajo sobre infancia N° 4, año 2004. Consultado en línea en [[http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/95/Infancia4.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/95/Infancia4.pdf)] con fecha 9 de Julio de 2013.

menos dañina, a la hora de decidir el futuro respecto al cuidado personal de los niños frente a la separación de los padres; siguiendo la línea de legislaciones comparadas que han visto en esta forma de regulación una solución muy beneficiosa y protectora del interés superior del niño.

Adicionalmente, se modifica el cuestionado artículo 225 del Código Civil, en lo que hacía referencia a la atribución preferente del cuidado personal de los hijos a la madre, frente a la separación de los padres

Según señalaba la profesora Lathrop el 2010, “el juez se inclina por aplicar la regla de “orden natural” – como se afirma en numerosas decisiones judiciales, especialmente, de nuestros tribunales superiores de justicia-, a lo que viene en ayuda precisamente, la sabida imprecisión del “interés superior”, principio en el que puede “escondarse” el verdadero criterio del juez al decidir, es decir aplicar automáticamente el inciso primero del artículo 225 C.C.”<sup>13</sup>

Nuestra Constitución Política actual, en su artículo 19 N°2 establece que se asegura a todas las personas “La igualdad ante la ley. En Chile no hay

---

<sup>13</sup> Lathrop Gómez, Fabiola. “(In)Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno” Publicado en la Revista Ius et Praxis 16, N° 2, Universidad de Talca, Talca, año 2010, p.147.

persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”.

No sólo sería contrario a lo establecido por la Constitución, sino que además estaría vulnerando principios contenidos en diversos Tratados Internacionales, suscritos por Chile y con plena vigencia en la actualidad.

**b) Derecho-Deber de Relación Directa y Regular:**

Tal como se mencionó, en materia de cuidado personal y respecto a la relación directa y regular, se busca actualizar criterios legislativos, acogiendo las corrientes de derecho comparado contemporáneas, poniendo el interés superior de los niños y niñas en principio, como un factor principal sobre el cual centrar la atención y cuidados al momento de decidir respecto a la regulación de este derecho o bien respecto a la relación directa y regular.

La nueva ley pretende fortalecer el proceso de determinación de un régimen de comunicación, estableciendo vías de protección para aquellos progenitores que no cuenten con el cuidado personal, estableciendo la

obligatoriedad de regular la relación directa y regular al momento de establecer el cuidado personal, de mutuo acuerdo y por escritura pública o acta extendida ante oficial del Registro Civil.

### **C. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.**

En el Derecho Comparado existen diversas tesis respecto a la naturaleza jurídica de la relación directa y regular. Cuando el derecho de visitas surge en la jurisprudencia francesa, nace como un derecho de naturaleza meramente afectiva, con el objeto de que sea el adulto quien pueda mantener un vínculo afectivo con el niño, muy relacionado con la época, sin considerar al niño o niña como titular de derechos, sino como un sujeto pasivo de ellos.

Es recién, una vez que el concepto de “visitas” evoluciona y que se introducen a las legislaciones medidas protectoras de la infancia que reconocen a los niños como sujetos de derecho y titulares de una protección especial por parte de los Estados, que surgen nuevas consideraciones respecto a la naturaleza jurídica de la relación directa y regular.



**Teorías en relación a la naturaleza jurídica de la relación directa y regular.<sup>14</sup>**

**a. Es un derecho propio o autónomo.<sup>15</sup>**

**b. Se trata de un derecho propio del padre o madre que no tiene el cuidado personal y que involucra un límite al mismo<sup>16</sup>.** En este caso el sujeto pasivo de este derecho sería el cónyuge que tiene el cuidado personal y el niño o niña sería el objeto de este derecho.

Esta teoría no tiene lugar en el derecho actual, en el cual los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos de derecho y existe cada vez un mayor reconocimiento y resguardo de sus derechos.

**c. Es un derecho subjetivo.**

**d. Se trataría de un derecho personal,** perteneciente a las relaciones paterno-filiales, cuyo titular es el progenitor privado del cuidado personal.<sup>17</sup>

Se critica especialmente que sea el progenitor quien pueda exclusivamente ejercer y exigir el derecho a mantener una relación directa y regular, dejando al niño o niña como parte inactiva de la relación. Además, se

---

<sup>14</sup> Cfr. Díaz Alabart, Silvia. El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes allegados (art.106.2 CC) *Revista de derecho privado*, Madrid, año 2003, p.353.

<sup>15</sup> Ibidem

<sup>16</sup> Ibidem

<sup>17</sup> Cfr. Muñoz Méndez, Hilario, “La competencia de los Tribunales tutelares de menores en orden a la elaboración, modificación, o casación del régimen de visitas”. *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Volumen colectivo. Pamplona, 1997, p. 382

consideraría que como derecho subjetivo resultaría decisión del progenitor la opción de ejercerlo, sin que exista la posibilidad del niño o niña de exigirlo.

**e. Es un derecho deber.**<sup>18</sup>

A partir de esta teoría, el derecho a mantener una relación directa y regular se establece con la finalidad de mantener relaciones filiales, por lo mismo, no podría tener un titular único, sino que sería correspondiente tanto al niño o niña como al padre, pero subordinado al interés prevalente del hijo o hija.

**f. Es un derecho propio del hijo.**

El derecho de visita ha de ser establecido a favor del hijo, siendo éste el sujeto activo del mismo, mientras que los sujetos pasivos serían sus padres.

Es “ejercitable y exigible este derecho del hijo frente a su padre/madre no guardador, desinteresado por ese tipo de relaciones que el niño reclama”.<sup>19</sup>

Esta teoría priva a los padres de exigir el establecimiento y cumplimiento de la relación directa y, además de considerar que su ejercicio queda a la voluntad del niño, niña y adolescente.

---

<sup>18</sup> Cfr. *Ibíd.*

<sup>19</sup> Rivero Hernández, Francisco, 1996. “La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial”. *En*; Cervilla Garzón, M. (Ed.), “La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial; IV seminario de estudios jurídicos”. Editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Jerez de La Frontera, año 1997, p. 61.

Por nuestra parte, consideramos que el derecho-deber a mantener una relación directa y regular es un derecho subjetivo filial, que tiene como titular, tanto al niño o niña como a sus progenitores y demás familiares, quienes tienen el legítimo interés que permite el desarrollo y la consolidación de los lazos familiares.

Lo esencial de los derechos subjetivos filiales es que implica la existencia de deberes correlativos, pues no es posible una separación tajante entre derechos y deberes, sino que asume dichas instituciones como realidades coligadas y dependientes.

El Derecho otorga ciertas facultades o potestades a los padres para mantener una relación directa y regular con los hijos. Sin embargo, estas facultades no pueden considerarse de carácter absoluto, ya que tienen limitaciones, establecidas principalmente en virtud del interés superior del niño o niña, debiendo garantizar el pleno respeto de sus derechos, pudiendo suspender o restringir su ejercicio si es que manifiestamente perjudicase al niño o niña, como está establecido en el artículo 229 de nuestro Código Civil, y que tienen por finalidad resguardar las necesidades afectivas y emocionales de los hijos, ya que la protección de los niños y niñas es un imperativo social y las decisiones que versen sobre los derechos de los

niños deben siempre procurar las mejores condiciones para que su desarrollo sea lo más armónico posible, atendiendo un rol paternalista irrogado a las legislaciones precisamente en búsqueda de tutelar a los niños y niñas como titulares de derechos, debido a su condición ciertamente más vulnerable.

#### **D. FUNDAMENTO DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR**

El derecho a mantener una relación directa y regular forma parte de las relaciones filiales que emanan directamente del vínculo filiativo.

Es así, como nuestro Código Civil establece en su artículo 229 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 ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo”.

Si bien el derecho comparado considera varias teorías que justifican el otorgamiento de un régimen de relación directa y regular, en la legislación chilena podemos considerar que existen dos fundamentos que justifican el

otorgamiento de este derecho-deber: el parentesco y la relación afectiva que deriva de este.

**a. Fundamento en el parentesco.**

Producto de la filiación o relación entre ascendientes y descendientes, se genera un cúmulo de derechos y obligaciones, entre las cuales podemos encontrar las reglamentadas por el Código Civil en el Libro I, Título IX “De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos”. De esta manera, se regula en este Título, derechos y obligaciones como el cuidado personal de los padres respecto de los hijos, la crianza y derecho de educar a los hijos, derecho de corregir a los niños, la patria potestad conocida como el cúmulo de derechos económicos que se contemplan a favor de los padres, que se divide en el derecho legal de goce, administración de bienes de los hijos y derecho legal de representación de los mismos. Asimismo, los padres respecto de los hijos tienen el deber de proteger, alimentar y educar a los niños. A su vez, los hijos deben obediencia a los padres, y tiene el deber de socorro respecto de sus ascendientes.

Ahora bien, en materia de deberes y específicamente respecto de la relación directa y regular, que encuentra su origen directamente en el parentesco, se

debe hacer una distinción entre los padres que se encuentran unidos, ya sea a través de un vínculo matrimonial o de hecho, y los padres que se encuentran separados, ya sea de hecho o divorciados.

En primer término, respecto de los padres que se encuentran unidos, el contacto con los hijos es diario, pues viven juntos bajo un mismo techo.

En cambio, los padres que se encuentran separados ven restringidas sus posibilidades de mantener un contacto presencial directo y permanente con sus hijos, pese a que puede haber la posibilidad de que mantengan un contacto no presencial constante con ellos.

Es así como el parentesco mantiene la posibilidad de que el padre que ya no vive con el hijo, como consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial o de hecho respecto del otro de los padres, como es el caso aludido anteriormente, permanezca en contacto presencial o no presencial con el niño o niña, de manera que no se rompa el vínculo paterno o materno filial con los niños y niñas.

## **b. Fundamento en la relación afectiva.**

Los vínculos de parentesco entre padres e hijos, poseen una fuerte consecuencia afectiva. Esta relación afectiva determina que, una vez que el padre o madre ya no conviva con el niño, pueda mantener de la misma forma una continuidad en el contacto con el niño o niña de la mejor forma posible.

Es necesario procurar la continuidad y estabilidad de la relación entre padres e hijos para garantizar al niño su pleno desarrollo y el fortalecimiento de sus lazos familiares, siendo hoy en día la relación directa y regular un componente fundamental para la protección y desarrollo del niño en sus diversas etapas de formación. Así lo establece la Dra Elisa Pérez-Vera al decir que “la regulación del derecho de visita obedece asimismo a la preocupación por proporcionar a los niños unas relaciones familiares lo más completas posible, con el fin de favorecer un desarrollo equilibrado de su personalidad.”<sup>20</sup>

Es así como el derecho a mantener una relación directa y regular está concebido como un medio idóneo para fortalecer el afecto y la relación

---

<sup>20</sup> Pérez-Vera, Elisa., Informe explicativo elaborado en base a la Convención de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores. Consultado en línea en [<http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/restitucion-internacional/informe-perez-vera.pdf>] con fecha 5 de Julio de 2013.

entre personas unidas por un vínculo de filiación. En base a este fundamento, podemos agregar la posibilidad de ejercer este derecho no sólo por los progenitores, sino también por otros familiares, como abuelos, hermanos y tíos.

En resumen el parentesco en tanto relación sanguínea, y la relación afectiva en tanto deriva del vínculo que se mantuvo con el niño o niña previo a la separación y que se busca mantener intacto en aras del normal desarrollo de ellos, son los fundamentos que darían pie al otorgamiento del derecho deber de relación directa y regular, y atendida la importancia de él, se justificaría ampliamente su inclusión en el ordenamiento jurídico de todo país. Es por esto, que podemos concebir dos sujetos en la relación directa y regular, siendo ambos, activos y pasivos de la misma, puesto que tanto el niño o niña como su progenitor son titulares de este derecho deber y pueden solicitar el establecimiento de un régimen comunicacional.



## **V. CONTENIDO DEL DERECHO-DEBER DE MANTENER RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.**

En la doctrina este derecho comprende básicamente tres aspectos; contacto personal, comunicación indirecta y derecho de albergue.<sup>21</sup>

### **Contacto personal**

El contacto personal supone una comunicación directa entre los padres y los hijos, llevada a cabo sin intermediarios y que sirva para propiciar un ambiente de confianza y afecto, traducida en visitas, la realización de actividades en conjunto y el compartir en forma presencial. Es el simple contacto físico entre progenitores e hijos. En la legislación chilena queda a criterio de los padres en primer lugar determinar la forma en la cual se llevara a cabo y corresponde al juez su determinación en caso que no exista acuerdo entre los padres, pudiendo variar ampliamente los regímenes establecidos, dependiendo de la relación que mantengan los padres posterior a la separación, a la edad de los niños e incluso a la propia opinión de los niños y niñas, conforme a lo establecido en el actual artículo número 225-2 del Código Civil.

---

<sup>21</sup> Cfr. Ascencio Hernández, Alicia Leonor. “El Cuidado de los Hijos en las Familias Disociadas: Criterios de atribución”. Tesis Universidad Adolfo Ibáñez, Valparaíso, año 2000, p.54.

### **Comunicación indirecta.**

En una situación ideal, el contacto entre padres e hijos debe ser eminentemente personal, directo y de la forma más periódica posible, pero lamentablemente son muchas las situaciones que impiden que la relación entre padres e hijos pueda darse con la fluidez deseada, siendo de esta forma que el contacto indirecto puede servir como medio alternativo y complementario, para mantener el contacto permanente.

Mantener la comunicación con el niño o niña constituye un valioso aporte a su crecimiento afectivo y es fundamental que se promueva y facilite este contacto a través de la mayor cantidad de medios posibles, buscando que los niños no vean al padre como un extraño, manteniendo los vínculos personales lo más vigente posible y para mantener a los padres partícipes del desarrollo de sus hijos.

Luego de lo explicado anteriormente, es posible colegir que el desarrollo de una relación entre padre e hijo, no sólo se limita al breve contacto que podrían sostener de manera física, en el régimen decretado judicialmente; sino que cada vez se hace más común integrar dentro del

concepto las variadas formas de ejercicio no presencial de este derecho deber.

Nuestra tesis busca abocarse principalmente a esta forma de ejercicio de la relación directa y regular, vale decir, a todo medio alternativo al contacto personal, que vaya en ayuda a los padres para la mantención de del contacto con sus hijos.

La comunicación puede ejercerse de manera indirecta por ejemplo a través de contacto telefónico, cartas, correos electrónicos, plataformas digitales, video conferencias y redes sociales, pero la evolución de la tecnología nos mantiene siempre abiertos al desarrollo de nuevos medios.

Es necesario recordar que siempre será deseable que el contacto sea directo y presencial, pero sin embargo en muchos casos existen diversas dificultades que obstaculizan su realización, por ejemplo, respecto de aquellos padres que se encuentran muy separados geográficamente del lugar de residencia habitual de sus hijos.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Cfr. Fallo en la causa Anglen/Seguel, RIT C-2806-2007, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Se hace necesaria la regulación de un régimen de visitas virtuales, dado que el padre reside en Estados Unidos y los niños en Chile.

Es importante mencionar que los regímenes de contacto no presencial son ampliamente utilizados en los procesos de revinculación progresiva entre padres e hijos que no han mantenido una relación fluida o contacto en un prolongado periodo de tiempo, de modo que cuando se logre el contacto personal exista un vínculo previo entre las partes, facilitando que se retome una relación de la forma más fluida y sana posible.

### **Derecho de albergue**

El derecho de albergue está establecido en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito por Chile, que en su artículo 5 letra b señala que “el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.”

A modo de mantener en lo posible el contacto entre padres e hijos puede otorgarse al padre o la madre que no ejerce el cuidado personal la posibilidad de relacionarse con su hijo, recibéndolo en su domicilio u hospedándolo todo con el objeto de facilitar el acercamiento filial, estrechar las relaciones familiares y fortificar los lazos afectivos

existentes. El fin es lograr retomar, dentro de lo posible, la convivencia entre el padre privado del cuidado personal y el niño o niña. Es conveniente que se otorgue con la mayor frecuencia y regularidad, para reducir en lo posible la pérdida del trato diario que entrega la convivencia habitual.

#### **D. PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DEL DERECHO-DEBER DE MANTENER UNA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.**

En principio, para dar pie al derecho-deber de relación directa y regular debemos contar con los siguientes elementos: Situación de hecho (separación), Sujetos (padres e hijos), Fundamento Legal (norma que ampare dicho derecho).

##### **Situación de hecho**

Como ya explicamos, en caso de convivencia de los padres, no procedería el otorgamiento de este derecho, pues ambos progenitores mantendrían relación constante, directa y fluida con los niños y niñas sujetos potenciales

del derecho. En cambio, es frente a la separación que se hace necesario regular este derecho deber.

Dicha separación, como ya vimos, puede ser de hecho, frente al cese de una convivencia no formalizada, o bien una separación legal, divorcio o nulidad de matrimonio.

### **Sujetos del Derecho-Deber.**

Resulta importante mencionar la relevancia de la existencia de los sujetos titulares de este derecho deber, para dar pie a su otorgamiento.

Es necesario, establecer que este derecho deber se puede otorgar no sólo en favor de padres y madres, sino además en favor de parientes e incluso de otras personas que hayan estado ligadas con el crecimiento del niño o niña respecto de quien se solicita, atendida la Convención de Derechos del Niño, el Convenio de la Haya sobre Sustracción de Menores y Visitas Internacionales, y el interés superior del niño recogido en nuestra legislación interna.

Luego, es necesario establecer que el niño o niña también tendrá participación en la determinación del régimen de relación directa y regular,

atendido, claro, su estadio de crecimiento y madurez, pudiendo y debiendo ser oído por el juez previo a fallar, tomando en consideración su opinión, según lo establece el actual artículo 225-2 del Código Civil “En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.

- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”

### **Antecedente Legal.**

Finalmente debemos considerar que para el establecimiento de este derecho deber, hemos de contar con un ordenamiento jurídico consecuente que ampare esta institución y recoja no sólo su forma de ejercicio sino que establezca mecanismos efectivos para su defensa y castigue incumplimientos y obstaculizaciones.



En el actual artículo 225 y en el artículo 229 del Código Civil, reformados por la reciente Ley N°20.680, encontramos regulada la relación directa y regular, y remarcada su importancia, principalmente en el inciso segundo del artículo 229 que define relación directa y regular como "aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable".

Junto a lo anterior, la Ley N°16.618, de Menores, específicamente en el artículo 48, indica que “cada vez que se confiere a un menor a alguno de sus padres o a un tercero, deberá establecerse en la resolución respectiva la obligación de admitir que sea visitado por quien carece de la tuición, determinándose la forma en que se ejercitará este derecho.

Podrá el juez, en caso calificado, de oficio o a petición de parte, sin forma de juicio, disponer en la resolución que la misma autorización se entienda conferida, en la forma y condiciones que determine, a los ascendientes o hermanos del menor, debiendo éstos ser individualizados.”

Adicionalmente está reconocido en la Convención de Derechos del Niño, específicamente en el artículo 9.3, que establece “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.”, y en el artículo 18, que establece que “Los estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio en que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. 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.”

Finalmente, también está reconocido y amparado en el Convenio de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores y Visitas Internacionales de 1980.

## **E. TITULARES DEL DERECHO-DEBER DE MANTENER RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.**

### **a) El niño, niña o adolescente**

Es un derecho del niño o niña, el mantener una relación directa y regular con el padre que no tiene su cuidado personal, u otros parientes.

A este respecto la Convención sobre Derechos del Niño, lo establece como uno de sus derechos, teniendo como base la concepción del niño como sujeto de derecho, titular de un amplio catálogo de ellos, suprimiendo el antecedente del niño objeto (sólo pasivo de derechos y no protagonista ni titular de ellos).

Si bien el artículo 229 del Código Civil señala que el titular del derecho es “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo”, deberá siempre tenerse como beneficiario principal al niño o niña, dado que es en virtud de su mejor interés que se establece el derecho a mantener una relación directa y regular.

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”<sup>23</sup>.

**b) El padre y la madre.**

El derecho a mantener una relación directa y regular corresponde al padre o madre privado del cuidado personal, por el sólo ministerio de la ley, se desprende del artículo 229 del Código Civil que establece que “El padre o la madre que no tenga el cuidado personal del hijo”, y del artículo 48 de la Ley de Menores “...el padre o la madre que no tuviere el cuidado personal del hijo mantendrá con él una relación directa y regular.”.

**c) Parientes.**

Como indica el profesor Kielmanovich, “el objetivo que persigue todo régimen de visitas es estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Convención de Derechos del Niño, Suscrita en la Asamblea de Naciones Unidas, con fecha 20 de Noviembre de 1989, ratificada por Chile en 1990.

<sup>24</sup> Kielmanovich, Jorge, “Procesos de familia”. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1998, p. 167.

El derecho de comunicación “no se limita a padres e hijos sino que tiene mayor amplitud y es comprensivo también del contacto del menor con otros parientes, tales como los abuelos y demás ascendientes, descendientes, hermanos. Se ha señalado que es razonable que así sea, ya que resultaría contrario al interés del hijo menor fracturar sus vínculos familiares aun cuando esto respondiera a la decisión de quien ejerce su patria potestad”<sup>25</sup>.

Se desprende de lo anterior y de la lógica familiar entonces que no sólo los padres tienen derecho a mantener una relación directa y regular con el niño o niña, hecho afianzado además por, el artículo 48 de la Ley de Menores, modificada por la Ley N° 19.711 en Enero de 2001, que concede derecho a mantener relación comunicacional también a los parientes de la siguiente forma “El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitar a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor”.

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

---

<sup>25</sup> Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo. Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, año 1988, p. 47.

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”.<sup>26</sup>

La legislación argentina, al igual que en Chile, ha adoptado el mismo criterio de incluir a parientes cercanos dentro de los titulares de derechos de relación directa y regular. Es así como en el artículo 376 bis del Código

---

<sup>26</sup> Causa Rol Ingreso Corte N° 8507-2005, caratulado “Cruz con Bernstein” de la Corte de Apelaciones de Santiago. Disponible en [www.pjud.cl] consultado con fecha 6 de julio de 2013.

Civil argentino establece que: “Los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces o quienes tengan a su cuidado a personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir las visitas de los parientes”<sup>27</sup>. En virtud de los artículos 367 y 368 del mismo código se encontrarían incluidos entonces ascendientes, descendientes, hermanos, medio hermanos y parientes por afinidad vinculados en primer grado.

Hemos encontrado diversos fallos donde se ha hecho extensible incluso a más parientes y hasta a terceros los derechos a mantener un régimen comunicacional con los niños, es así como en el fallo de la Cámara Nacional Civil, sala F, dictado el 18 de mayo de 1993, caratulado “L.E.C. y otros contra P.F.F.” recogido por la profesora Lorena Porretta<sup>28</sup>, podemos ver que se decidió incluir no solo a los abuelos de los niños sino además a tíos y a terceros que habían estado relacionados con su desarrollo, atendiendo principalmente a su interés superior.

---

<sup>27</sup> Código Civil de la nación Argentina. Consultado en línea en [<http://www.codigocivilonline.com.ar/>] con fecha 9 de Julio de 2013.

<sup>28</sup> Cfr. Porretta, Lorena. “El derecho de otros parientes y de terceros no incluidos en el art 376 bis CC a solicitar un régimen de visitas respecto de menores sujetos a patria potestad”, consultado en línea en [<http://www.apadeshi.org.ar/visitasdeparientes.htm>] con fecha 10 de Julio de 2013.

Derivado de lo anterior, el profesor argentino Elías Gustavino<sup>29</sup>, desarrolló una teoría para determinar quiénes podrían acceder a este derecho a relacionarse con los menores, independiente del parentesco. Separa en:

a) **Titulares de derecho subjetivo:** tienen derechos subjetivos a efectuar visitas quienes sean parientes unidos por sus vínculos alimentarios recíprocos de fuente legal, los incluidos en el artículo 376 bis del código civil argentino.

b) **Titulares con interés legítimo:** Carecen de derechos subjetivos de visitas y sólo pueden invocar un interés legítimo, el cual, en la medida de su legitimidad y de su coincidencia con el interés superior de las personas a visitar puede ser acogido por los jueces. En esta categoría, tenemos:

b.1) Parientes con interés legítimo: los demás parientes no incluidos (tíos, primos, cuñados).

b.2) Extraños con interés legítimo: terceros que han tenido una estrecha relación con las personas que desean visitar (Abuelas de hecho, padres de

---

<sup>29</sup> Cfr. Guastavino, Elías , “Bien de familia”. En: Enciclopedia de Derecho de Familia de Lagomarsino - Salerno, Tomo I, Buenos aires, año 1984.



crianza, padrinos, etc.). En este supuesto es decisivo el interés del niño o niña que se desea visitar.

En Chile el artículo 229-2 del Código Civil, otorga la posibilidad de solicitar la regulación del régimen de relación directa y regular con los abuelos del niño o niña.

En Perú, el Código de los niños y adolescentes, en su artículo 90, establece que “el régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a los terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique”.<sup>30</sup>

En España, el Código Civil en su artículo 160 establece que “el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena, o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros

---

<sup>30</sup> Código de los Niños y Adolescentes, Perú. Consultado en línea en [http://www.bcn.cl/carpeta\_temas\_profundidad/temas\_profundidad.2007-04-03.3112897324/legislacion-extranjera/ley\_27337\_peru.pdf] con fecha 28 de Diciembre de 2013.

parientes y allegados. En caso de oposición, el juez a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias”.<sup>31</sup>

Por su parte, en Alemania, tal como indica la profesora Fabiola Lathrop “el párrafo tercero del parágrafo 1626 del BGB establece que para el bien del hijo debe promoverse una relación con ambos padres, agregando que lo mismo se aplicará respecto de su relación con otras personas que condicionen su desarrollo. El parágrafo 1634 puntualiza esta norma, estableciendo el derecho a obtener información relativa al niño; consagra, además, que el padre al que no corresponda el cuidado de la persona del hijo conserva el derecho al trato personal con éste y que ambos progenitores deben abandonar toda medida que impida o dificulte la educación del hijo o su relación con el otro padre. Asimismo, el párrafo segundo concretiza lo establecido por el parágrafo 1626, al añadir que el tribunal familiar podrá regular más concretamente las condiciones del trato con el hijo y de su ejercicio, aun respecto de terceros. Además, llama la atención la extensión de las personas respecto de las cuales se goza de este derecho; en efecto, el párrafo primero del parágrafo 1685 del *BGB* lo reconoce a favor de los

---

<sup>31</sup> Código Civil, España. Consultado en línea en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>] con fecha 28 de Diciembre de 2013.

abuelos y hermanos, agregando, incluso, en el párrafo segundo, que lo mismo se aplicará para los cónyuges o anteriores cónyuges de uno de los padres que hayan convivido en comunidad doméstica durante cierto tiempo con el hijo y para las personas bajo cuyo cuidado familiar éste hubiere permanecido durante cierto tiempo, extendiendo así notablemente el ámbito subjetivo de este derecho-función." <sup>32</sup>

Lo anterior, basándonos en historia de la ley, ha estado inspirado en el resguardo del interés superior del niño y ha sido establecido específicamente propendiendo el mejor y más armonioso desarrollo, en miras de no alterar el ambiente al que está acostumbrado por el acaecimiento de la separación entre sus padres.

---

<sup>32</sup> Citado por Lathrop, Fabiola. En "Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos". Revista chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo N°10, Santiago, julio 2008, p.29.

## **F. REGIMENES DE REGULACIÓN DEL DERECHO A MANTENER UNA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.**

### **Regulación no asistida: Convencional**

Se refiere a la regulación espontánea y de forma extrajudicial por parte de los padres, quienes logran un acuerdo directo.

Conforme al actual artículo 225 del Código Civil, al momento de regularse de común acuerdo el cuidado personal por escritura pública o acta ante oficial del Registro Civil, debe establecerse la frecuencia y libertad con que el padre que no ejerce el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con sus hijos.

Asimismo, y de manera específica, en el artículo 229 inciso tercero, se establece que "para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades y considerando especialmente:

- La edad del hijo

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

### **Regulación Asistida:**

#### **Mediación**

Desde el año 2010 y según lo establecido por la última modificación a la Ley N° 19.968, que “Crea los Tribunales de Familia”, para la regulación judicial de la relación directa y regular es necesario acudir previamente a un proceso de mediación obligatoria. El proceso de Mediación Familiar, puede llevarse a cabo en un Centro de Mediación gratuito contratado por el Estado o en un Centro de Mediación Privado. Los interesados en que se establezca un régimen comunicacional pueden llegar al proceso de mediación mediante tres vías; derivados de un Tribunal de Familia o

Juzgado de Letras con competencia en la materia, derivados de las Corporaciones de Asistencia Judicial, o acudiendo de manera autónoma al Centro de Mediación más cercano.

En el proceso de mediación, un tercero imparcial que debe estar inscrito en el Registro Único de Mediadores Familiares, dará a conocer a las partes en qué consiste la mediación, sus principios, la forma en que se lleva a cabo el proceso de mediación y los efectos de sus acuerdos y guiará las sesiones de mediación promoviendo el dialogo entre las partes e intentando que estas logren a un acuerdo que resulte satisfactorio. Las partes lo revisan y lo firman. En caso de que se obtenga un acuerdo en el proceso de mediación el mediador redacta un documento en el que se establecen los términos del acuerdo, este documento se denomina Acta de Mediación y deberá ser aprobado posteriormente por un tribunal. Los acuerdos de mediación son equivalentes jurisdiccionales y tienen el mismo valor jurídico que una sentencia.

Después de la última reforma a la Ley que crea los Tribunales de Familia el año 2010, las materias que solían atochar los tribunales y eternizar algunos conflictos, han sido cedidas al sistema de mediación, que tiene

el objetivo de ser más amigable y accesible, buscando soluciones que dejen conformes a ambas partes e intentado evitar que todos los conflictos lleguen a tribunales.

### **Judicial**

La regulación judicial de la relación directa y regular tiene un carácter supletorio, se da en el evento de no existir acuerdo entre los padres y frente al fracaso de la intervención de un mediador.

En este caso se requerirá de la intervención de los tribunales de justicia, para establecer la forma y las condiciones más adecuadas para que el ejercicio de este derecho-deber. Los jueces conocerán de los asuntos vinculados a la relación directa y regular en virtud de una demanda interpuesta por uno de los progenitores o por un tercero, y deberá tomar conocimiento y ponderar las circunstancias especiales que rodean cada caso concreto, escuchar la opinión del niño, niña y adolescente en caso que tenga edad suficiente para expresarla y fallar de acuerdo a su mejor interés.

Siempre que se regule la relación directa y regular, ya sea convencionalmente o por los Tribunales de justicia debe tenerse presente lo referido al artículo 222 del Código Civil, “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo”.

Incluso dentro del proceso judicial siempre se procurará obtener un acuerdo entre los padres en materia de relación directa y regular, según las estadísticas de los tribunales de familia, el año 2010 el 57% de las causas de relación directa y regular terminaron por acuerdo entre los padres.<sup>33</sup>

## **G. INCUMPLIMIENTO DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.**

La relación directa y regular se puede incumplir tanto por la persona a favor de quien se ha establecido como por el padre o la persona que tenga el cuidado personal del niño o niña.

---

<sup>33</sup> Estadísticas disponibles en [http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario\_de\_publicaciones/pdf/07\_11\_11/justicia\_2010.pdf] consultadas con fecha 9 de Julio de 2013.



El incumplimiento por parte del titular del derecho se da cuando este, por ejemplo, no devuelve al niño o niña en los horarios y lugar determinado por el tribunal, o retarda su entrega o simplemente no se presenta a ejercer su derecho.

Además, el incumplimiento puede darse por quien tiene el cuidado personal del niño o niña y que debe permitir el ejercicio del derecho. Esto puede darse negándole al padre o madre privado del cuidado personal el régimen comunicacional, lo que puede ser mediante una simple negativa, por amenazas, cambio de domicilio, presentando certificados médicos, inventando actividades académicas, formulando falsas denuncias en contra del padre titular del derecho-deber e ,incluso, llegando al cambio del país de residencia habitual del niño o niña.

Es frecuente que se den problemas de incumplimiento o se obstaculice el régimen de relación por parte de aquellos padres cuya relación no terminó de buena manera o que aún no han resuelto completamente el término de su relación. De esta forma, el niño pasa a convertirse en un "objeto" que puede ser utilizado para chantajear emocionalmente al otro padre. Así es como los niños muchas veces pueden quedar atrapados entre los intereses de los

padres, quienes desconocen las necesidades de los niños y niñas y el daño emocional que les causan. En este punto podemos por ejemplo hacer referencia al Síndrome de Alienación Parental y los terribles efectos que genera en la vida de los niños, que pueden variar en intensidad, desde depresión hasta incluso el suicidio, tal como se indica en la ponencia presentada por la psicóloga Verónica Gómez, en la Conferencia sobre Síndrome de Alienación Parental en Chile, “Esta incubadora de odio no solo daña las relaciones con uno de sus progenitores, sino que moldea la forma en que esa persona se relacionará en el futuro”.<sup>34</sup>

Actualmente, el único límite que existe para el ejercicio de la relación directa y regular, una vez establecido, es que este haga peligrar la integridad física y psicológica del niño o niña, siguiendo la misma línea del inciso 2 del artículo 229 del Código Civil, que establece “Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”. Se faculta a los jueces de familia, a modificar el régimen comunicacional establecido con el fin de

---

<sup>34</sup> Ponencia realizada por la psicóloga forense Verónica Gómez. Disponible en línea en <http://conferenciasap.cl/contenido.asp?Id=5&Titulo=Consecuencias%20%20Del%20S%EDndrome%20De%20Alienaci%F3n%20Parental>, consultado con fecha 6 de enero de 2014.

proteger la integridad del niño o niña, pero deberá siempre considerar el interés superior del niño a la hora de fallar y teniendo en cuenta su opinión.

En aquellos casos en que el padre titular del régimen comunicacional se vea imposibilitado u obstaculizado en ejercer su derecho de la forma establecida y esto sea imputable al padre que posee el cuidado personal, el padre titular del derecho-deber puede, de acuerdo al artículo 48 inciso tercero de la Ley N°16.618, pedir la recuperación del tiempo perdido, que será establecido por el tribunal evaluando los antecedentes.

En caso de que el padre beneficiario del régimen comunicacional no cumpliera con él, en la forma dispuesta por el Tribunal, injustificadamente, podrá ser apercibido de decretarse la restricción o suspensión de dicho régimen, pudiendo para el efecto además establecerse apremios como por ejemplo reclusión nocturna por hasta 15 días o multas proporcionales, que podrán repetirse en el tiempo, tal como establece la Ley N° 16.618 en su artículo 66 inciso final “El que fuere condenado en procedimiento de tuición, por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega de un menor y no lo hiciere 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". Es de acuerdo a esta norma que la Corte de Apelaciones de Concepción falló, en la causa rol N° 16.814-2001 del 8 de septiembre de 2001, que "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 niño o niña, 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".<sup>35</sup>

Si es por responsabilidad del padre o madre que detenta el cuidado personal que se impide, retarde o entorpece el ejercicio de la relación directa y regular, surge un derecho para el padre titular del derecho a solicitar al Tribunal que se pueda recuperar en parte el tiempo perdido, lo cual será regulado de forma judicial.

---

<sup>35</sup> Causa Rol Ingreso Corte N 16.814-2001, Caratulada "Llanos con Serrano" de la Corte de Apelaciones de Concepción. Consultada en línea en [[www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)] con fecha 6 de julio de 2013.

## **CAPITULO II: MEDIOS ELECTRÓNICOS.**

### **A. ANÁLISIS PREVIO.**

La comunicación, con los años, ha evolucionado, desde formas muy primitivas de expresión oral hasta el uso de sofisticadas tecnologías, que permiten hoy conexión con lugares cada vez más distantes y de forma prácticamente instantánea.

Las primeras formas de comunicación implicaban necesariamente la presencia física tanto del emisor como del receptor, para poder transmitir el mensaje, dado que se canalizaban a través de sonidos o señas perceptibles sólo visual o auditivamente y a cortas distancias.

Con el paso de los años, frente a la necesidad del hombre por comunicarse, y por dejar registro de su historia, las comunidades comenzaron a desarrollar formas de expresión a través de dibujos o símbolos representativos de conceptos.

Se indica a los sumerios como pueblo creador de la primera forma de escritura, llamada “cuneiforme” debido a que los símbolos que la componían, se plasmaban en una tablilla de arcilla, mediante “cuñas”.<sup>36</sup>

En Egipto también se desarrolló un tipo de escritura, basada en símbolos o ideogramas, que eran dibujos representativos de conceptos, que se plasmaban en papiros, los que reunidos hoy, nos han permitido conocer por ejemplo su historia, organización política y conformación social.<sup>37</sup>

Al igual que en Egipto, en China se desarrolló primeramente una forma de escritura basada en ideogramas, los que han sido desarrollados y hasta hoy forman parte fundamental de su escritura, llamados Kanjis.<sup>38</sup> Con el avance de las civilizaciones, se hizo necesario para el comercio contar con sistemas uniformes de conteo y registro, con ello se dio pie al nacimiento de números y al desarrollo de un alfabeto que al igual que los ideogramas era capaz de representar todo concepto que se quisiera, pero de una manera más simplificada y que propendía a mejorar el acceso y comprensión de lo que se intentaba comunicar.

---

<sup>36</sup> Cfr. Monsterín, Jesús. Teoría de la Escritura. Icaria Editorial, Barcelona, año 1993. p.43.

<sup>37</sup> Ibid. p. 100.

<sup>38</sup> Ibid. p. 68.

Junto a la escritura, fue necesario el desarrollo de un soporte material para ella, el que también evolucionó, yendo desde paredes de roca o tablillas de arcilla, hasta la creación de papel hecho en base a fibras vegetales, actualmente casi sustituidos por soportes digitales, donde lo escrito puede ser revisado por ejemplo mediante un soporte lógico para los sistemas informáticos (a continuación denominados *software*) de procesadores de texto desde cualquier punto del planeta.

La evolución de la tecnología no sólo dio pie a la transmisión instantánea de textos, sino que al desarrollo de software y programas que permitían la transmisión de imágenes primero estáticas, para luego llegar incluso a la transmisión de videos, capturados en tiempo real.

Hoy, los medios de comunicación son instrumentos que nos permiten transmitir información y comunicarnos; son el canal mediante el cual la información se obtiene, se procesa y finalmente se materializa, expresa, distribuye y se comunica.

## B. ¿QUE ES LA COMUNICACIÓN?

Para la Real Academia Española, comunicar, se refiere a “compartir o transmitir un mensaje común entre un emisor y un receptor”<sup>39</sup>. Se trata de un proceso de interacción o transacción entre dos o más sujetos de un sistema (emisor y receptor). Es decir, podemos entender la comunicación como un proceso de transmisión de estructuras entre las partes de un sistema que son identificables en el tiempo o en el espacio; o como un mecanismo por medio del cual existen y se desarrollan las relaciones humanas.

Toda interacción implica el desarrollo de una relación, y por tanto la comunicación no solo es un medio para transmitir información, sino que al mismo tiempo impone conductas.

Según el antropólogo y cientista social Gregory Bateson<sup>40</sup> la comunicación es lo que hace posible las relaciones humanas, y se desarrolla a través de dos aspectos; el aspecto referencial de un mensaje, que transmite información y por ende, en la comunicación humana es sinónimo de

---

<sup>39</sup> Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Consultado en [<http://www.rae.es/rae.html>] en fecha 16 de Junio de 2013.

<sup>40</sup> Cfr. Gregory Bateson, “Pasos hacia una ecología de la mente”, Editorial Lohlé-Lumen, Buenos Aires, año 1998, p. 16.



contenido del mensaje; y el aspecto relacional, que se refiere a qué tipo de mensaje debe entenderse que es, y por lo tanto, a la relación entre los comunicantes. Así, toda comunicación consta de dos procesos, uno relativo al contenido y otro concerniente al aspecto relacional.

### **C. LA COMUNICACIÓN COMO MEDIO DE DESARROLLO DE LAS RELACIONES HUMANAS.**

La comunicación es el principal medio para relacionarnos con otros y es la manera en que las personas logramos transmitir información por ejemplo, sobre ideas, sentimientos o tradiciones.

Ella se basa principalmente en caracteres subjetivos, y el cómo recibimos, comprendemos o interpretamos la información que nos es transmitida, guarda mucha relación con ello.

La comunicación es el medio que crea y sustenta las relaciones familiares, por representar la base de los lazos entre personas y como ya se mencionó en el primer capítulo de esta tesis, son la base del desarrollo de los niños y niñas, quienes desde pequeños por ejemplo son capaces de identificar quienes son sus padres y familiares, comunicarse con ellos y ser receptores

de una serie de dinámicas que sirven de base para el avance en sus estadios de crecimiento y de preparación para desenvolverse en la vida adulta e insertarse cumpliendo las pautas de conducta pre-establecidas en una sociedad.

Las relaciones familiares se fortalecen mediante una sana y constante comunicación entre sus miembros; los niños aprenden a comunicarse observando su entorno y copiando conductas que perciben, por ello no sería posible el desarrollo pleno de un niño o niña si permanece mental, social o físicamente aislado de su entorno familiar o de uno de sus progenitores.

La Convención de Derechos del Niño, en su preámbulo, concibe familia como “un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas” así, establece a la familia como la fuente natural mediante la cual los niños se desarrollan, siendo la comunicación entre padres e hijos el medio más efectivo para lograr el bienestar de niños y niñas y de cada uno de los miembros del grupo familiar.

Comunicarse, es un proceso constante y necesario para los niños y niñas, se desarrolla a través de diversos medios, siendo los fundamentales los gestos, comportamientos y dialogo, tal como lo señala el profesor Javier Rodríguez, quien establece que: “A través del diálogo, padres e hijos se conocen mejor, conocen sobre todo sus respectivas opiniones y su capacidad de verbalizar sentimientos”<sup>41</sup>.

#### **D. MEDIOS DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICOS.**

Como ya explicamos, la comunicación ha evolucionado de manera tal que ha incluido el desarrollo de plataformas en medios electrónicos, abaratando y agilizando el contacto.

A continuación, procederemos a hacer una breve descripción de algunos medios electrónicos disponibles en la actualidad.

##### **Internet**

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, Internet puede definirse como una “Red informática mundial, descentralizada, formada por

---

<sup>41</sup> Rodríguez, Javier. “La comunicación en la familia”. [[http://miscelaneaeducativa.com/Archivos/comunicación\\_en\\_familia.pdf](http://miscelaneaeducativa.com/Archivos/comunicación_en_familia.pdf)] fecha de consulta 16 de Junio de 2013.

la conexión directa entre computadores, mediante un protocolo especial de comunicación”<sup>42</sup>.

En palabras simples, internet consiste en la interacción de un lenguaje computacional común, mediante el cual, lo ingresado a un computador o dispositivo equivalente, es traducido a un código común, el que es traspasado a un servidor (proveído por los Operadores de Comunicaciones en cada país), y luego es enviado a un "servidor base", que será redirigido al servidor determinado asociado al país del receptor, para finalmente ser transmitido al computador, el que decodifica el mensaje y lo transmite en el formato que corresponda, permitiendo la recepción del mensaje, y que este sea entendido por el destinatario.

Con el tiempo este sistema se ha ido simplificando, eliminando eslabones de esta cadena transmisora del mensaje, reduciéndola a su mínima expresión, agilizando por tanto la comunicación, logrando la transmisión de mensajes de forma prácticamente instantánea.

---

<sup>42</sup> Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Consultado en [<http://www.rae.es/rae.html>] con fecha 16 de Junio de 2013.

Al hacer referencia a Internet no sólo nos referimos a esta red interconectada, sino también al conjunto de servicios y aplicaciones que nos permiten hacer un uso de la misma.

Internet surgió como parte de un programa del Departamento de Defensa de Estados Unidos en la década de 1960<sup>43</sup>; la idea esencial era reforzar el sistema de comunicaciones, ya que estaba basado exclusivamente en la comunicación presencial y telefónica, lo que lo convertía en un blanco fácil de atacar e aislar. Para solucionar este problema, el Departamento de Defensa decidió crear el programa "Proyectos de Investigación Avanzados" (Advanced Research Projects Agency, ARPA), con el fin de financiar el estudio de redes computacionales en diversas universidades. Este proyecto llevo al desarrollo de una red experimental, que comenzó a operar en Diciembre de 1969 y se denominó ARPAnet. La idea central de esta red era “conseguir que la información llegara a su destino aun cuando parte de la red estuviese destruida”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Rodríguez Silva, Eduardo. El Correo Electrónico. En Revista Chilena de Derecho Informático,. Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, año 2003, p.193.

<sup>44</sup> “Introducción a Internet”, Documento de la Organización de Naciones Unidas, consultado en línea en [http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/seminariomisiones/intro-internet.pdf] fecha de consulta 12 de Junio de 2013.

El primer antecedente del uso de internet a nivel nacional, tuvo lugar en el año 1986, cuando se pretendió conectar a través de una red telefónica al Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile con el Departamento de Ingeniería Informática de la Universidad de Santiago. El experimento fue un éxito y ambas universidades lograron estar conectadas desde una línea telefónica directa, a través de la cual podían enviar mensajes.<sup>45</sup>

Internet en la década de 1980 y comienzos de 1990 sólo tuvo una función científica y académica, pues sólo las universidades y sus investigadores podían acceder a su red, fue recién a mediados de la década de 1990 que comenzó a popularizarse y surgió el acceso doméstico.

Hoy en día internet se ha convertido en una herramienta básica para el trabajo, los estudios, la comunicación y el esparcimiento. Según cifras entregadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones la penetración del acceso a

---

<sup>45</sup>Rodriguez Silva, Eduardo. Ibid. P. 193.

Internet en Chile llegó a un 53,6% de los hogares durante el año 2012 y a un 34,2% de penetración total cada cien mil habitantes<sup>46</sup>.

## **2.- Correo electrónico.**

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define correo electrónico como aquel “sistema de comunicación personal por ordenador a través de redes informáticas”<sup>47</sup>.

Legalmente, podemos encontrar una definición de correo electrónico en la ley peruana, a propósito de su ley N° 28.493, que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM): “Todo mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras o cualquier otro equipo de tecnología similar. También se considera correo electrónico la

---

<sup>46</sup> Cifras de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Consultado en [[http://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo\\_articulos/notas\\_prensa/radiografia\\_internet\\_06septiembre\\_2012.pdf](http://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo_articulos/notas_prensa/radiografia_internet_06septiembre_2012.pdf)] con fecha 12 de Junio de 2013.

<sup>47</sup> Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Consultado en [<http://www.rae.es/rae.html>] con fecha 16 de Junio de 2013.

información contenida en forma de remisión o anexo accesible mediante enlace electrónico directo contenido dentro del correo electrónico”<sup>48</sup>.

El correo electrónico es un método para crear, enviar y recibir mensajes a través de sistemas de comunicación electrónica, asimilable al antiguo envío de cartas por correo postal tradicional.

Las ventajas del correo electrónico son innumerables, es inmediato pues se recibe a los pocos minutos de haber sido enviado, es cómodo, y permite envíos desde cualquier ubicación con conexión a internet.

Se ha vuelto tan masivo que ha incluso remplazado en el día a día a otros medios de comunicación como el teléfono o el correo postal tradicional.

El correo electrónico comenzó siendo la posibilidad que permitía a distantes personas que trabajaban para una misma empresa, compartir labores, intercambiar ideas y proyectos, con ayuda solamente de con una pequeña red de computadores.

El primer antecedente de un correo electrónico tuvo lugar en el año 1961, en una demostración que pasó a la historia, realizada por el Instituto

---

<sup>48</sup> Diario Oficial El Peruano, consultado en línea el 12 de diciembre de 2013 [<http://www.editoraperu.com.pe/elperuano>]



Tecnológico de Massachusetts (MIT) en ella se exhibió un sistema que permitía a varios usuarios, acceder a un computador desde puntos remotos y facilitaba el almacenamiento de archivos en el ordenador. Todo esto sirvió como antecedente para creación de nuevas formas de compartir información.<sup>49</sup>

### **3) Mensajería instantánea**

La mensajería instantánea es un "protocolo de comunicación" que transcurre en tiempo real entre dos o más personas basada en el intercambio de texto, que es enviado a través de dispositivos conectados a una red como Internet o un satélite de telefonía celular, su principal ventaja es la inmediatez que proporciona, puesto que los mensajes se reciben de manera prácticamente instantánea.

En la actualidad las nuevas tecnológicas permiten acceder a servicios de mensajería instantánea mediante el teléfono celular, computadores portátiles, o cualquier dispositivo con acceso a internet mediante conexión

---

<sup>49</sup> Cfr. Rodríguez Silva, Eduardo. Ibid. P.194

de dispositivos electrónicos de forma inalámbrica (wifi) o plan de datos, permitiendo una comunicación casi permanente.

#### **4) Videoconferencia**

La Real Academia de la Lengua Española define videoconferencia como la “Conferencia mantenida mediante imágenes y sonidos transmitidos por una red de comunicaciones.”<sup>50</sup>

La video conferencia es la comunicación simultánea bidireccional de audio y vídeo, que permite mantener reuniones con grupos de personas situadas en lugares alejados entre sí, usando ambas partes una cámara web conectada a un computador.

El núcleo tecnológico usado en un sistema de videoconferencia incluye audio y vídeo en tiempo real y su implementación proporciona importantes beneficios, como la comunicación entre personas geográficamente distantes y una mayor integración entre grupos de trabajo o familiares.

---

<sup>50</sup> Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Consultado en [<http://www.rae.es/rae.html>] en fecha 16 de Junio de 2013.

## 5) Redes Sociales

Las redes sociales son estructuras sociales compuestas por grupos de personas, las cuales están conectadas por uno o varios tipos de relaciones, tales como amistad, parentesco, intereses comunes o que comparten conocimientos e ideas, agrupadas en una plataforma tecnológica común.<sup>51</sup>

La red social más popular en Chile en la actualidad es Facebook<sup>52</sup>, una red social creada el 4 de febrero de 2004, en la cual se pueden compartir gustos, archivos de audio y video e información. Además, cuenta con juegos, aplicaciones, agendas, mensajería instantánea y videoconferencia, entre otros servicios, que permiten interactuar a sus miembros. Facebook ha llegado a la impresionante cifra de 845 millones de usuarios activos mensuales a nivel mundial, de los cuales cerca del 50% realizan por lo menos una actividad diaria en la plataforma.

Junto a Facebook, en Chile ha tenido amplia recepción otras redes sociales y plataformas, como por ejemplo Twitter, Instagram, Pinterest o Flickr.

---

<sup>51</sup> Cfr. Stanley Wasserman, Katherine Faust, y Dawn Iacobucci. *Social Network Analysis: Methods and Applications. Structural Analysis in the Social Sciences*. Cambridge University Press, Cambridge, November 1994.

<sup>52</sup> El economista. Consultado en línea con fecha 13 de diciembre de 2013 [http://www.eleconomistaamerica.cl/reportajes-en-eAm-chl/noticias/4824690/05/13/Redes-sociales-el-canal-de-comunicacion-mas-utilizado-en-Chile.html]

Las redes sociales tienen un alcance del 91% entre los usuarios chilenos, es decir, nueve de cada 10 personas conectadas hacen uso o visitan sitios como Twitter o Facebook habitualmente, superando incluso a los sitios de búsqueda de información.<sup>53</sup>

Finalmente podemos decir que Internet en los últimos años ha pasado a ser parte de la vida cotidiana de gran parte de los chilenos, especialmente de los niños, que hoy en día están fuertemente relacionados con las tecnologías desde que nacen, si desde muy temprana edad comienzan a utilizar sus herramientas.

El uso de Internet ha posibilitado el desarrollo de las relaciones, surgiendo como una alternativa para mantenerse en contacto de forma permanente o de revincularse después de años de distancia afectiva y/o geográfica.

Las relaciones sociales a través de medios electrónicos son de fácil acceso y mejoran el contacto informativo y afectivo, permitiendo a los niños, especialmente, sentirse constantemente vinculados a sus padres u otras figuras afectivas importantes.

---

<sup>53</sup> Estudio sobre redes sociales de IAB CHILE 2012 consultado en línea en [<http://www.iab.cl>] con fecha 10 de Junio de 2013.

## **CAPITULO III: EJERCICIO DE LA RELACION DIRECTA Y REGULAR POR MEDIOS ELECTRONICOS.**

### **A. ANÁLISIS PREVIO**

Es un hecho que con el avance de los años y la tecnología, la sociedad ha evolucionado, modernizándose incluso la forma en que entendemos la familia y por tanto el ejercicio de sus relaciones, dirigiéndonos así a nuevas configuraciones familiares.

En la actualidad por ejemplo, la tendencia es que los padres cada vez se involucren y comprometan más con el desarrollo de sus hijos e hijas. Tal como lo indica la Profesora Fabiola Lathrop en su artículo “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos respecto a la corresponsabilidad”; "A grandes rasgos, podemos decir que el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.

La Convención de Derechos del Niño, de 1989, fue el primer tratado en reconocer el principio de la corresponsabilidad parental como un derecho

humano de los niños y adolescentes. En efecto, su artículo 18.1 establece que:

“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”.

Por su parte, el artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación a las mujeres, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas en 1979, requiere el reconocimiento por parte de los Estados de una:

“(…) responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.

Por otra parte, su artículo 16 prescribe que:

“los Estados Partes (...) asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas

con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.<sup>54</sup>

Toma importancia el rol del padre, que hoy en día es mucho más activo en el desarrollo de sus hijos de lo que era antiguamente, cuando su papel se limitaba principalmente al de ser proveedor, siendo la crianza y el resto de tareas propias de un hogar entendidas como parte del rol de las mujeres.

Hoy cada vez más el padre busca ser parte esencial en la vida de sus hijos, participando activamente en la crianza, educación, disciplina y todo tipo de cuidados requeridos, siendo tareas que ya no se relegan solamente al género femenino.

De esta forma, con el paulatino aumento del ingreso de la mujer al ámbito laboral, disminuye su tiempo en el hogar y en la crianza de sus hijos, haciéndose por tanto, más importante y necesaria la coparentalidad para la crianza de los niños y niñas. La tendencia se enfoca a que ambos padres se responsabilicen de la crianza y la educación de sus hijos mediante acuerdos y un razonable reparto de responsabilidades y de deberes, en palabras de la profesora Fabiola Lathrop, en base a “la igualdad real entre hombre y mujer, la corresponsabilidad parental y el derecho del niño a la

---

<sup>54</sup> Lathrop G., Fabiola: “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, N°10, Julio 2008, p. 25.

coparentalidad, es decir, a mantener un contacto frecuente con sus dos progenitores, no obstante la situación de ruptura conyugal o de pareja”.<sup>55</sup>

La disposición hoy es considerar la familia como un núcleo entendido de forma amplia, más allá del matrimonio, considerando la “preocupación por no despojar al hijo de una de sus raíces afectivas y genealógicas y, por otra parte, la intención de sustituir la indisolubilidad del matrimonio por la indisolubilidad de la filiación y afirmar el carácter incondicional y la seguridad del vínculo filial”.<sup>56</sup>

Se entiende entonces, que lo que se disuelve son los matrimonios y no las familias, siendo un deber de los progenitores procurar mantener las relaciones filiales y velar porque sus hijos puedan mantener una familia, que les garantice la seguridad necesaria para su correcto desarrollo.

La separación de un hijo o hija respecto de alguno de sus progenitores interrumpe el desarrollo evolutivo normal del niño y tiene implicancias en su proceso emocional y conductual, puesto que se modifica de forma radical su cotidianeidad y entorno conocido, surgiendo la necesidad de que esté se

---

<sup>55</sup> Lathrop G., Fabiola. Ibid, p. 26.

<sup>56</sup> Lathrop G., Fabiola. Ibid p. 25.



adapte a una nueva dinámica, conllevando por tanto molestias y potenciales daños o trastornos en su vida y que eventualmente podrían acarrear consecuencias en el futuro.<sup>57</sup>

La respuesta de los hijos ante la separación con alguno de sus padres está vinculada a la edad y etapa de desarrollo en que se encuentren.

Es en pos del beneficio de los niños y niñas, que se plantea que tanto los padres como el Estado y sus instituciones deben potenciar la mantención de relaciones de familia con el padre o madre que no vive con sus hijos, para evitar o disminuir dentro de lo posible, las repercusiones derivadas de una separación.<sup>58</sup>

En el documento “Contacto Transfronterizo Relativo a los Niños: Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas” desarrollado por la Oficina Permanente para la Conferencia de La Haya, se establece dentro de su acápite respecto a la importancia del contacto que “Deberían adoptarse todas las medidas posibles para garantizar el derecho de los niños a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus padres, así

---

<sup>57</sup> Cfr. González, Eugenia. La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor

[http://www.prodeni.org/Documentos%20pdf/custodia%20compartida\\_alienaci%C3%B3n%20parental\\_inter%C3%A9s%20del%20menor\\_trabajo\\_unia.pdf](http://www.prodeni.org/Documentos%20pdf/custodia%20compartida_alienaci%C3%B3n%20parental_inter%C3%A9s%20del%20menor_trabajo_unia.pdf). Consultado en línea el 10 de diciembre de 2013.

<sup>58</sup> ibídem.

como el derecho de los padres a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus hijos, a menos que se determine que dicho contacto podría ser contrario a los intereses de los niños. Esto se aplica igualmente en aquellos casos en que los padres viven en países distintos”.<sup>59</sup>

En la línea de lo anterior, el artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño establece 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”<sup>60</sup>. Este artículo debemos interpretarlo en armonía con el artículo 3 de la misma Convención, que establece el compromiso de los Estados y sus instituciones con la protección de los niños y niñas, y planteando el interés superior del niño como principio rector de toda nuestra legislación. Se proyectó así una modificación trascendente en el tratamiento y resolución de las situaciones en las que se encuentran involucrados los niños, niñas y adolescentes, ya que se les empieza a reconocer como sujetos de derecho

---

<sup>59</sup> Hague Conference on Private International Law, “Contacto Transfronterizo Relativo a los Niños: Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas”. Editorial Jordan Publishing, La Haya, 2010, p. 4.

<sup>60</sup> Convención de Derechos del Niño, suscrita en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York. 1989. Ratificada por Chile en 1990.

que necesitan de un resguardo y tutela específicos, tanto de las familias como del Estado.

Es en beneficio del niño o niña que se establece la relación directa y regular como una opción realista para facilitar el contacto permanente con el padre o madre que no tiene su cuidado personal, permitiendo una paternidad más comprometida y presente; supliendo, en cierta medida, la ausencia o presencia no tan frecuente, del padre o madre.

Las “visitas” fortalecen la estabilidad emocional de los hijos, permitiendo que estos crezcan en un ambiente de afecto y de seguridad -psicológica y física- lo cual logra disminuir el impacto traumático que se les genera al enfrentar una separación, atenuando el "sentimiento de abandono", tanto en el niño como en los padres, y estimula en todos los miembros de la familia, la participación en las decisiones cotidianas y previniendo desatender las necesidades materiales y/o emocionales de su hijo o hija.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Cfr. Herranz, Pilar y Sierra, Purificación. *Sicología Evolutiva, Volumen II, Desarrollo Social*. Editado por Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, año 2012, p. 143.

## **B. PANORAMA JURISPRUDENCIAL**

### **a. Jurisprudencia Nacional**

En Chile el ejercicio de la relación directa y regular a través de medios electrónicos, recién hace algunos años comienza a ser objeto de desarrollo jurisprudencial.

A partir de esta investigación, hemos encontrado pocos casos en que actualmente se decreta de manera efectiva el ejercicio a través de medios electrónicos. En su mayoría los regímenes establecidos responden a formas complementarias de ejercicio de la relación directa y regular, principalmente en aquellos casos donde el padre que no posee el cuidado personal del niño o niña, reside en un territorio apartado, u otro país, o bien en caso de que dicho progenitor no hubiese tenido contacto con sus hijos durante mucho tiempo, se realiza una revinculación progresiva a través de estos medios.

En la línea de lo anterior, podemos citar la causa Vergazzoli/Alarcón, RIT C-5124-2010, del Primer Juzgado de Familia de Santiago<sup>62</sup>, donde dentro de la regulación del derecho deber de mantener una relación directa y

---

<sup>62</sup> Causa Vergazzoli/Alarcón, RIT C-5124-2010, del Primer Juzgado de Familia de Santiago

regular la magistrado estableció la obligatoriedad de que la madre, quien en este caso ejercía el cuidado personal del niño, permitiese el contacto de los niños con su padre.

"Los padres permitirán que las niñas se comuniquen sin restricción, con el otro progenitor con quien no se encuentren en ese momento. Dicha comunicación será por vía telefónica u otra que sirva para aquel efecto y será al menos una por día.

La madre facilitará que el padre habilite un computador y otros elementos tecnológicos asociados para que este pueda comunicarse con las niñas. Sin perjuicio de ello y si la madre cuenta con dichos elementos, los proporcionará a efectos de que este punto pueda cumplirse.

La madre deberá enviar al padre trimestralmente, fotografías de las niñas a [REDACTED]@[REDACTED].cl.

La madre seguirá registrando al padre en el colegio a efectos de que este último recabe información académica de las niñas por sistema computacional"

Una resolución medianamente similar pudimos encontrarla en la causa Anglen/Seguel, RIT C-2806-2007, del Segundo Juzgado de Familia de

Santiago<sup>63</sup>, donde se estableció "Contacto vía Web Cam y telefónico, los días lunes y jueves desde las 19:00 horas y hasta las 21:30 horas".

#### **b. Jurisprudencia Internacional**

El desarrollo en materia de jurisprudencia respecto a la relación directa y regular por medios electrónicos en se encuentra muy avanzado en algunos países, como Estados Unidos o Puerto Rico, quienes ya cuentan con regulación específica sobre la materia, que autoriza expresamente el establecimiento de la visitación virtual como una alternativa. En materia jurisprudencial pudimos encontrar varios casos en los que se decretaban visitas por esta vía, como por ejemplo en Estados Unidos en el caso Gilbert v. Gilbert, N°20060306, 2007, ND66, en un fallo emanado de la Supreme Court de North Dakota<sup>64</sup>, en el cuál indican que " La Corte del Distrito puede también considerar que las visitas virtuales sean usadas como suplemento a las visitas presenciales. Las visitas virtuales incluyen el uso de teléfonos, internet, cámaras web, y otras tecnologías alámbricas o

---

<sup>63</sup> Causa Anglen/Seguel, RIT C-2806-2007, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago

<sup>64</sup> Gilbert v. Gilbert, N°20060306, 2007, ND66, en un fallo emanado de la Supreme Court de North Dakota.

inalámbricas, para asegurar que el niño mantenga un contacto frecuente y significativo con el padre que no posee el cuidado personal".<sup>65</sup>

En Canadá encontramos al interior de la causa *Cochrane v. Graef*, 2010 ONSC 4479, Court N°132/08 dictado por la Superior Court of Justice de Ontario<sup>66</sup>, que "los esposos pueden telefonarse o comunicarse por correo electrónico a diario con los niños, cuando estos estén bajo el cuidado de la otra parte. Los niños podrán telefonar o escribir por correo electrónico a ambas partes cada vez que lo deseen. Adicionalmente habrá contacto telefónico junto con el resto de elementos técnicos que puedan incluir, lo que incluye cámara web, magic jack, skype, etc. Ambos niños tendrán un computador propio, para que puedan hablar con el demandado cada vez que lo deseen. La madre adicionalmente consideró la idea del demandado, de proveer videograbaciones de variadas actividades de los niños.

Adicionalmente al régimen indicado, el demandado se comprometió a contactarse telefónicamente, por skype, etc. Con los niños y su madre, y a compartir con ella información relativa a la sueldo, educación y el bienestar

---

<sup>65</sup> Traducción propia de "The district Court can also consider whether virtual visitation can be used to supplement in-person visitation. Virtual visitation includes using the telephone, internet, web-cam, and another wireless o wired technologies to ensure the child has frequent and meaningful contact with the noncustodial parent". Párrafo inserto en fallo de la causa *Gilbert v. Gilbert*, N°20060306, 2007, ND66, de la Supreme Court of Dakota.

<sup>66</sup> *Cochrane v. Graef*, 2010 ONSC 4479, Court N°132/08 dictado por la Superior Court of Justice de Ontario.

de los niños. Toda actividad importante será grabada y compartida con el demandante mediante DVD."<sup>67</sup>

En Latinoamérica igualmente podemos encontrar ejemplos de la inclusión de nuevas formas de ejercicio de la relación directa y regular, o bien la extensión de este derecho deber, hasta el ejercicio de ella a través de medios electrónicos, por ejemplo en Argentina podemos observarlo en la causa F.S. c/ C.E., en fallo dictado por el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, con fecha 30 de diciembre de 2008<sup>68</sup>, que fijó "un régimen de comunicación virtual estableciéndose martes, jueves y domingo en horario a convenir y en sesiones de "videochat" de una hora cada una para que AC y su padre puedan verse y hablar por internet, con uso de cámaras." En este caso en particular, la Magistrado va aún más allá al establecer "si bien en el país no existe legislación específica que contemple la ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su hijo, la expresión "adecuada

---

<sup>67</sup> Traducción propia de "The Husband and Wife may telephone or communicate by e-mail with the children on a daily basis when they are in care of the other party. The children may telephone or e-mail either party when they wish to..... In addition to the above, there would be telephone contact along with all the technical gadgets that might supplement that including webcam, the magic jack, skype, etc. Both children would have their own computer so that they could talk to the respondent whenever they wished. She adopted as well the idea that the respondent has in his plan of providing video recordings of the various activities of the children. In addition to that access, the respondent committed to phone contact, skype contact, etc. between the children and their mother and to sharing with her information concerning health, education and general welfare. Any important activities would be recorded and shared with the applicant via DVD". Párrafo inserto en el fallo Cochrane v. Graef, 2010 ONSC 4479, Court N°132/08 dictado por la Superior Court of Justice de Ontario, Canadá.

<sup>68</sup> Causa caratulada F.S. c/ C.E., Tribunal Colegiado de Familia de Rosario N°5, con fecha 30 de diciembre de 2008.



comunicación” del artículo 264 inciso 2 del Código Civil (Argentino), más el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 29 de la ley 20.061 autorizan a admitir el régimen de comunicación virtual que la madre del menor pretende se establezca entre su hijo y el padre, porque fundamentalmente es la única forma de mitigar la incertidumbre del niño con su padre ausente, saber de su vida y a su vez, relatarle sus experiencias, sus alegrías, sus dificultades y puede contribuir a que el padre se empiece a interesar más por la vida del hijo”.

**c. Análisis.**

Es, a partir de la jurisprudencia que hemos revisado, tanto nacional como extranjera, que podemos resaltar primero que el medio electrónico más comúnmente utilizado o mencionado en los fallos es el correo electrónico, en específico se establece por lo general el envío de comunicaciones por ésta vía, con la inclusión de fotografías e información médica y escolar de los niños y niñas. Luego de ello puede encontrarse el uso de cámaras web, y la realización de video-llamadas generalmente a través de skype, lo que permite un contacto prácticamente inmediato entre el padre no conviviente y su hijo o hija. En algunos casos también se hace alusión al uso de otras

plataformas virtuales, por ejemplo comunicación por Facebook (plataforma que posee un perfil con un “muro” en el que se puede escribir, la posibilidad de enviar mensajes privados similares a un correo electrónico y la utilización del chat propio de esta plataforma).

En segundo lugar hemos podido notar como la mayoría de estos jueces, junto con normar el régimen de relación directa y regular de manera presencial y virtual, establecen la obligación de mantener también dicha relación virtual con el padre conviviente, mientras los niños o niñas se encuentran en el periodo de “visita” presencial con el padre no conviviente.

Como tercer punto, también pudimos observar que en muchos de los casos, cuando los niños ya tenían edad suficiente como para poder expresar su opinión, los magistrados escuchaban sus solicitudes y comentarios para decidir el régimen más adecuado a ellos.

Como cuarto punto, nos llamó la atención que en muchas de estas causas, los padres no convivientes hubiesen previo al juicio generado algún tipo de revuelo mediático por sus casos, hecho que motivaba a los jueces a establecer medidas de protección para los niños adicionales, restringiendo la divulgación de información de ellos y la causa en redes sociales y pactando una especie de acuerdos de confidencialidad.

### **C. PANORAMA INTERNACIONAL: La relación directa y regular en el Derecho Comparado.**

A nivel internacional, la tendencia está enfocada a reconocer al niño, niña y adolescente como titular de un derecho irrenunciable a mantener relaciones con ambos progenitores y poniendo énfasis en que el ejercicio de este derecho no debe interrumpirse salvo que resulte dañino para el niño. La protección de la niñez ha adquirido desde la segunda mitad del siglo XX progresivamente un mayor reconocimiento y resguardo de sus derechos.

Esta directriz ha llevado al surgimiento de una nueva noción jurídica de la niñez que da paso, desde la “doctrina de la situación irregular”, la cual concebía al niño como un mero objeto de protección, a la consideración de la infancia bajo una protección integral, con la que “se propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno filial, de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de

sumisión como objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres”.<sup>69</sup>

La Convención de Derechos del Niño contempla un extenso fundamento de los principios básicos reconocidos por Naciones Unidas como base para la concepción de la niñez a nivel internacional; entre los cuales podemos mencionar la libertad, la justicia, la paz, la igualdad y la dignidad. Se entiende que en razón de su vulnerabilidad, tal como se expresó en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los niños, niñas y adolescentes necesitan de una protección especial por parte de la normativa jurídica, por lo que, en las disposiciones contenidas, se consagran principios específicos que pueden resumirse en cuatro pilares, como son: el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; la no discriminación; el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído. Estos principios deben ser una garantía que determine el contenido de las legislaciones de los países suscriptores y la aplicación de ésta.

---

<sup>69</sup> Gíl, Andrés, Fama, María Victoria, Herrera, M., “Derecho Constitucional de Familia Tomo I”. Editorial Ediar, Buenos Aires, año 2006, p. 540.

Así, el derecho de familia relativo a la patria potestad se ve como un instrumento que tiene como fin prioritario el interés del niño. Ya no podemos estudiar la patria potestad como un derecho absoluto de los padres sobre los hijos, sino que podemos hablar de la “democratización” de la autoridad de padres y madres, entendiendo que los derechos que se entregan a éstos son consecuencia de los deberes que su rol les impone.

Podemos sostener, como indica Gabriela Magistris, que la autonomía de los niños, niñas y adolescentes “implica asimismo la pérdida de ciertas facultades que tenían los padres sobre sus hijos. O sea que cuanto mayor sea el ámbito de autodeterminación del niño, menor será la posibilidad de injerencia por parte de sus padres”.<sup>70</sup>

En el derecho comparado diversas legislaciones se han hecho cargo de esto y ha modificado el término de patria potestad por el de “responsabilidad parental” o “autoridad parental”, conceptos que van enfocados a una concepción menos absoluta de derechos de los padres sobre los niños; a

---

<sup>70</sup>Magistris, Gabriela. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”. Consultado en línea en [http://www.iin.oea.org/anales\\_xix\\_cpn/docs/Presentaciones\\_ganadores\\_concurso/Gabriela\\_Magistris-Argentina/Trabajo\\_Gabriela\\_Magistris.doc](http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_ganadores_concurso/Gabriela_Magistris-Argentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc) con fecha 20 de Junio de 2013.

nivel latinoamericano podemos mencionar al Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia<sup>71</sup> (Ley N° 2.026, de 14 de octubre de 1999); Código de Familia de Bolivia<sup>72</sup> (Ley N° 996, de 4 de abril de 1988); y Código de Familia de Panamá<sup>73</sup>.

El concepto que toma más importancia en materia de familia es el “interés superior del niño”, que surge como el deber primordial que la Convención Internacional de Derechos del Niño le impone a los Estados y que establece que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario por sobre otros derechos. Podemos definir interés superior del niño como “un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas y privadas a examinar si este criterio está realizando en un momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño que su interés

---

<sup>71</sup> Código del Niño, Niña y Adolescente, Republica de Bolivia, consultado en línea en [<http://www.iin.oea.org/BADAJ2/pdf/Nacionales/Bolivia/C%C3%B3digo%20del%20Ni%C3%B1o,%20Ni%C3%B1a%20y%20Adolescente%20Bolivia.pdf>] con fecha 9 de Julio de 2013.

<sup>72</sup> Código de Familia de Bolivia, consultado en línea en [<http://www.lexivox.org/norms/BO-L-996.xhtml>] con fecha 9 de Julio de 2013.

<sup>73</sup> Código de Familia de Panamá, consultado en línea en [[http://www.legalinfo-panama.com/legislacion/familia/codfam\\_Ia.pdf](http://www.legalinfo-panama.com/legislacion/familia/codfam_Ia.pdf)] con fecha 9 de Julio de 2013.

a largo plazo sea tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.”<sup>74</sup>

En temática de familia, el objeto actual a nivel internacional es modernizar el derecho de familia adaptándolo a las modificaciones que sufre constantemente la concepción de familia y utilizando las herramientas que la tecnología nos entrega. Es así como la posibilidad de ejercer la relación directa y regular a través de medios electrónicos tuvo origen jurisprudencial. El primer caso del cual se tuvo conocimiento fue “McCoy vs. McCoy”, en el Estado de Nueva Jersey, Estados Unidos, el año 2001. La controversia tuvo lugar cuando una madre que quería mudarse de Estado por una oferta de trabajo propuso que el padre pudiese comunicarse en tiempo real con su hijo a través del Internet para, que de esta forma, el Tribunal permitiera la relocalización del niño. El fallo resultó favorable a los intereses de la madre, permitiéndole mudar al niño de Estado, manteniendo los días de visita en su cantidad original, pero acumulándolos y suplementándolo con visitas electrónicas.

---

<sup>74</sup> Zermatten, Jean. El interés superior del niño: Del análisis literal al alcance filosófico, Informe de Trabajo del Institut International Des Droits De Lenfant. Consultado en línea en [http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf) con fecha 7 de Enero de 2014.

Casos de similar naturaleza se han presentado en diversos países, muchas veces entre diversas jurisdicciones, sugiriendo la primacía de los principios del Derecho Internacional en materia de derechos del niño contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que ha sido ratificada por la gran mayoría de los países, como modo de solucionar controversias vinculadas a los intereses de los niños, niñas y adolescentes. Así, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos toma gran importancia en materia de familia, ya que surge como un mecanismo de garantía supranacional de la vigencia de los derechos de los niños y de la obligación de los Estados nacionales de respetarlos y garantizarlos.

Como respuesta a los cambios introducidos por la tecnología y con el antecedente jurisprudencial, surgió la necesidad de regular legalmente la posibilidad de ejercer la relación directa y regular a través de medios electrónicos. La primera legislación en la materia fue promulgada en el Estado de Utah<sup>75</sup>, Estados Unidos el año 2004, permitiendo a todos los padres sin el cuidado personal de sus hijos solicitar al tribunal el establecimiento de un régimen de “visitas electrónicas”, complementario al

---

<sup>75</sup> Código de Utah, Título 30, capítulo 3, Sección 33. Consultado en línea [[http://le.utah.gov/code/TITLE30/htm/30\\_03\\_003300.htm](http://le.utah.gov/code/TITLE30/htm/30_03_003300.htm)] con fecha 7 de Junio de 2013.



presencial, con el objeto de maximizar la continuidad y estabilidad en la vida del niño o niña.

Actualmente, en Estados Unidos ya son siete los estados que cuentan con regulación expresa de “visitas electrónicas” y diecinueve se encuentran tramitando proyectos de ley en la materia. Las legislaciones comparten principios comunes; priorizan el acuerdo entre los padres en materia de relación directa y regular; establecen las “visitas electrónicas” como complemento a las presenciales; y establecen su fundamento en el interés superior del niño. Siguiendo la misma línea Puerto Rico se convirtió en el primer país latinoamericano en establecer una “Ley de Visitas Virtuales”<sup>76</sup> el año 2011.

En Colombia se ha optado por reglamentar las visitas virtuales a través de decretos administrativos, con el propósito de establecer el derecho de las personas privadas de libertad de comunicarse con sus familias. La Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario estableció el programa de visitas virtuales para la población reclusa a partir de febrero de 2009 a nivel nacional. Para acceder a la visita virtual el

---

<sup>76</sup> Ley de Visitas Electrónicas, Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Consultado en línea [<http://pr.microjuris.com/ConnectorPanel/ImagenServlet?reference=/images/file/PS1961.doc>] con fecha 7 de Julio de 2013.

interno o interna debe cumplir los siguientes requisitos: (i) estar condenado, (ii) demostrar buena conducta, y (iii) no haber recibido visitas de sus seres queridos por motivos geográficos, esto se refiere a que su familia tenga su domicilio en un lugar diferente al del establecimiento penitenciario.<sup>77</sup>

Nuestra legislación, se verá eventualmente en la disyuntiva de determinar si resulta necesario incorporar el derecho a mantener una relación directa y regular a través de medios electrónicos a través de medios electrónicos o si su incorporación es innecesaria puesto que es posible que el juez la decrete considerando las particularidades de cada caso sin necesidad de normativa expresa.

#### **D. REALIDAD CHILENA**

Tal como mencionamos, Chile en materias de familia ha sufrido transformaciones profundas, tanto sociales como legislativas.

---

<sup>77</sup> Programa de "Visitas Virtuales", Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia. Consultado en línea [<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/InformacionServiciosAlCiudadano/servicioenlinea>] con fecha 7 de Junio de 2013.

Algunos de los cambios sociales han incluido por ejemplo la postergación del matrimonio y la maternidad o paternidad; el aumento en el número de personas que viven solas o que han optado por la convivencia o uniones no matrimoniales; el aumento de niños y niñas nacidos fuera del matrimonio; la disminución en las tasas de natalidad, disminuyendo el promedio de hijos por pareja; las nuevas formas de entender una familia, por ejemplo parejas sin hijos, parejas que incluyen hijos e hijas nacidos de sus uniones anteriores, familias extendidas, uniones homosexuales.

El nacimiento de hijos fuera del matrimonio no es un fenómeno nuevo, durante el siglo XIX entre un tercio y la cuarta parte de los niños nacía fuera del matrimonio según los datos que los historiadores recogieron de los Registros Parroquiales.<sup>78</sup>

Con la creación de las llamadas “leyes sociales” a partir de principios de siglo XX, a raíz de lo que se ha denominado históricamente “la cuestión social”, las necesidades de las personas pasan a ser un tema de preocupación para el Estado. Así, la obligación del Estado por generar normas que fomenten la creación de viviendas y el establecimiento de

---

<sup>78</sup> Cfr. Valdés, Ximena. La vida en común: Familia y vida privada en Chile y el medio rural en la segunda mitad del siglo XX. LOM Ediciones, Santiago, 2007.

salarios mínimos paso a ser una consecuencia directa de la preocupación del Estado por la familia.

De esta forma el Estado tomó un rol más trascendente en la satisfacción de las necesidades de las familias a través de políticas sociales y laborales y el incremento del gasto social y otorgando beneficios sociales, siempre pensando en grupos familiares, tal como establece Salvador Allende “Resulta completamente contrario a la realidad, calcular los costos de vida de un individuo aislado, cuando los hechos nos demuestran que el salario sirve para el sostén del trabajador y de sus familiares”.<sup>79</sup>

El descenso de la natalidad también es una característica que influye en las transformaciones sufridas por las familias chilenas. Conforme a las estadísticas "1960 fue el año en que Chile registró el mayor promedio de hijos por mujer, llegando a 5,39 hijos. En 1970 la cifra era de 4,05, disminuyéndose casi a la mitad en 1982 con 2,76. En 2008 se registró un promedio de 1,92 hijos por mujer"<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Allende Gossens, Salvador. “La realidad médico-social chilena”. Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, Santiago, año 1939. p. 31.

<sup>80</sup> Eureka Discovery Tools. Mini Book Eureka: Chile ha cambiado. Santiago, año 2013, p.6.

La legislación nacional ha respondido a los cambios sociales, modificando la ley de modo que sea más coherente con las necesidades del país. Ejemplos importantes en materia de familia son la regulación de nuevos regímenes patrimoniales en el matrimonio, la inclusión del divorcio como una alternativa para dar fin al matrimonio, la creación de Tribunales especiales orientados sólo a solucionar problemas emanados en la familia, con jueces y consejeros técnicos especialmente capacitados en estas materias, en busca de dar soluciones oportunas y efectivas a cada uno de los temas incluidos en su competencia.

Hoy en día, si observamos muchas de las instituciones y costumbres que se recogieron en el Código Civil original, promulgado en 1855, encontraremos variado articulado que podría llamar nuestra atención y ser considerado hoy, como atentatorio de garantías que consideramos como parte de nuestros derechos y de común observancia.

Por ejemplo, podemos observar al matrimonio, regulado casi meramente en su orden patrimonial y profundamente ligado a su condición de sacramento, hecho que se mantuvo hasta el año 2004, en que finalmente y tras muchos

años de discusión, se promulgó la Ley de Matrimonio Civil, que contemplaba al divorcio como una forma legal de disolver un matrimonio.

Hoy encontramos el reconocimiento social, de forma casi natural, a varios tipos de familias, muy distintas a las originalmente contempladas por nuestro legislador en el Código Civil original de 1855.

Los datos obtenidos por las últimas cuatro encuestas Casen avalan estas múltiples formas de ser familia: Por ejemplo, “los hogares con un solo padre o madre aumentaron desde un 22% en 1990 a un 28% en 2009, mientras que los hogares considerados como "tradicionales" es decir padre y madre juntos disminuyeron desde un 67% a y un 59%, en ese mismo tramo de años”.<sup>81</sup>

Así, vemos que el panorama legislativo y social hace un poco más de 100 años era completamente opuesto al actual, logrando un cambio social paulatino en las reformas que comenzaron a hacerse en diversas materias relacionadas con el derecho de familia.

---

<sup>81</sup> Encuesta CASEN año 2012. Consultado en línea en [<http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/familia.php>], con fecha 12 de Julio de 2013.

Uno de los primeros hitos tuvo lugar en 1884 con la dictación de la Ley de Matrimonio Civil, que transforma al matrimonio en una institución laica, debiendo ser celebrado ante un oficial de Registro Civil. La familia ya no es vista como consecuencia del matrimonio, y las leyes que hoy la regulan, tienen una visión un poco más igualitaria, protectora y en definitiva pluralista.

Finalmente la reproducción, que tradicionalmente estaba unida a la sexualidad, y al matrimonio, se independiza de ambos e incluso de la heterosexualidad, cuando se recurre a las técnicas de reproducción asistida y la adopción.

Se encuentra actualmente en nuestro Congreso, el proyecto de ley que establece regulación para las uniones de hecho, que busca regular aquellas situaciones de uniones de pareja, distintas al matrimonio, pero que atendida la importancia que representan para el país, y a la necesidad de protección especial de algunos de sus miembros, ha hecho necesario desarrollar leyes especialmente orientadas a protegerlas, regularlas y a otorgar un marco jurídico para el ejercicio y reconocimiento de sus derechos.

Chile, aunque de manera muy lenta, ha ido absorbiendo legislativamente los cambios que la sociedad ha sufrido, adaptándose en parte a la evolución natural que han tenido las familias.

Atendido todo lo expuesto anteriormente, y considerando al proceso legislativo como una respuesta a los cambios sociales, creemos que la posibilidad de ejercer derechos, en específico la relación directa y regular, a través de medios electrónicos puede observarse como un modo útil de complementar el ejercicio regular y presencial de la relación directa y regular.



## **CAPITULO IV: PROPUESTA DE REGULACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN CHILE.**

### **A. NECESIDAD DE DAR TRATAMIENTO ESPECÍFICO Y AMPARAR ESTA OPCIÓN LEGISLATIVAMENTE.**

A partir de los antecedentes estudiados en este trabajo, podemos desprender la necesidad de regular expresamente la posibilidad de ejercer la relación directa y regular por medios adicionales al contacto físico. Lo anterior se debe principalmente, a solicitudes dirigidas a los Tribunales en las que se requiere del establecimiento de regímenes alternativos o complementarios a la relación directa y regular presencial, ante lo cual los Tribunales de Familia se encuentran en una situación compleja al momento de generar respuestas a ello, que sean efectivas y ajustadas a Derecho.

Más allá de los beneficios que el contacto regular y permanente a través de medios electrónicos pueda ofrecer a padres e hijos, creemos que hay dos factores fundamentales por los cuales se debe regular de forma expresa la relación directa y regular a través de medios electrónicos.

En primer lugar, consideramos que la regulación expresa entrega la posibilidad a todos los titulares de este derecho-deber (a mantener una relación directa y regular) de conocer la posibilidad de solicitar medios alternativos o complementarios a la relación presencial. La consagración legal permite a toda la población conocer sus derechos y masificar su uso.

En segundo lugar, va a permitir a los Tribunales contar con criterios normativos que ordenen sus fallos y de esta forma obtener uniformidad en las sentencias y contar con respaldo legal para establecer medidas alternativas o complementarias al ejercicio.

## **B.- PANORAMA PRÁCTICO PARA SU EJERCICIO.**

En un mundo en el cual las relaciones de familia tienen cada vez más variantes, resulta necesario establecer nuevos mecanismos de protección de los derechos que de ella emanan y promover su eficaz ejercicio, intentando mantener la legislación de los países en continuo avance, yendo de la mano con la evolución de la sociedad.

Tradicionalmente el ejercicio de la relación directa y regular, suponía que el niño o niña no tuviesen convivencia con uno o ambos padres, la ley lo estableció como el derecho para proteger la relación entre padres sin el cuidado personal y sus hijos, con la finalidad de promover las relaciones filiales y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Es así que resulta como fundamento de procedencia esencial para decretar la relación directa y regular mediante medios electrónicos, que el padre o madre beneficiarios del derecho no tengan el cuidado personal del niño o niña, esto puede darse por distintas razones, por ejemplo tras el divorcio o separación de los padres o en caso que entre ambos progenitores nunca haya existido una relación de convivencia o cuando el cuidado personal lo tenga una persona que no es el padre o madre.

Decretar la relación directa y regular mediante medios electrónicos puede ampliar sus diversas funciones, por ejemplo como complemento a un régimen de relación directa y regular que implique contacto presencial, o como primer paso en una revinculación en caso que el progenitor y el niño o niña hayan estado separados por un largo período, o a una vinculación

progresiva en caso que no se conozcan, o bien en caso que uno de los padres se encuentre privado de libertad, o cuando por distintos motivos uno de los padres o el niño o niña resida en el extranjero o a una distancia geográfica que haga imposible que el contacto personal se desarrolle con la periodicidad recomendada o deseada.

A continuación, realizaremos un breve análisis de las situaciones recién descritas que pueden ser causales de procedencia de la relación directa y regular a través de medios electrónicos:

**Como complemento a un régimen de relación directa y regular:** Usualmente, el régimen de relación directa y regular establecido resulta insuficiente para las necesidades afectivas y de contacto de los niños y sus padres. Es en este caso que la posibilidad de complementar el régimen presencial con contacto a través de medios electrónicos puede resultar de gran beneficio para ambas partes.

Como ejemplo, nos podemos referir al caso en que se fije como relación directa y regular, un régimen donde el padre podrá pasar un fin de semana por medio con su hijo o hija, en este caso parece

difícil que se pueda obtener una relación fluida entre ambos sin la existencia de contacto durante el resto del tiempo que permanecen separados. En el caso, la posibilidad de que padres e hijos se comuniquen durante el periodo intermedio entre cada visita presencial, través de medios electrónicos puede influir positivamente en el desarrollo de la relación familiar posibilitando una relación más cercana, fluida y fructífera.

**Como primer paso a una vinculación o revinculación paternal:** La posibilidad de que un niño o niña no haya tenido nunca relación con uno de sus progenitores o de que ésta se hubiese suspendido durante mucho tiempo, supone la necesidad de que ambas partes se presenten nueva y paulatinamente ante la otra y es en éste caso, que la posibilidad de comunicarse a través de medios electrónicos puede facilitar la posibilidad de que padres e hijos se conozcan y puedan establecer por primera vez o nuevamente una relación filial, generando menos impacto en este primer contacto, reduciendo todo potencial perjuicio para los niños o niñas.

**En caso que uno de los padres se encuentre privado de libertad:** Por los motivos que sean, el encarcelamiento de un progenitor afecta considerablemente a su grupo familiar, con especial repercusión en sus hijos, adicionalmente al daño provocado por la lejanía, la alteración de su entorno normal y la estigmatización se suman las dificultades para acceder a visitas en un recinto penitenciario. Es por esto, que en pos de los derechos y el bienestar de los niños, se deben encontrar medios que faciliten el contacto entre padres privados de libertad y sus hijos, con el fin de minimizar dentro de lo posible el daño que pudiesen sufrir estos últimos. En la Convención sobre los Derechos del Niño se acentúa la necesidad de proteger a niños y niñas de toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición o las actividades de sus progenitores y que el interés superior del niño o niña debe ser el fundamento trascendental para mantener contacto con el progenitor de quien ha sido separado.

Actualmente, Chile cuenta con una población penal aproximada de cincuenta y tres mil personas, el 90% de los cuales son padres de menores de edad. Estudios de la Fundación Paternitas han

detectado “que el 87,9% de los niños hijos de padres privados de libertad presenta alteraciones neuropsiquiátricas (como inmadurez neurológica, disfunción orgánica cerebral o epilepsia primaria). En términos de variables psicosociales, los niños presentan diversos tipos de vulnerabilidad”<sup>82</sup>. La posibilidad de entablar visitas a través de medios electrónicos para niños y niñas hijos de padres privados de libertad, podría ayudar a aminorar estos daños y la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, logrando mantener, dentro de lo posible, la presencia de los padres en la vida de sus hijos.

Hay diversas causas que generan dificultad a los niños para mantener contacto con el progenitor que se encuentra privado de libertad, entre las que se contemplan la distancia geográfica, el transporte y las barreras económicas, la falta de contextos apropiados para recibir visitas de niños, el trato por parte de gendarmes, los limitados horarios de visitas y la negativa del padre o tutor que posee el cuidado personal de los niños fuera del recinto

---

<sup>82</sup> Fundación Paternitas. “La fundación Paternitas frente a la situación carcelaria en Chile”. Consultado en línea [<http://www.paternitas.cl/pdf/Historia%20Paternitas%20Completa.pdf>] con fecha 20 de Junio de 2013.

penitenciario, a permitir las visitas. Así, la posibilidad de separación respecto al progenitor que se encuentra encarcelado, se ve acrecentada.

Un estudio realizado en Dinamarca estableció “la importancia que representan las visitas por parte de los niños a sus padres privados de libertad y que la falta de información es una de las principales preocupaciones entre los niños y niñas, además de la sensación de incertidumbre, vergüenza y sentir que ellos mismos son tratados como delincuentes”<sup>83</sup>.

La posibilidad de mantener una relación directa y regular a través de medios electrónicos puede ser de utilidad en estos casos en que el contacto personal está tan restringido. En Estados Unidos esto ya es una realidad en varios recintos penitenciarios. En el Estado de Pensilvania, a modo de ejemplo, se creó el programa The Pennsylvania Family Virtual Visitation, que permite a los reos del Estado acceder a un servicio de video conferencia con sus familias

---

<sup>83</sup> Ministerio del Interior, Dinamarca. “Report on the Social and Family Effects of Detention”, Copenhagen, 2002, Editorial Willems, p. 202.



por 55 minutos una vez al mes por la suma de 20 dólares anuales.<sup>84</sup>

**En caso que el progenitor o progenitora y sus hijos residan en distintos países o ciudades:** La distancia es un importante impedimento para el adecuado desarrollo del régimen de relación directa y regular presencial, el factor geográfico y económico impide que el contacto personal entre progenitor y niño o niña separados pueda llevarse a cabo con la regularidad deseada, es en consideración a esto que la posibilidad de ejercerlo mediante medios electrónicos puede facilitar el contacto regular con los niños.

En los casos en que el niño o niña es quien se encuentra en el extranjero se suma una dificultad adicional, ya que existe la posibilidad de que la ley chilena no pueda regular ni obligar en territorio extranjero, por ejemplo en aquellos países que no han adherido al convenio de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores y Visitas Internacionales.

---

<sup>84</sup> Prision Society. [[http://www.prisonsociety.org/progs/ifs\\_fvv.shtml](http://www.prisonsociety.org/progs/ifs_fvv.shtml)] consultada con fecha 16 de Abril de 2013.

Adicionalmente se pueden encontrar casos en que el progenitor que posee el cuidado personal, en busca de burlar el régimen de relación directa y regular establecida por Tribunales, decida cambiar de jurisdicción, llegando incluso a someter a los niños a un constante peregrinaje por diversos países, evitando finalmente todo tipo de contacto.

**Casos en que se limite judicialmente el contacto personal a través por ejemplo de Medidas de Protección:** Muchas veces, debido a investigaciones en curso, los padres pueden ser privados del contacto con sus hijos, mediante las medidas de protección del artículo 68 de la Ley de Tribunales de Familia, medidas cautelares especiales del artículo 71 de la Ley de Tribunales de Tribunales de Familia o medidas accesorias del artículo 9 de la Ley de Violencia Intrafamiliar. En estos casos se hace necesario precaver posibles daños a los niños, estableciendo por ejemplo un régimen de relación directa y regular vigilado, o bien, autorizando su ejercicio a través de medios electrónicos, los que minimizan los peligros que podría

haberse representado el juez al momento de determinar las medidas de protección.

De los ejemplos anteriores, se colige que para establecer el ejercicio de la relación directa y regular a través de medios electrónicos se requiere resolver numerosas interrogantes.

En primer lugar es necesario determinar qué medio resulta más eficaz y práctico para su ejercicio.

Han de considerarse variables tales como la infraestructura presente en el hogar del niño beneficiario del régimen, saber si cuenta o no con los materiales necesarios para servir de soporte a los medios electrónicos, por ejemplo un computador, conexión a internet y una cámara web. En caso de no contar con ello, debe determinarse de cargo de cuál progenitor será la obligación de proporcionarlo.

Debe considerarse, con especial atención la edad de los niños, niñas y adolescentes beneficiarios, a fin de adecuar el régimen y soportes a su estadio de crecimiento, de modo que la relación con su progenitor vaya creciendo a medida que lo haga el niño o niña.

También debe atenderse a la capacitación del otro padre beneficiario para poder operar con tecnologías, las que muchas veces pueden ser ajenas a su realidad cotidiana; asimismo debe atenderse a la disponibilidad del padre que posee el cuidado personal del niño, para habilitar y supervisar los contactos a través de medios electrónicos en aquellos casos en que los niños y niñas son de corta edad o cuando se ha suspendido judicialmente la relación directa y regular presencial.

La norma es que para ejercer la relación directa y regular a través de medios electrónicos se requiere de equipamiento, la interrogante recae en determinar quién se hace cargo del costo de la compra, mantención o arriendo de estos equipos. La jurisprudencia revisada con ocasión de esta tesis, establece que es el padre o madre que solicita acceder a la relación directa y regular a través de medios electrónicos, quien debe proporcionar la infraestructura necesaria para su desarrollo. Es así como el servicio de Internet, por ejemplo, debe ser incluido como un ítem más dentro de los gastos a considerar con ocasión de una posible evaluación de pensión alimenticia. En Derecho comparado, los costos de Internet, equipos y

mantención, se distribuyen luego de revisar las capacidades económicas de ambos padres. En el caso de Puerto Rico y algunos Estados en Estados Unidos, si bien no se considera como parte de la pensión alimenticia, si se atribuye al padre que no posee el cuidado personal y que está solicitando el ejercicio de la relación directa y regular a través de medios alternativos al presencial. En Alemania siguiendo la misma línea, la regla es que los gastos sean de cargo del padre solicitante, sin embargo ellos se graduarán conforme a la capacidad económica de cada parte.

En general las legislaciones modernas establecen que debe tomarse en consideración la capacidad económica de ambos padres, puesto que la comunicación a través de medios electrónicos no es exclusivamente en beneficio del padre sin el cuidado personal, sino que se establece fundamentalmente en razón del interés superior del niño o niña. Es preciso tomar en consideración que no puede condicionarse el ejercicio de la relación directa y regular a la situación económica de los padres, puesto que este es un derecho que tiene como principal titular al niño o niña, y sólo se puede suspender cuando vulnera el interés superior de éste.

Al igual que en la relación directa y regular presencial, la relación a través de medios electrónicos requiere de la determinación de un régimen que pueda establecer los días, horarios y modos en que se llevará a cabo el contacto. Es necesario que este régimen no intervenga con los derechos del padre con el cuidado personal ni con las actividades cotidianas del niño o niña. Es así como deben establecerse en conformidad a cada caso y no de forma estricta, puesto que las realidades familiares son distintas y requieren de un tratamiento especial.

**Consideramos necesario determinar:**

El beneficio que aporta al niño, niña o adolescente.

El medio a través del cual se realizará.

El equipamiento necesario.

A quien corresponde pagar por equipamiento, internet y reparaciones.

Calendario y horario de comunicación (establecimiento de un régimen).

Será necesario adecuar cada uno de estos aspectos a las características especiales de cada caso, correspondiendo al juez y consejeros técnicos, de acuerdo a lo establecido de forma general por las leyes, determinar lo que

resulte más justo y beneficioso para los niños o niñas en cada caso concreto, tomando en consideración las particularidades de cada caso, como la edad del niño, niña o adolescente, la distancia geográfica, la capacidad económica de las partes, la relación entre progenitores e hijos, sus conocimientos sobre tecnología y el acceso a ella.

### **C. PROPUESTA DE REGULACIÓN.**

La pregunta que motiva esta investigación dice relación con la necesidad de contar con regulación expresa, que ampare el ejercicio de la relación directa y regular en formas alternativas a la presencial y, los cuestionamientos nos llevaban a preguntarnos acerca de si nuestro ordenamiento cuenta con la regulación suficiente en materia de relación directa y regular, como para poder subsumir dentro de él el ejercicio a través de medios electrónicos.

La relación directa y regular a través de medios electrónicos no es un derecho autónomo, distinto a la relación directa y regular consagrada en el Código Civil, sino una modalidad de ésta, a la cual se aplican todas las normas y criterios establecidos para la misma, por lo que su regulación debe

basarse en primer lugar en lo consagrado por las reglas generales establecidas en el Código Civil.

### **1. Sujetos legitimados.**

Los titulares del derecho a mantener una relación directa y regular, según lo establecido en el artículo 229 del Código Civil son el niño, niña o adolescente, su padre o madre que no cuente con el cuidado personal y además se extiende este derecho a los abuelos.

Consideramos que la reciente modificación, que consagra el derecho de los abuelos a mantener una relación directa y regular con sus nietos una posibilidad cierta a que otros parientes puedan solicitar el mismo derecho, fundamentando vínculos afectivos y familiares con los niños o niñas.

### **2. Objetivo del establecimiento de la relación directa y regular a través de medios electrónicos.**

La modificación al artículo 229 del Código Civil establece que el derecho a mantener una relación directa y regular se ejercerá con la “libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo”. De esta forma, se extiende la posibilidad de



ejercer este derecho a través de distintas modalidades, que podrán ser determinadas en libertad por las partes o posibilitando que el padre o madre que no tenga el cuidado personal pueda solicitarle al juez su regulación.

Pese a que creemos posible subsumir dentro de esta figura la posibilidad de solicitar el derecho a la relación directa y regular por medios electrónicos, tememos que su otorgamiento quedaría entregado sólo al criterio de los jueces o a la buena voluntad del padre o madre que posee el cuidado personal del hijo. Creemos que el avance obtenido con la última reforma a nuestro Código Civil en materia de relación directa y regular, puede verse limitado al no contar con una regulación más específica de vías alternativas al ejercicio de la relación directa y regular presencial. Consideramos necesario contar con los medios electrónicos como una herramienta útil, aconsejable y posible al momento de solicitar la regulación de un régimen de visitas, puesto que no sólo serviría de apoyo a la labor jurisdiccional, sino que podrá servir de resguardo para aquellos padres que deseando contar con ella como complemento a la relación presencial, no cuentan con un sustento legal que los ampare. Así, “los tribunales deberían tener a su

disposición una amplia gama de medidas que permitan salvaguardar y garantizar toda disposición en materias de contacto”<sup>85</sup>.

Hoy en día, la posibilidad de solicitar ejercer el derecho a la relación directa y regular a través de medios electrónicos exclusivamente depende de que el padre o madre que la demande conozca de esta posibilidad. La consagración expresa, sirve de base para consagrar el derecho de las personas a ejercer la relación directa y regular a través de una modalidad distinta a la presencial y para poner en conocimiento de la población de la existencia de alternativas que pueden facilitar el ejercicio de esta.

### **3. Finalidad del establecimiento de la relación directa y regular a través de medios electrónicos.**

El fin perseguido al normar expresamente la relación directa y regular a través de medios electrónicos es resguardar el desarrollo de las relaciones de familia entre padres e hijos y abuelos y nietos.

El interés superior del niño se enfoca de forma fundamental a la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de la vida, para permitirles un

---

<sup>85</sup>Hague Conference on Private International Law, “Contacto Transfronterizo Relativo a los Niños: Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas”. Editorial Jordan Publishing, La Haya, 2010, p. 4.

sano desarrollo físico, psíquico y afectivo al generar vínculos de apego con sus progenitores y familiares cercanos.

La posibilidad de acceder a un contacto electrónico ofrece facilidad y rapidez de conexión, de esta forma pueden estrecharse los vínculos del niño o niña con sus seres queridos, generando una relación de cotidianidad y apego que no siempre puede obtenerse con los regímenes de relación directa y regular presencial.

Es fundamental que la legislación chilena asegure que los niños y niñas tengan acceso continuo, recurrente y directo con sus padres y con quien hayan desarrollado un apego emocional, con la finalidad de asegurarles un correcto y sano desarrollo.

#### **4. Criterios de atribución.**

Tal como nuestro Código Civil establece en su Artículo 229, consideramos que los criterios para establecer la relación directa y regular a través de medios electrónicos deben ser especialmente:

##### **i) La edad del niño o niña.**

Es fundamental que los niños tengan la edad suficiente para poder usar de forma correcta y adecuada a su nivel de desarrollo las herramientas tecnológicas necesarias para esta variante de la relación directa y regular.

**ii) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.**

La finalidad principal de establecer un régimen comunicación por medios electrónicos es fortalecer los lazos afectivos entre la familia, por lo mismo, su establecimiento en cuanto a forma y tiempos dependerá de las necesidades propias de cada situación

**iii) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.**

La necesidad de una comunicación mediante medios electrónicos será proporcional al establecimiento de la relación directa y regular presencial. Mientras vaya creciendo, fortaleciéndose y aumentándose la relación presencial menor será la necesidad de contar con un régimen complementario a él.

**iv) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.**

Además, consideramos relevantes agregar como criterio de atribución a los ya consagrados en el artículo 225 del Código Civil:

- a) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- b) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- c) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular.
- d) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- e) La opinión expresada por el hijo. El niño, como sujeto de derecho, tiene derecho de expresar su opinión libremente, por lo que es fundamental que los procedimientos en los que sea parte procuren entregarle adecuadas oportunidades para ser escuchado.
- f) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- g) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.

h) El domicilio de los padres. La distancia geográfica entre el niño o niña y el padre que no tiene el cuidado personal es fundamental para determinar la necesidad de establecer un régimen de relación directa y regular a través de medios electrónicos. La imposibilidad de mantener una relación cotidiana, por motivos de distancia geográfica, convierte esta herramienta en una solución efectiva para mermar en parte los costos que puede tener para el niño o niña el desapego del progenitor distante.

i) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

## **5. Propuesta de regulación.**

A partir de las consideraciones ya analizadas creemos necesario que se integre a nuestro ordenamiento jurídico una regulación expresa, que consagre el derecho a ejercer la relación directa y regular a través de modalidades alternativas a la presencial, y en específico, al ejercicio de esta a través de medios electrónicos. Para esto, consideramos necesario modificar el artículo 229 del Código Civil y la Ley de Tribunales de Familia

para establecer su fundamento o regularlo a través de la dictación de una ley especial que consagre minuciosamente su existencia.

Al respecto, proponemos modificar el artículo 229 agregando el siguiente inciso:

"La relación directa y regular podrá ejercerse de manera complementaria o supletoria, por vías alternativas al contacto presencial, en especial mediante medios electrónicos que permitan la mantención del contacto regular entre padres e hijos, propendiendo siempre a velar por el interés superior del niño o niña."

Adicionalmente, para una regulación integral, planteamos como necesaria la modificación de la Ley de Tribunales de Familia, tanto en la etapa de mediación previa y obligatoria, como en el llamado de conciliación a que debe realizar el juez en la audiencia preparatoria, indicándose que corresponderá a los auxiliares de la administración de justicia instruir a las partes acerca de la posibilidad del establecimiento de un régimen de relación directa y regular a través de medios electrónicos como complemento al presencial.

## CONCLUSIÓN

A partir del material consultado, hemos logrado concluir la importancia que reviste la regulación de los regímenes de relación directa y regular con posterioridad a una separación o divorcio, especialmente respecto al desarrollo de los niños titulares de este derecho-deber.

Nuestro interés en el ejercicio de la relación directa y regular a través de medios electrónicos, nació en principio de la revisión de diversas causas en que los padres se encontraban residiendo en regiones o países, alejados del lugar donde residían sus hijos. En muchos de estos casos, los titulares de este derecho-deber, contaban con la posibilidad de solicitar el establecimiento de un régimen de relación directa y regular, debido a que sus países de residencia se encontraban adscritos al convenio de La Haya Sobre Sustracción Internacional de Menores y Visitas Internacionales, lo que posibilitaba que las judicaturas de ambos países dieran pie al establecimiento de un régimen presencial que muchas veces complementaban con el ejercicio de la relación directa y regular mediante medios electrónicos. Pese a lo anterior y a lo fructífero que parecía el establecimiento de regímenes complementarios ejercidos por medios



electrónicos, comenzamos a preguntarnos qué pasaría en Chile, por ejemplo, con una solicitud de regular la relación directa y regular a través de plataformas virtuales entre un padre y su hijo que residieran dentro de Chile pero en regiones distintas. En este caso no podría aplicarse el Convenio de La Haya, sino que el establecimiento del régimen quedaría entregado a la labor del juez frente a la falta de acuerdo de los padres y a la información aportada por el solicitante.

En la práctica, si bien existen fallos nacionales que contemplan el ejercicio a través de medios electrónicos como complemento de la relación directa y regular presencial, aún no se constituye una costumbre su establecimiento, ni es reconocido como una herramienta útil por parte de los padres que la desconocen o por parte de los jueces, consejeros técnicos y mediadores no cuentan con la herramienta legal que los lleve a sugerirlo o establecerlo.

Al no estar contemplada la alternativa expresamente en el ordenamiento jurídico chileno, podemos vislumbrar la problemática que se genera tanto a los titulares como a los jueces, al momento de solicitar su establecimiento, por desconocimiento o falta de herramientas para exigirlo, sin embargo podemos apreciar un avance en relación a ello principalmente en fallos relativos a causas internacionales relativas al Convenio de La Haya.

En el ámbito internacional, encontramos distintas causas en que el ejercicio de la relación directa y regular por vías electrónicas se utiliza como sustituto o complemento para la relación directa y regular presencial, especialmente en casos donde el padre o madre se encuentran privados de libertad, con estadías prolongadas en recintos de salud, o bien en aquellos casos en que no existiendo contacto previo entre los titulares de este derecho deber, se hace necesario el inicio de una revinculación, pero la causa más común por la cual encontramos que se regulaba esta forma de ejercicio, es debido a la distancia geográfica entre los titulares de este derecho-deber.

Es en consideración a las causas jurisprudenciales estudiadas que intentamos indagar la posibilidad de subsumir dentro de nuestro ordenamiento el ejercicio de la relación directa y regular por medios electrónicos.

El artículo 229, del Código Civil establece que "El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quién lo tiene a su cuidado según las

convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable."

Podríamos intentar subentender que dentro de esa redacción se encuentra cubierta la posibilidad de solicitar el establecimiento de un régimen sustitutivo o complementario a la relación presencial, que puede ser ejercido mediante medios electrónicos. Sin embargo al poco andar nos encontramos con la negativa del progenitor que tenga el cuidado personal del niño, para admitir dicho ejercicio y la falta de reconocimiento legal para solicitarlo. Es por lo anteriormente expuesto que creemos necesario que se contemple de manera expresa en el ordenamiento para que sea considerado como una herramienta de fácil acceso para los padres solicitantes y para los jueces.

En resumen, creemos necesario regular de forma expresa la posibilidad de ejercer la relación directa y regular a través de medios electrónicos, de manera complementaria o sustitutiva porque hemos logrado establecer que:

1. Constituye una herramienta de utilidad que facilita la mantención del contacto entre los titulares de este derecho-deber cuando se encuentran separados geográficamente o bien cuando el progenitor solicitante se encuentra privado de libertad o internado por largo tiempo en algún recinto hospitalario.

2. Es una muy buena forma de proceder al proceso de revinculación entre los titulares de este derecho deber, atendido los bajos riesgos y mínimos daños que pudiese causar en la vida del niño o niña.

3. Contar con regulación expresa facilita el trabajo del juez, estableciendo criterios a partir de los cuales puede basar su resolución judicial.

4. Permite a los titulares contar con un respaldo legal para poder solicitar su establecimiento.

Todas estas conclusiones tienen como base fundamental agilizar, incrementar y profundizar la relación entre los titulares del derecho a la relación directa y regular, con el objetivo de mejorar las relaciones

familiares, otorgando al niño, niña y adolescente una relación estable y periódica con el padre o pariente que no cuenta con el cuidado personal y que constituye una figura significativa en su vida, de esta forma responder cabalmente a las necesidades de los niños y niñas de una relación familiar estable.

## BIBLIOGRAFÍA

### A.- Textos.

1. ASCENCIO HERNÁNDEZ, ALICIA LEONOR. “El Cuidado de los Hijos en las Familias Disociadas: Criterios de atribución”. Tesis Universidad Adolfo Ibáñez, Valparaíso, año 2000.
2. ALLENDE GOSSENS, SALVADOR. “La realidad médico-social chilena”. Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, Santiago, año 1939.
3. BARCIA LEHMANN, RODRIGO, Custodia compartida de los hijos. Revista IUS et Praxis, Año 18, N°2, Talca, año 2012.
4. BOSSERT, GUSTAVO A. Y ZANNONI, EDUARDO A., “Manual de Derecho de Familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, año 1988.
5. CERVILLA GARZÓN, M. (Ed.), “La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial; IV seminario de estudios jurídicos”. Editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cadiz, Jerez de La Frontera, año 1997.
6. DÍAZ ALABART, SILVIA. “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes allegados (art.106.2 CC)”. En Revista de derecho privado. N° 87, Madrid, Año 2003.
7. EUREKA DISCOVERY TOOLS. Mini Book Eureka: Chile ha cambiado. Edición especial, Santiago, Marzo 2013.
8. GÍL, A., FAMA, M., HERRERA, M., Derecho Constitucional de Familia, Tomo I. Editorial Ediar, Buenos Aires, año 2006.
- 9.- GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ. “El sistema filiativo chileno”. Editorial jurídica de Chile, Santiago, año 2007.

10. GREGORY BATESON, “Pasos hacia una ecología de la mente”, Editorial Lohlé-Lumen, Buenos Aires, año 1998.
11. GUASTAVINO, ELÍAS P., “Bien de familia”. En: Enciclopedia de Derecho de Familia de Lagomarsino - Salerno, Tomo I, Buenos Aires, año 1984.
12. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “Contacto Transfronterizo Relativo a los Niños: Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas”. Editorial Jordan Publishing, La Haya, año 2010.
13. KIELMANOVICH, JORGE, “Procesos de familia”. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1998.
- 14.- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia. Editorial Puntotex, Santiago, año 2005.
15. LATHROP, FABIOLA en “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. Revista chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri N°10, julio 2008.
16. LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. “(In)Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del código civil chileno” Publicado en la Revista Ius et Praxis, Vol. 16, N°2, Universidad de Talca, Talca, año 2010.
17. MINISTERIO DEL INTERIOR DE DINAMARCA. “*Report on the Social and Family Effects of Detention*”. Editorial Willems, Copenhague, año 2002.
18. MOSTERÍN, JESÚS. TEORÍA DE LA ESCRITURA. Icaria Editorial, Barcelona, año 1993.
19. RAMOS PAZOS, RENE. “Derecho de Familia, Tomo II”. Editorial Jurídica, Santiago, año 2001.

20. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, “El derecho de visita”. Editorial Bosch, Barcelona, año 1997.
21. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, 1996. “La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial”. En; Cervilla Garzón, M. (Ed.), “La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial; IV seminario de estudios jurídicos”. Editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Jerez de La Frontera, año 1997.
22. RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA. “El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho de familia”. Legal Publishing, Santiago, año 2010.
23. RODRÍGUEZ SILVA, EDUARDO. “El Correo Electrónico”. Revista Chilena de Derecho Informático, Centro de Estudios de Derecho Informático, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, año 2003.
24. SAMPER POLO, FRANCISCO. “Derecho Romano”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, año 2007.
25. STANLEY WASSERMAN, KATHERINE FAUST, AND DAWN IACOBUCCHI. “*Social Network Analysis: Methods and Applications. Structural Analysis in the Social Sciences*”. Cambridge University Press, Cambridge, año 1994.
26. VALDÉS, XIMENA. “La vida en común: Familia y vida privada en Chile y el medio rural en la segunda mitad del siglo XX”. LOM Ediciones, Santiago, año 2007.
27. ZANNONI, EDUARDO. “Derecho de familia”, tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, año 1978.



## **B. Documentos Electrónicos.**

1. PANTOJA MURILLO, CARLOS. “El Derecho de Visita: Elementos para su comprensión regulación y tutela efectiva”. Año 2007. [[www.poderjudicial.gov.cr/escuelajudicial/](http://www.poderjudicial.gov.cr/escuelajudicial/)]
2. UNICEF, “Documento de trabajo sobre infancia N° 4”. Año 2004. [[http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/95/Infancia4.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/95/Infancia4.pdf)]
3. PÉREZ-VERA, ELISA. “Informe explicativo elaborado en base a la Convención de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores”. Año 1982. [<http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/restitucion-internacional/informe-perez-vera.pdf>]
4. PORRETA, LORENA. “El derecho de otros parientes y de terceros no incluidos en el art 376 bis CC a solicitar un régimen de visitas respecto de menores sujetos a patria potestad”. [<http://www.apadeshi.org.ar/visitasdeparientes.htm>]
5. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS DE CHILE, “Justicia, Informe Anual 2010”. [[http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario\\_de\\_publicaciones/pdf/07\\_11\\_11/justicia\\_2010.pdf](http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/07_11_11/justicia_2010.pdf)]
6. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española (22.a ed.), año 2010. [<http://www.rae.es/rae.html>]
7. RODRIGUEZ, JAVIER. “La comunicación en la familia”. [[http://miscelaneaeducativa.com/Archivos/comunicacion\\_en\\_familia.pdf](http://miscelaneaeducativa.com/Archivos/comunicacion_en_familia.pdf)]
8. GONZÁLEZ, EUGENIA. “La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor”. [<http://www.prodeni.org/Documentos%20pdf/custodia%20compartidaalienaci%C3%B3n%20parental%20inter%C3%A9s%20del%20menor%20trabajo%20uniao.pdf>]
9. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Introducción a Internet”, documento de la [[http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/seminario\\_misiones/intro-internet.pdf](http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/seminario_misiones/intro-internet.pdf)]

10. MINISTERIO DE TRANSPORTE Y TELECOMUNICACIONES, SUBSECRETARIA DE TELECOMUNICACIONES, “Radiografía de Servicios de Internet fija y móvil”, año 2012.

[[http://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo\\_articulos/notas\\_prensa/radiografia\\_internet\\_06septiembre2012.pdf](http://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo_articulos/notas_prensa/radiografia_internet_06septiembre2012.pdf)]

11. DIARIO OFICIAL EL PERUANO.

[<http://www.editoraperu.com.pe/elperuano>]

12. PERIÓDICO EL ECONOMISTA.

[<http://www.economistaamerica.cl/reportajes-en-eAm-chl/noticias/4824690/05/13/Redes-sociales-el-canal-de-comunicacion-mas-utilizado-en-Chile.html>]

13. IAB CHILE. Estudio sobre Redes Sociales.2012.

[<http://www.iab.cl>]

14.- MAGISTRIS, GABRIELA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”.

[[http://www.iin.oea.org/anales\\_xix\\_cpn/docs/Presentaciones\\_ganadores\\_concurso/Gabriela\\_Magistris-Argentina/Trabajo\\_Gabriela\\_Magistris.doc](http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_ganadores_concurso/Gabriela_Magistris-Argentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc)]

15. Encuesta CASEN Año 2012.

[<http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/familia.php>]

16. FUNDACIÓN PATERNITAS. “La fundación Paternitas frente a la situación carcelaria en Chile”.

[<http://www.paternitas.cl/pdf/Historia%20Paternitas%20Completa.pdf>]

18. PRISON SOCIETY OF PENNSYLVANIA. “The Pennsylvania Family Virtual Visitation”.

[[http://www.prisonersociety.org/progs/ifs\\_fvv.shtml](http://www.prisonersociety.org/progs/ifs_fvv.shtml)]

19. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE COLOMBIA. Programa de "Visitas Virtuales".

[<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/InformacionServiciosAlCiudadano/servicioenlinea>]

20. MERTTINS, SWABEY y HUTCHINSON, THOMAS. “Reports of Cases Decided in the Court of Probate and in the Court for Divorce and Matrimonial Causes”. Vol. II. Great Britain Courts. Años 1856-1863. [[http://books.google.cl/books?id=XxMtAQAAAJ&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.cl/books?id=XxMtAQAAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)]

### **C. Fuentes Normativas.**

1. Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial. Chile. 1980. 15a. ed., aprobada por Decreto no. 416, de 22 de enero de 2010, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile. Año 2013.

2. Código Civil de Chile, Santiago, Chile.1855. 19a. ed. oficial, aprobada por Decreto N° 391, de 27 de enero de 2009, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile. 2011. Última modificación el 21 de junio de 2013.

3. Convención de Derechos del Niño, de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Chile en 1990.

4. Convenio de La Haya Sobre Sustracción Internacional de Menores y Visitas Internacionales, adoptada con fecha 25 de Octubre de 1980. Ratificado por Chile con fecha 23 de Febrero de 1994.

5. Ley N° 20.680 que “Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados”. Diario Oficial, Chile, 21 de Junio de 2013.

6. Ley N° 19.585, que “Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”. Diario Oficial, Chile, 13 de Octubre de 1998.

7. Ley N° 16.618, Ley de Menores. Diario Oficial, Chile, 5 de Agosto de 1999.
8. Ley N° 19.711, que “Regula el Derecho a visitas a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres”. Diario Oficial, Chile, 18 de Enero de 2001.
9. Ley N° 19.968, que “Crea los Tribunales de Familia”. Diario Oficial, Chile, 30 de agosto de 2004.
10. Código Civil de la nación Argentina. Aprobado por Ley N°340 en 1869.
11. Código de los Niños y Adolescentes. Aprobado por Ley N°27.337, publicado el 7 de agosto de 2000.
12. Código de Familia de Bolivia. Aprobado por Decreto Ley N°10426 de 23 de agosto de 1972.
13. Código de Familia de la República de Panamá. Aprobado por Ley N°3 de 17 de Mayo de 1994.
14. Código de Utah, Título 30, capítulo 3, Sección 33. Iniciado en 1851. Última modificación Octubre de 2013.
15. Ley de Visitas Electrónicas Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Ley N°264 de 2012.

#### **D.- Jurisprudencia:**

- 1.- Causa Rol Ingreso Corte N° 8.451-2004, Corte de Apelaciones de Santiago, Caratulada “Sierra con Fernández”.
- 2.- Causa RIT C-2806-2007, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, Caratulada “Anglen/Seguel”.

3.- Causa Rol Ingreso Corte N° 8507-2005, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Caratulada “Cruz/Bernstein”

4.-Causa Rol Ingreso Corte N° 16.814-2001, de la Corte de Apelaciones de Concepción. Caratulada “Llanos con Serrano”.

5.- Causa RIT C-5124-2010, del Primer Juzgado de Familia de Santiago. Caratulada “Vergazzoli/Alarcón”.

6.- Gilbert v. Gilbert, N°20060306, 2007, ND66, Supreme Court of North Dakota. Estados Unidos.

7.- Cochrane v. Graef, 2010 ONSC 4479, Court N°132/08 , Superior Court of Justice, Ontario, Canadá.

8.- Causa caratulada F.S. c/ C.E., Tribunal Colegiado de Familia de Rosario N°5, de fecha 30 de diciembre de 2008. Argentina.

## ANEXO JURISPRUDENCIA

### 1. JURISPRUDENCIA NACIONAL

**CASO 1.- “VERGAZZOLI / ALARCÓN” C-5124-2010. 1ºJUZGADO DE FAMILIA DE. SANTIAGO.**

#### ACTA DE AUDIENCIA PREPARATORIA DE REGIMEN COMUNICACIONAL

FECHA	Veintiocho de abril de dos mil once		
RUC	10- 2-0383071-3		
RIT	<b>C-5124-2010</b>		
MAGISTRADO	<b>PILAR HENRÍQUEZ FELIÚ</b>		

HORA DE INICIO	09:50		
HORA DE TERMINO	10:05		
MENORES	[REDACTED], de 7 y 5 años de edad.		
<u>PARTE DEMANDANTE NO COMPARECIENTE</u>	[REDACTED], Run [REDACTED], ciudadano italiano, agente empresarial, domiciliado en [REDACTED], Milán, Italia.		
ABOGADO	[REDACTED], Run		
<u>PARTE DEMANDADA COMPARECIENTE</u>	[REDACTED], Run [REDACTED], chilena, ingeniero comercial, domiciliada en [REDACTED].		

Siendo las 09:50 horas se da inicio a la presente audiencia con la comparecencia de la parte demandada y su apoderado y los abogados del demandante, con poder para actuar en estos autos, todos los que, asesorados por la profesional del consejo técnico, han llegado a la siguiente conciliación:

**CONCILIACIÓN:**

**En cuanto al Régimen Comunicacional.-**

Como cuestión fundante de este acuerdo se pacta que las niñas y su padre, el demandante en estos autos, se someterán a un régimen progresivo de revinculación a realizarse por el CEAC de la Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez, en primer término, o la Fundación Templanza, como segunda opción, sirviendo la presente acta como suficiente y atento oficio remitido para dicha institución, la que deberá dar cuenta escrita y en forma trimestral al tribunal de los avances de la terapia. Dicho régimen comenzará con las vacaciones de invierno de las niñas.

El régimen comunicacional se efectuará según las siguientes disposiciones:

- Vacaciones de invierno de las niñas: el padre verá a sus hijas todos los días de dicho periodo entre las 11 a 18 horas, sin pernoctación.
- Durante el mes de enero de 2012: el padre verá a sus hijas durante tres semanas, cada día entre las 10 a 19:30 horas, con supervisión y asesoría del profesional que realice el tratamiento de revinculación. La pernoctación estará sujeta a la opinión y evaluación de dicho profesional y no podrá exceder, en caso de darse, los dos días continuos. Se deja constancia que será de cargo del padre trasladar a las niñas al lugar dónde se realice la terapia.

- En enero de 2014: se evaluará al inicio de aquella temporada la pertinencia de que el padre pase en Chile dos semanas vinculado con sus hijas con pernoctación continua. Si esto ocurriese se evaluará al año siguiente la opción de que las niñas puedan viajar fuera de Chile con su padre y si no se dieran las condiciones para ninguna de aquellas opciones, se reevaluarán éstas al año siguiente y así sucesivamente hasta lograr la salida de las niñas por dos semanas con pernoctación o bien, la salida de éstas con destino al extranjero por dos o tres semanas.
- Los gastos que se originen a propósito de la terapia y los traslados de las niñas a ésta, serán de cargo del padre.
- En caso que las niñas viajen en avión deberán ser acompañadas por su padre o, en su defecto, por un tercero adulto de confianza de los padres y las niñas siendo los costos del viaje de cargo del padre.
- Los padres permitirán que las niñas se comuniquen, sin restricción, con el otro progenitor con quién no se encuentren en ese momento. Dicha comunicación será por vía telefónica u otra que sirva para aquél efecto y será, al menos, una por día.
- El padre se obliga a llamar por teléfono a sus hijas en fechas importantes tales como cumpleaños, fiestas, navidad, etc.
- Las partes le comunicaran al otro padre cualquier cambio de residencia temporal o definitivo que realicen y dicha comunicación deberá materializarse por cualquier medio idóneo, acompañado dirección y nuevos números de teléfono, si los hubiere. Sin perjuicio de lo anterior, se pacta que las comunicaciones de hechos formales, oficiales y relevantes tales como alguna restricción, ampliación o modificación excepcional, se realicen por correo electrónico.
- La madre facilitará que el padre habilite un computador y otros elementos tecnológicos asociados para que éste pueda comunicarse con las niñas. Sin perjuicio de ello y si la madre cuenta con dichos elementos, los proporcionará a efectos de que este punto pueda cumplirse.
- La madre deberá enviar al padre, trimestralmente, fotografías de las niñas a [REDACTED]@[REDACTED].cl
- La madre seguirá registrando al padre en el colegio a efectos que este último recabe información académica de las niñas por sistema computacional.
- El padre se obliga a no exponer a las niñas ante medios de comunicación.
- En el evento que el abuelo paterno de las niñas viaje a Chile, estará habilitado para visitarlas.

Se deja constancia, y forma parte del acuerdo que, en el evento que el padre no retorne a las niñas en la fecha que corresponda, se considerará como retención ilícita de éstas al tenor de lo dispuesto en la Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños.

**TRIBUNAL RESUELVE:**

Se tiene por aprobada la conciliación en todo aquello que no sea contrario a Derecho, el que deberá ser cumplido de buena fé y tendrá el efecto de sentencia definitiva para todos los efectos legales.

Se pone fin a la audiencia quedando las partes notificadas personalmente de lo resuelto.

RESOLVIÓ DOÑA PILAR HENRÍQUEZ FELIÚ, JUEZ TITULAR DEL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO

2.- CASO 2 “RICHIARDI / CANDIA” C-236-2011. JUZGADO DE FAMILIA DE CASABLANCA.

**PLANTILLA DE ACTA DE AUDIENCIA PREPARATORIA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR**

FECHA	Dieciséis de Junio de dos mil once
RUC	11-2-0203901-6
RIT	C-236-2011
SALA N°	2
MAGISTRADO	<b>Carolina Loreto Yáñez Cañas</b>
HORA DE INICIO	10:15
HORA DE TERMINO	11:02
DEMANDANTE <b>NO COMPARECE</b>	[REDACTED]
ABOGADO <b>COMPARECE</b>	[REDACTED]
DEMANDADA <b>COMPARECE</b>	[REDACTED], Cédula de Identidad N° [REDACTED] domiciliada en [REDACTED].
ABOGADO <b>COMPARECE</b>	[REDACTED]



### **I.- Parte preliminar:**

1.- Se da inicio a la audiencia programada para el día de hoy, con la comparecencia de las partes precedentemente individualizadas.

2.- Llamadas las partes a una solución colaborativa, esta se produce en los siguientes términos.

Quedando lo obrado, grabado en forma íntegra en el registro de audio del Tribunal

### **II.- Conciliación:**

Casablanca, a dieciséis de junio de dos mil once.

\* Llamadas las partes a conciliación, éstas han arribado al siguiente acuerdo:

**PRIMERO** : Que se establece un régimen de visitas en favor del menor [REDACTED], Cédula de Identidad [REDACTED], 5 años de edad, en el sentido de que su padre don [REDACTED], lo podrá visitar 2 veces en el mes, la segunda y cuarta semana de cada mes a contar del 08 de Julio del año en curso, y así sucesivamente, los días sábados y domingos, sin derecho de pernoctación y los horarios fluctúan entre las 10:00 horas hasta las 18:00 horas . Se hace presente que es el padre quien debe retirar y retornar al menor del domicilio materno, pudiendo entregar al menor a cualquier familiar en el domicilio de la madre.

**SEGUNDO** : También en este acto las partes han acordado que se dispondrá de comunicación telefónica o por correo electrónico cuando el padre así lo requiera pudiendo este llamar por teléfono a su hijo. El menor dispone de un teléfono celular N° [REDACTED].

**TERCERO** : Además se establece que el día 28 de Octubre y 01 de Enero, el niño pasara ese día con su padre en el mismo horario señalado precedentemente.

**CUARTO** : Que este acuerdo se establece por el término de 6 meses, teniendo en consideración que el niño no tiene apego con su padre, por lo tanto el Tribunal no puede acceder a un régimen de visitas más amplio que el ya regulado y que al cabo de los 6 meses, las partes se pondrán de acuerdo para modificar el régimen de visitas de común acuerdo o el Tribunal lo hará si es que alguna de las partes lo solicita con mejores antecedentes.

- El Tribunal tiene por aprobado el presente avenimiento en todo lo que no fuere contrario a derecho, haciendo presente a las partes que este acuerdo tiene el mismo valor que una sentencia definitiva, por lo que se deber cumplir en forma íntegra y oportuna.

Con lo obrado se pone término a la audiencia, quedando las partes notificadas en forma personal.

Regístrese, anótese y archívese en su oportunidad.

RIT : C-236-2011

RUC : 11-2-0203901-6

Registro integro de la audiencia se guarda en formato de audio de fecha 16 de Junio de 2011, según acuerdo de la Excelentísima Corte Suprema.

Resolvió doña Carolina Loreto Yáñez Cañas, Juez Titular del Juzgado de Familia de Casablanca

CASO 3: “LEYES/MADARIAGA” C-507-2010. JUZGADO DE FAMILIA DE VALPARAISO.

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUICIO**  
**CONTENCIOSA GENERAL**

FECHA	Valparaíso, a diez de Septiembre de dos mil diez
RUC	10-2-0132115-3
RIT	C-507-2010
MAGISTRADO	<b>MARCIA QUINTANILLA PONCE</b>
HORA DE INICIO	08:44
HORA DE TERMINO	09:36
MENOR	[REDACTED], DNI ARGENTINO N° [REDACTED]
PARTE DEMANDANTE <u>NO COMPARECE</u>	[REDACTED], argentino, domiciliado en calle [REDACTED], Buenos Aires, Capital Federal, República Argentina.
ABOGADO COMPARECIENTE	[REDACTED]
PARTE DEMANDADA COMPARECIENTE	R [REDACTED], DNI ARGENTINO N° [REDACTED], domiciliada en [REDACTED], Valparaíso.

**I.- Parte preliminar.**

SSa. deja constancia que se da inicio a audiencia de juicio con la comparecencia del apoderado de la parte demandante y la demandada, antes individualizados, quienes son escuchados.

El apoderado de la parte demandante señala que se encuentra pendiente el informe de calificación diagnóstica a evacuar por el DAM Pilleltu.

**II.- Audiencia confidencial:**

En virtud del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República, los artículos 16, 68 inciso final, 69 inciso final de la Ley 19.968, y el artículo 3 de la Convención

Internacional sobre los Derechos del Niños, se mantiene entrevista con la niña [REDACTED]

Todo lo anterior queda registrado íntegramente en el audio de la presente audiencia.

### **III.- Conciliación:**

Las partes, en forma libre y espontánea y con pleno conocimiento de sus derechos han arribado al siguiente acuerdo:

1. Que la niña permanecerá con su padre desde el día 29 de Diciembre o 28 de diciembre en el evento que por pasaje haya problemas, por 15 días este año, extendible hasta que la niña lo desee. Debiendo regresar a más tardar a fines de Febrero.
2. La niña estará con el padre la primera semana de vacaciones de invierno, siendo la abuela paterna la vendrá a recoger.
3. La niña tendrá contacto telefónico todos los días domingo con el padre, debiendo este llamarla entre las 20:00 horas y 21 horas.
4. El padre deberá viajar una vez al año para visitar a su hija, preferentemente en una fecha cercana a su cumpleaños.
5. Para el próximo año las vacaciones comenzarían entre el día 13 o 14 de diciembre dependiendo del pasaje y la niña permanecería con el padre hasta más tardar el día 28 o 29 de diciembre, extendible también hasta fines de Febrero en el evento que la niña así lo desee.
6. A demás se establece que la niña deberá comunicarse con su madre vía correo electrónico o Facebook o telefónicamente para informarle que llego bien y mantener un contacto con su madre a lo menos una vez por semana todos los días domingo entre las 20:00 horas y 21:00 horas.

El Tribunal aprueba el acuerdo arribado entre las partes en todo aquello que fuere conforme a derecho y a la competencia de este Tribunal. Que tiene valor de sentencia

Las partes quedan personalmente notificadas de lo resuelto.

Regístrese y archívese.

Se prescinde del informe de calificación diagnostica infórmese al DAM correspondiente. Con lo obrado se pone término a la presente audiencia, quedando los comparecientes notificados de todo lo resuelto.

Registro integro de la audiencia se guarda en formato de audio, según acuerdo de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 28 de enero de 2002.

Dirigió la audiencia, doña MARCIA QUINTANILLA PONCE, Juez Titular, del Juzgado de Familia de Valparaíso.

**CASO 4: “ANGLEN/SEGUEL” C-2806-2007. SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.**

Santiago, nueve de mayo de dos mil ocho.

**VISTOS:**

1.- - Que ante este Tribunal ha comparecido doña [REDACTED], abogada, directora general de la Corporación de Asistencia Judicial, domiciliada en calle Agustinas 1419, Santiago centro, en representación primero del Estado de Chile y segundo de don [REDACTED], estadounidense, domiciliado en [REDACTED], Estados Unidos de América, y solicita que en aplicación de la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, se regule un régimen comunicacional en su favor y del niño [REDACTED]. Intenta la acción en contra de la madre del citado niño, doña [REDACTED], casada, run [REDACTED], domiciliada en calle [REDACTED], Las Condes.

2.- Que se llamó a las partes a audiencia preparatoria, la que tuvo lugar el día 21 de agosto de 2007, suspendiéndose a solicitud de ambas partes.

3.- Que con fecha 11 de diciembre de 2007 se continuó con la audiencia preparatoria, oportunidad en que la parte demandante ratificó su demanda, oponiéndose la demandada sólo en cuanto a que el régimen comunicacional se desarrolle fuera del país. La conciliación y derivación a mediación no prosperaron y por el tribunal se fijó el objeto del juicio, los hechos a probar y se dictó resolución que citó a audiencia de juicio.

**Y CONSIDERANDO:**

4.- Que con fecha 29 de abril de 2008, continuada con fecha 5 de mayo de 2008, se llevó a efecto audiencia de juicio, oportunidad en que por las partes se rindió prueba documental.

*PRUEBA PARTE DEMANDANTE.*

5.- Que la **documental** se incorporó con su lectura resumida y consistió en *certificado de nacimiento* de [REDACTED] que da cuenta que es hijo de [REDACTED] y [REDACTED] y que nació con fecha 23 de abril de 2003; *informe de psicóloga clínica* Marci M Manna que da cuenta que se atendió al Sr. [REDACTED] en diciembre de 2005 y no observó evidencia alguna de problemas con el manejo de la ira e *informe de Linda Coker*, directora de centro cristiano comunitario de terapia, de fecha abril de 2008, que da cuenta que el actor ha sido abogado de condado Taney de Missouri por 17 años y en visitas practicadas a aquel no se han detectado problemas de control de su temperamento.

*PRUEBA PARTE DEMANDADA:*

6.- Que la documental se incorporó con su lectura resumida y consistió en *copia de sentencia* de fecha 29 de julio de 2005 dictada por doña Rocío Pérez Gamboa, juez suplente del 25vo Juzgado Civil de Santiago que condenó a Randall Stuart Anglen a asistencia de programa terapéutico en el marco de procedimiento de

violencia intrafamiliar iniciado por doña [REDACTED]; *copia de sentencia* de fecha 28 de septiembre de 2006 de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago que revoca sentencia de 1er grado y en su lugar rechaza petición de restitución inmediata del niño [REDACTED] y la entrega a su padre [REDACTED]; *copia de resolución* de fecha 11 de diciembre de 2006 de la Excma. Corte Suprema que rechaza recurso de queja intentado contra los jueces de la Itma Corte de Apelaciones; *copias de correos electrónicos*; *presentación* efectuada con fecha 1 de agosto de 2007 al 1er Juzgado de Familia de Santiago en el cual se pide por la demandada el cumplimiento de lo resuelto por el 25vo Juzgado Civil de Santiago; *copia de querrela* por delito mayor de secuestro de niño y felonía seguida contra [REDACTED] en el Estado de Missouri, de fecha Agosto de 2007; *copia de informe psicológico* de fecha Julio de 2005 respecto de [REDACTED] y [REDACTED], practicado por Patricia Pozo Cavieres, psicóloga del 25vo Juzgado Civil de Santiago e *informe psicosocial* de fecha 23 de abril de 2005 respecto del niño [REDACTED] practicado por la unidad de intervención en crisis del Servicio Nacional de Menores(Sename).

#### *DILIGENCIAS DEL TRIBUNAL.*

7.- Que por el tribunal se dispuso la práctica de *informe psicológico* respecto del niño [REDACTED], lo que fue cumplido por doña Verónica Romo, psicóloga del programa Dam Ñuñoa, informe que refiere que el niño presenta un vínculo estrecho y afectivo con su madre y que la figura paterna aparece presente como una idealización familiar, refiriendo deseos de estrechar dicho vínculo. Que el niño fue expuesto a dinámicas de violencia intrafamiliar generadas por el padre y que resulta necesario propiciar una vinculación progresiva y paulatina del niño con su padre. Que asimismo se recabó *informe social* respecto de la demandada, diligencia cumplida por la municipalidad de providencia.

8.- Que asimismo se dispuso por el tribunal la concurrencia a audiencia de la perito psicóloga Verónica Romo, para aclarar su informe. Igualmente se dispuso escuchar al consejo técnico del tribunal. Lo anterior se cumplió en audiencia del 5 de mayo de 2008, oportunidad que la perito *Verónica Romo* expresó que le niño no tiene imagen agresiva ni hostil del padre, que la figura de éste le despierta curiosidad, que su informe lo elaboró tras una sesión de 90 a 120 minutos. Que respecto a la presunta violencia intrafamiliar generada por el padre, tal aserto lo fundó en los dichos de la madre y antecedentes escritos que le fueron exhibidos y que no hay secuela de interacción violenta con el padre. Por su parte el *consejero técnico del tribunal, Psicólogo Alexis Santibáñez* fue de la opinión que no hay impedimento ni situación de vulneración grave de derechos que pudiese impedir la regulación de un régimen comunicacional. Que la imagen idealizada del niño hacia su padre permite dar pie para regular tal régimen. Que el niño tiene resiliencia y no evidencia sufrir triangularización ni contaminación en el conflicto entre sus padres. Que la relación del niño con su madre es sana y no simbiótica y le permitirá vincularse con otra figura de apego, vale decir, el padre. Que a su parecer esta relación comunicacional debe darse progresivamente, pero en forma sistemática y ordenada en el tiempo, con un contacto

que puede darse en forma no presencial, pero también presencial, con acercamiento autónomo con el padre en nuestro país y que una vez generado el lazo afectivo y de confianza permitirá su viaje a Estados Unidos bajo responsabilidad paterna.

9.- Que en este procedimiento no ha existido oposición de la demandada a regular un régimen comunicacional y su oposición lo ha sido al evento que el niño pueda viajar a Estados Unidos y a que el régimen comunicacional lo sea en Chile bajo supervisión. Así de lo que se trata es determinar la conveniencia para el niño [REDACTED] de permitir que el régimen comunicacional se desarrolle fuera de nuestro país y que en Chile, sea sujeto a supervisión. Que al efecto la parte demandada ha rendido prueba documental que ha dado cuenta de la existencia procedimiento de violencia intrafamiliar seguido contra el actor y en el cual se le condenó a terapia, probanza que no permite establecer un patrón de violencia intrafamiliar sino que más bien da cuenta de un hecho aislado en la relación marital de los padres. En cuanto a las resoluciones acerca de procedimiento de “entrega de menor” nada aportan a lo controvertido en este juicio y los informes psicológico y psicosocial datan de más de 2 años atrás. Que por lo demás, con el informe psicológico ordenado por el Tribunal, comparecencia en juicio de la perito Verónica Romo y opinión del consejero técnico ya citado, es posible para este Juez afirmar que no hay impedimento para que el padre se relacione con su hijo en nuestro país, sin que aparezca como necesaria una supervisión, puesto que no hay antecedente que permita afirmar que el padre sea una figura hostil o de peligro para su hijo. Que con todo este régimen comunicacional ha de desarrollarse progresivamente, puesto que la imagen del hijo hacia su padre se encuentra idealizada por el mero contacto no presencial sostenido hasta la fecha vía internet y telefónico, precisándose que el contacto se haga presencial, de tal manera de generar lazos afectivos y de confianza entre el hijo, su padre y entre los propios progenitores. Que sólo logrado lo anterior aparece como plausible que el niño viaje a Estados Unidos para relacionarse directamente y regularmente con su padre y familia extendida paterna. Así las cosas y en consecuencia se dará lugar a la demanda y así se declarará.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en los artículos 229 del Código Civil; 55 y siguientes de la ley 19.968 y disposiciones de la Ley 16.618, se resuelve:

1. - Que **HA LUGAR** a la demanda interpuesta por doña [REDACTED] en representación del Estado de Chile y de don [REDACTED] en contra de doña S [REDACTED], todos ya individualizados.

2. - Que en consecuencia se regula el siguiente régimen comunicacional directo y regular en favor de don [REDACTED] y del niño [REDACTED]:

- a) Contacto vía Web Cam y telefónico, los días lunes y jueves desde las 19.00 horas y hasta las 21.30 horas.
- b) dos semanas en el mes de Julio de cada año, a partir del 2do lunes de tal mes, desde las 11.00 horas y hasta las 20.00 del último día, a contar de Julio de 2007.

- c) Cuatro semanas en el mes de Enero de cada año, a partir del 1er lunes de tal mes a las 10.00 horas y hasta las 21.00 horas del último día, a contar de enero de 2009.
- d) Que el régimen comunicacional regulado en las letras B y C se desarrollará en Chile, por los meses de Julio de 2008 y Enero de 2009, debiendo el padre concurrir al domicilio de la madre a retirar y devolver al niño.
- e) Que a contar de Julio de 2009 el régimen podrá desarrollarse en los Estados Unidos de Norteamérica o en Chile, a elección del actor, bastando la copia autorizada de la presente resolución de suficiente autorización de viaje, por el término y destino referidos.
- f) Que en los períodos que el niño permanezca con su padre, será deber de éste velar por el contacto diario, telefónico o virtual, de [REDACTED] con su progenitora.

3. - Que cada parte pagará sus costas.

REGISTRESE.

ARCHÍVESE EN SU OPORTUNIDAD.

**RIT C-2806-2007.**

**RUC 07-2-0204330-K.**

DICTADA POR DON HERNAN LOPEZ BARRIENTOS, JUEZ TITULAR DEL SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.

#### **CASO 5: “ANGLEN/SEGUEL” CORTE SUPREMA. CUARTA SALA.**

Santiago, treinta y uno de diciembre de dos mil ocho.

##### **Vistos:**

En estos autos, RIT N° C-2806-2007, RUC N° 07-2-0204330-K, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, caratulados Anglen con Seguel, por sentencia de primer grado de nueve de mayo del año en curso, que se lee a fojas 95 de estos antecedentes, se acogió la demanda deducida por doña [REDACTED], en representación del Estado de Chile y de don [REDACTED] en contra de doña [REDACTED], regulándose un régimen comunicacional directo y regular a favor del actor respecto de su hijo el menor [REDACTED], en la forma que se allí se indica.

Se alzó la demandada y una de las salas de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, por fallo de treinta de julio del año en curso, escrito a fojas 208, confirmó la sentencia apelada.

En contra de esta última decisión la demandada, dedujo recurso de casación en el fondo el que pasa a analizarse.

Se trajeron los autos en relación.

##### **Considerando:**

**Primero:** Que por el presente recurso se denuncia en primer lugar la infracción del artículo 32 de la Ley 19.968. Sostiene, la recurrente que conforme a dicha disposición la

apreciación de la prueba en estas materias se debe realizar conforme a las reglas de la sana crítica, lo que implica que no pueden contradecirse los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, debiendo hacerse cargo la sentencia en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que se hubiere desestimado, debiendo indicarse en tal caso las razones para ello. Alega que el fallo atacado no ha valorado la totalidad de las probanzas allegadas al proceso, en especial los informes periciales emitidos por la psicóloga y la asistente social que examinaron la situación del menor y de su madre.

Señala que se han contrariado los conocimientos científicamente afianzados y que no se han hecho cargo los sentenciadores de lo sugerido por la profesional que entrevistó. Señala que se han contrariado los conocimientos científicamente afianzados y que no se han hecho cargo los sentenciadores de lo sugerido por la profesional que entrevistó al niño la psicóloga doña Verónica Romo, en cuanto sugiere que en función del interés superior del niño se mantenga el cuidado de éste a cargo de su madre y que se propicie un contacto directo y regular con el padre, pero en forma paulatina y progresiva, siendo necesario para ello establecer el cumplimiento de ciertos requisitos, esto es, es que se evalúen las habilidades parentales y el entorno social del padre para hacerse cargo del niño en períodos de relación directa y que se aclaren los procesos pendientes en torno a las limitaciones o riesgos que podría presentar para la madre el acompañar al menor a visitar a su padre a Estados Unidos.

Indica que esta prueba constituye la base primordial en un juicio sobre esta naturaleza, la que por lo demás fue ratificada plenamente por la perito quien declaró en el juicio, sin embargo, ella no fue ponderada por el tribunal, el que siguió en este sentido la opinión del Consejero Técnico, el que a diferencia de la pericia en cuestión, no entrevistó al menor de autos. Por lo demás, incluso este Consejero también indicó que el viaje con el padre sólo debe producirse cuando exista lazo afectivo y de confianza entre éste y el menor, lo que ha sido demostrado y no se ha establecido ningún mecanismo para constatar esta circunstancia.

Expresa que no se ha considerado el informe social emitido por doña Claudia Villegas Inzunza, el que entrega una visión completa de familia del niño, concluyendo que éste se encuentra en buen estado. Por otra parte, reclama porque en el motivo noveno de la sentencia atacada se concluye que no es posible establecer un patrón de violencia del demandante, en circunstancias que las principales piezas de dicho proceso acreditan que éste se refugió en la embajada de su país con el menor en abierto desafío a la justicia chilena.

Por otra parte, manifiesta que tampoco han sido considerados los procesos judiciales que se han generado entre los padres por el menor, los que revelan la conducta del actor y la protección que se le ha brindado al niño por la justicia chilena y el hecho que la madre se encuentre afectada por una medida de apremio dictada por tribunal extranjero que conoció de causa por secuestro deducida en su contra por el actor. Por otra parte, manifiesta que tampoco han sido considerados los procesos judiciales que se han



generado entre los padres por el menor, los que revelan la conducta del actor y la protección que se le ha brindado al niño por la justicia chilena y el hecho que la madre se encuentre afectada por una medida de apremio dictada por tribunal extranjero que conoció de causa por secuestro deducida en su contra por el actor.

Además, sostiene que no resulta procedente que se hayan aceptado informes emitidos en Estados Unidos de América respecto del Sr. [REDACTED] que aluden a que éste es capaz de contener la ira, pero nada dicen en cuanto a si tiene habilidades parentales.

En un segundo capítulo se denuncia la vulneración del artículo 225 del Código Civil, en relación con el 13 letra b) y 17 de la Convención de la Haya, argumentando al efecto, que la primera disposición citada establece que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. Sin embargo, la sentencia atacada no protege el derecho del niño a ser retornado al hogar materno, no habiéndose evaluado la alegación de esta parte en orden a que éste tiene la calidad de ciudadano norteamericano, a que el padre se adjudicó su tuición y que existe una causa criminal en contra de la madre, todo lo cual hace que exista un evidente riesgo de que el menor no retorne luego a Chile, después de las visitas fijadas.

En tercer lugar se invoca la infracción del artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, puesto que el menor de autos no fue escuchado por el tribunal, habiéndolo hecho sólo la psicóloga Sra. Romo y la Asistente Social, ambas profesionales que no fueron consideradas en sus pericias por los sentenciadores.

En último lugar se denuncia la conculcación del artículo 3° N°1 de la Convención de los Derechos del Niño (Decreto N°830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores), alegando que en el fallo impugnado no se ha atendido al interés superior del menor sino más bien al del padre, pues, no se ha considerado que el niño lleva viviendo más de tres años con su madre y que el reencuentro con su padre provocará un gran desajuste en su vida, por lo que debe haber una etapa previa de adaptación y que existe el temor y peligro concreto que el padre no cumpla con lo resuelto por los tribunales chilenos.

Sostiene que se ha desatendido el interés superior del menor, al establecerse un sistema que permite la entrega de éste a su padre sin fijarse reglas previas de adaptación siguiendo los lineamientos dados por los peritos sobre la materia, en el sentido que el régimen previo debe establecerse en forma controlada y en el país.

**Segundo:** Que para una adecuada resolución del asunto planteado en el recurso, es necesario tener presente lo siguiente:

1) a través de la acción deducida el actor, representado por la Directora de la Corporación de Asistencia Judicial solicita en aplicación de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños se establezca un régimen comunicacional a su favor, respecto de su hijo.

2) la demandada no se opone al establecimiento de un régimen de esta naturaleza, pero si a que el menor viaje a Estados Unidos, alegando que el sistema debe desarrollarse en Chile y bajo supervisión.

3) los sentenciadores concluyeron que no hay impedimento para que el padre se relacione con su hijo en este país, sin que aparezca necesaria la existencia de una supervisión, al no existir antecedentes de que éste sea una figura hostil o de peligro para su hijo. Se tiene en consideración que el contacto entre padre e hijo ha sido hasta la fecha sólo vía internet y telefónico, de manera que deben generarse lazos afectivos y de confianza entre éstos y los propios progenitores, y que sólo una vez producido ello, aparece plausible que el niño viaje a Estados Unidos de América para relacionarse directa y regularmente con su padre y la familia de éste.

4) el tribunal acogió la demanda estableciendo un régimen comunicacional directo y regular a favor del actor, padre del menor de autos. Dicho sistema contempla la permanencia del menor junto al padre durante cuatro semanas en el mes de enero y dos en julio. Pero, en un primer período, es decir, en julio de 2008 y enero de 2009, esto se verificará en Chile, debiendo retirar el actor al hijo desde el domicilio materno y devolverlo allí; pudiendo luego verificarse en Estados Unidos de América, a elección del padre.

**Tercero:** Que en este tipo de materias la prueba rendida debe ser apreciada conforme a la sana crítica, la que debe entenderse constituida especialmente por las reglas de la experiencia y de la lógica. En este contexto, el examen de los elementos del juicio debe conducir lógicamente a la conclusión vertida en la respectiva decisión, debiendo versar sobre la integridad de la prueba y considerar la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las probanzas o antecedentes del proceso, de manera tal que la decisión a la que se arribe mediante el proceso de valoración, sustente el convencimiento del tribunal y pueda justificarse ante los destinatarios de la misma.

**Cuarto:** Que de los antecedentes, se establece que el menor de autos, de cinco años de edad actualmente, dejó de tener un contacto cercano y regular con su padre, desde muy pequeño, permaneciendo al cuidado de su madre y sólo a partir de la dictación de la medida cautelar decretada en autos, se reestablece el contacto entre ambos, el que se verifica en forma telefónica y por internet. Lo anterior, revela que la relación entre ellos se encuentra en un grado de desarrollo aún precario, lejos aún de consolidarse. Dicha circunstancia unida a la condición etaria del menor y a las características que han rodeado la separación de sus padres, principalmente las disputas judiciales que se han generado al respecto, constituyen elementos fundamentales que debieron ser considerados especialmente por los sentenciadores, de manera de resguardar el interés superior del niño, al fijarse el régimen comunicacional en análisis.

**Quinto:** Que, en el caso sub lite, sin embargo, tales circunstancias no aparecen observadas por los sentenciadores, no por lo menos de la manera necesaria, puesto que de haberse cumplido con ello, lógicamente no se habría fijado el sistema que se consigna en el fallo atacado, que permite la salida de un menor a partir de los seis años con su padre a Estados Unidos, con quien aún no se ha desarrollado el vínculo filial y el apego,

presupuestos necesarios para afiatar y estrechar la relación entre ambos, lo que resulta contrario a las máximas de la experiencia y a las de la lógica, pues la observancia de tales elementos determinan que lo adecuado y prudente es establecer un sistema paulatino que respete y vele por el bienestar del menor, en el entendido que dicho concepto comprende el resguardo de su seguridad no sólo física sino que también emocional; tal como lo aconsejan los profesionales expertos que han informado y/o declarado en el proceso.

**Sexto:** Que en este sentido, cabe señalar que si bien los propios sentenciadores manifiestan en el fallo atacado que el contacto o relación entre las partes debe darse en la forma indicada en el motivo anterior, lo cierto es que ello no se condice con la posibilidad que el menor pueda salir en un tiempo cercano a Estados Unidos con su padre en virtud de el régimen en cuestión, en la época fijada, esto es, a partir de julio de 2009.

**Séptimo:** Que conforme a lo señalado no puede sino concluirse que la sentencia atacada no cumple con las exigencias que la sana crítica impone. En efecto, los sentenciadores no han valorado íntegramente todas las probanzas allegadas al juicio, de la manera que la ley establece, limitándose a efectuar en algunos casos un examen parcial de los mismos, no observándose la debida fundamentación lógica y armónica que debe existir entre los razonamientos y conclusiones que se consignan en el fallo en análisis.

**Octavo:** Que al respecto, cabe señalar que el examen y apreciación que los jueces del grado han hecho del informe pericial practicado por la psicóloga doña Verónica Romo, se ha limitado a mencionar ciertas circunstancias o situaciones de que da cuenta el mismo, pero no abordan ni se hacen cargo de las principales conclusiones y sugerencias que la profesional hace en relación a la materia discutida, dada la situación del menor y que apuntan a la necesidad de establecer una vinculación paulatina y progresiva entre el padre y el hijo y que el contacto regular debe ser precedido por el cumplimiento de ciertas exigencias que apuntan a aclarar la situación del padre en cuanto a sus habilidades parentales y la madre respecto a la posibilidad de acompañar al menor al extranjero.

**Noveno: Noveno:** Que al respecto, cabe tener presente que en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone por lo demás, el artículo 16 de la Ley 19.968 y, aún cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad.

**Décimo:** Que en el caso de autos se establece que el interés superior del niño no ha sido considerado debidamente, puesto que la decisión de los sentenciadores desatiende la situación en la que se encuentra el menor y no le brinda la debida protección en la regulación del sistema de comunicación que establece a favor del padre. En efecto, la determinación de tal régimen comunicacional, no se ajusta a lo que a la luz de los antecedentes allegados al proceso, parece ser lo razonable y lógico para la resolución del caso, al establecer la posibilidad de que el menor salga al extranjero en una época cercana, atendida su edad y las circunstancias en que se ha desarrollado hasta ahora la relación entre padre e hijo.

**Undécimo:** Que, de este modo, sólo cabe concluir, que al decidir como lo hicieron, los jueces recurridos infringieron el artículo 32 de la Ley 19.968, al haber desatendido los principios de la sana crítica y el artículo 16 de la misma ley, puesto que han decidido en forma contraria al interés superior del menor. Por lo que ante las vulneraciones indicadas, se impone la invalidación de la decisión ya que las infracciones anotadas influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde que condujeron a establecer un régimen comunicacional a favor del actor, respecto de su hijo, en términos que atendidas las circunstancias particulares del caso, no resultaban procedentes ni aconsejables.

**Duodécimo:** Que conforme al mérito de lo señalado en el motivo precedente resulta innecesario analizar la configuración de los demás yerros denunciados por la demandada en el recurso de casación deducido.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge, sin costas**, el recurso de casación en el fondo deducido por la demandada a fojas 224, contra la sentencia de treinta de julio del año en curso, que se lee a fojas 208, de estos antecedentes, la que se **invalida** y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Redacción a cargo Ministro Suplente señor Julio Torres Allú.

Regístrese.

Rol N° 6.419-08.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Gabriela Pérez P., Ministro Suplente señor Julio Torres A. Fiscal señora Mónica Maldonado C. y Abogados Integrantes señores Hernán Álvarez G. y Ricardo Peralta V. Santiago, 31 de diciembre de 2008.-

Autoriza la Secretaria Subrogante de la Corte Suprema, señora Carola Herrera Brümmer.

**CASO 6: “SHARMA / ACHTERBERG” C-5123-2010. PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.**

MATERIA: Régimen de Relación Directa y Regular.  
RIT: C-5123-2010.

Santiago, veinticinco de enero de dos mil once.

**Vistos, oído y considerando:**

**PRIMERO:** Que el Secretario Regional Ministerial de Justicia de la Región Metropolitana, don [REDACTED], cédula nacional de identidad N° [REDACTED] domiciliado en Agustinas N° 1419, representante legal de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, de su mismo domicilio y en representación, en primer término, del Estado de Chile y, en segundo lugar, de don [REDACTED], pasaporte británico N° [REDACTED], de nacionalidad británica, domiciliado en [REDACTED], Inglaterra, ha demandado un régimen de relación directa y regular de su hija [REDACTED] cédula nacional de identidad N° [REDACTED], quién se encuentra bajo el cuidado personal de su abuela materna, doña [REDACTED], cédula nacional de identidad N° 4.853.863-0, domiciliada en [REDACTED], señalando en síntesis que se encuentra divorciado de la madre de la menor desde el 21 de junio de 2007 y que ni ésta ni la abuela le han proporcionado información respecto de su hija, obstaculizando la relación paterno-filial desde el año 2008 a la fecha. Fundamenta su pretensión en el artículo 1° letra b del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Internacional de Niños que define como su objeto el de “...*Hacer respetar efectivamente en los demás Estados contratantes, los derechos de tuición y de visitas existentes en alguno de los Estados miembros...*”. Producto de lo anterior, solicita al tribunal que acceda a su solicitud y que éste proceda a fijar un régimen comunicacional que propone para tal efecto, y que consiste en: a) visitas en Chile, dos o tres veces al año, b) contacto telefónico con la niña, a lo menos una vez a la semana, y envío de correspondencia escrita y/o electrónica y, c) que se le remitan fotografías y se le informe sobre el desarrollo de la menor.

**SEGUNDO:** Que la demandada, legalmente emplazada, no contestó la demanda.

**TERCERO:** Que llegado el día veinticuatro de enero de los corrientes, fecha de la audiencia preparatoria de juicio, la demandada, válidamente notificada, no se presentó a la audiencia preparatoria de juicio, razón por la cual se procedió a la realización de ésta en su rebeldía. En virtud de lo anterior, se tuvo por frustrado el llamado a conciliación

de las partes y se fijó, como objeto del juicio, la procedencia de acoger o no la demanda de relación directa y regular y, como hechos a probar, los siguientes: a) la modalidad más conveniente para el desarrollo de la relación directa y regular entre padre e hija y, b) la existencia de inhabilidad que impida al padre relacionarse con la niña.

**CUARTO:** Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 61 N° 9 de la ley 19.968, se omitió la citación a audiencia de juicio, decretándose la celebración de ésta en forma inmediata y la incorporación de la prueba en forma anticipada. En ese orden de ideas, la parte demandante incorporó la siguiente prueba documental: a) carta de fecha 18 de agosto de 2010, de la Autoridad Central de Inglaterra y Gales, enviada a la Autoridad Central de Chile, Corporación de Asistencia Judicial, remitiendo los antecedentes del caso, firmado por Clair Louise Joslin, abogado de la Brigada Internacional de Sustracción de Menores y Unidad de Contacto. Se adjunta copia en Inglés, b) formulario de solicitud del régimen de visitas, en aplicación del artículo 21 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y su traducción al idioma español, c) copia de plantilla de Acta de Audiencia Preparatoria en materia de Protección causa RIT P-90-2007, de fecha 01 de febrero de 2007, del Juzgado de Familia de Puente Alto, d) certificado de fecha 07 de agosto de 2007, emitido por Elizabeth Coghlan, Pro-Cónsul Británico en Santiago, e) certificado de Beneficio de Asistencia Jurídica emitido por la Corporación de Asistencia Judicial en favor del demandante de autos, e) Copia autorizada de Resolución N° 012485 del Ministerio de RR.EE. de Chile, que da cuenta de la designación de la Corporación de Asistencia Judicial como Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones derivada del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, f) Copia autorizada del Decreto N° 368 que contiene el nombramiento de don Rodrigo Andrés Araya Pérez como SEREMI de Justicia de la Región Metropolitana, de fecha 19 de abril de 2010, g) seis fotografías en las que aparece la niña de autos y sus padres y, h) certificado de nacimiento de [REDACTED], nacida el 26 de diciembre de 2005, N° de inscripción [REDACTED] del registro de nacimientos del año 2005 de la circunscripción Peñalolén. En dicho documento consta que sus padres son el demandante de autos y doña [REDACTED].

**QUINTO:** Que la presente causa trata de un caso de relación directa y regular solicitada en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>86</sup> que tiene, como una de sus finalidades, el facilitar el acceso efectivo a los procedimientos a quienes hagan una solicitud bajo dicho Tratado y en particular, la posibilidad de demandar ante las autoridades competentes de otro Estado, distinto de aquel en que se encuentra el solicitante, en las materias que versa el Convenio, esto es, sustracción internacional y visitas internacionales.

**SEXTO:** Que se encuentran acreditadas, por una parte, la designación de la Corporación de Asistencia Judicial como Autoridad Central del Estado de Chile para velar por el

---

<sup>86</sup> Tratado que entró en vigor para Chile el 1° de mayo de 1994, publicándose en el Diario Oficial con fecha 17 de junio de 1994.

cumplimiento de las obligaciones que emana de dicho Tratado y, en segundo término, la representación de la cual está investido don Rodrigo Andrés Araya Pérez, para actuar en esta causa.

**SEPTIMO:** Que es dable señalar que el artículo 10 párrafo 2º del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, prescribe que “*El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país*”.

**OCTAVO:** Que, en ese orden de ideas, el legislador nacional cambió la voz “visitas” por el de “relación directa y regular”, tal como lo hace también el artículo 9.3 de la CIDN, que consagra el derecho del niño a tener con el padre no custodio relaciones personales de un modo directo y regular.

**NOVENO:** Que el artículo 1.698 del Código Civil dispone que “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*”. Conforme a ello, es una carga procesal del actor acreditar los supuestos fácticos que sustentan su demanda.

**DÉCIMO:** Que debemos tener presente que el derecho a mantener un régimen de relación directa y regular es tanto un derecho para el padre no custodio, como del niño que se encuentra consagrado tanto en la legislación nacional pertinente, artículo 229 del Código Civil y Ley 16.618, como en la internacional con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y solamente puede ser dejado sin efecto, cuando concurren situaciones graves que lo ameriten, y siempre en el interés superior del niño.

**UNDÉCIMO:** Que el artículo 3º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, por lo que su normativa tiene rango constitucional, consagra el principio de **interés superior del niño**, conforme el cual, en todas las medidas concernientes a éste que adopten, entre otros, los tribunales de justicia, se deberá tener como consideración primordial tal interés, principio que además, fue consagrado como tal, en el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia.

**DÚODECIMO:** Que así las cosas esta juez estima necesario que el padre no custodio, y al cual no le afecta inhabilidad alguna que se acredite para relacionarse con su hija, pueda -y deba- involucrarse en la mayor cantidad de actividades posibles de la niña y mantener con ésta un régimen comunicacional.

**DÉCIMO TERCERO:** Que en ese orden de ideas, se acogerá la demanda en los términos solicitados, como se dirá en lo resolutivo del fallo.

Con lo expuesto, y visto lo dispuesto en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Internacional de Derechos del Niño, en relación a lo preceptuado en el artículo 5 de la Constitución Política de la República, Auto Acordado sobre Procedimiento aplicable al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículos 222, 229 y 1.698 del Código Civil, y normas pertinentes de la leyes 16.618 y 19.968, se resuelve:

- Que se acoge la demanda** y se decreta que don [REDACTED] podrá compartir con su hija, [REDACTED], mediante el siguiente régimen de relación directo y regular:
- a) visitas en Chile, dos o tres veces al año. Éstas habrán de realizarse de manera paulatina, pudiendo el padre retirar a su hija los dos primeros días entre las 12.30 y las 15.00 hrs; los tres días siguientes entre las 11.30 y las 16.00 hrs., y luego, entre las 11.30. y las 18.00 hrs. No se permite la pernoctación.
  - b) contacto telefónico con la niña, a lo menos una vez a la semana, y envío de correspondencia escrita y/o electrónica y,
  - c) que se le remitan al padre fotografías y se le informe sobre el desarrollo de la menor.

•**Que se deja sin efecto el arraigo** de la niña decretada en esta causa con fecha 02 de diciembre de 2010.

-Que se condena en costas, por su actitud procesal y por haber sido totalmente vencida en el juicio.

Notifíquese y regístrese.

PRONUNCIADA POR DOÑA CAROLINA BUSTAMANTE SASMAY, JUEZ TITULAR DEL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.

**CASO 7: “GONZALEZ-VALLES / VALLINOT” C-8134-2009 CUARTO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO.**

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUICIO**  
**RELACION DIRECTA Y REGULAR SOLICITADA POR LA MADRE**

FECHA	Dieciocho de Febrero de dos mil once.		
RUC	0920410890-8		
RIT	C-8134-2009		
MAGISTRADO	<b>VIVIANNE SUAREZ CANDIA</b>		
HORA DE INICIO	08:55 Horas		
HORA DE TERMINO	10:00 Horas		



CURADORA AD-LITEM	[REDACTED], C.I. N° [REDACTED], abogada de la Corporación de Asistencia Judicial, domiciliada en Huérfanos # 801, oficina 491, Santiago		
PARTE DEMANDANTE NO COMPARECE	[REDACTED], PASAPORTE N° [REDACTED], española, FIJA DOMICILIO EN CHILE: [REDACTED]		
ABOGADO	[REDACTED]		
PARTE DEMANDADA NO COMPARECE	[REDACTED], PASAPORTE N°BD555733 L, español, DOMICILIO: [REDACTED], PROVIDENCIA		
ABOGADO	[REDACTED]		
<b>ACTUACIONES EFECTUADAS:</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>	<b>ORD</b>
• INICIO E INDIVIDUALIZACION DE LAS PARTES	X		
• LAS PARTES VERBALIZAN EL ACUERDO	X		
• OPINION CONSEJERO	X		
• DILIGENCIAS DECRETADAS	X		

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUICIO**  
**RELACION DIRECTA Y REGULAR SOLICITADA POR LA MADRE**

ACTA DE CONCILIACION

Las partes asistentes al proceso, apoderados con poder suficiente y Curador Ad Litem del adolescente [REDACTED], con el objeto de cautelar los derechos del menor de que se trata, arriban a los siguientes acuerdos:

1.- Las partes acuerdan que durante 05 meses cronológicos, contados desde esta fecha, se llevará a cabo un régimen comunicacional no presencial entre el menor de autos y su madre, consistentes en llamados telefónicos que deberán efectuarse entre el niño y su madre desde sus respectivos teléfonos, a lo menos una vez a la semana, específicamente los días lunes, partiendo la primera llamada la madre el día Lunes 21 a las 19 horas y la semana siguiente, el niño y así sucesivamente y, en el evento en que las llamadas no se realicen por la razón que fuese, aquel que incumple deberá llamar al día siguiente en los mismos horarios y, si aún así no se cumple el acuerdo, las partes darán cuenta a sus apoderados para los fines que estimaren pertinentes;

2.- Además, de lo anterior, madre e hijo se comunicarán vía correo electrónico, cuyas cuentas son conocidas por las partes;

3.- Que, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, las partes acuerdan que en el evento en que la madre visite Chile en el mes de julio de 2011, el menor y su madre se relacionarán de la siguiente forma:

a) durante el primer mes, contado desde la llegada de la madre a Chile, ésta podrá visitar a su hijo en las oficinas de Fundación Templanza, ubicado en calle José Miguel de la Barra N° 508, depto. 5, Comuna de Santiago, teléfono [REDACTED], correo electrónico: [REDACTED], al menos dos veces a la semana en el horario que el profesional se los indique, profesional cuyos honorarios serán de cargo del Sr. [REDACTED]

[REDACTED] y que hará las veces de mediador entre las partes y cuyo propósito principal será supervigilar los regímenes de relación directa y regular entre la madre y su hijo en conformidad y por los períodos que indica este acuerdo;

b) Al término del primer mes y, por el resto del tiempo que la madre permanezca en Chile durante su visita durante el año 2011, el régimen comunicacional se realizará sin supervisión alguna, pudiendo la madre retirar al adolescente desde la entrada del edificio en que vive el niño y su padre, para devolverlo al mismo lugar los días miércoles entre las 18 y 20 horas y los días sábados entre las 14 y las 18 horas;

c) durante su estadía en Chile, la madre tendrá acceso a la comunicación telefónica con su hijo, en los mismos términos antes establecidos;

c) una vez concluida la visita de la madre a Chile, se volverá al sistema establecido en el numeral 1;

d) que a las visitas así establecidas podrá asistir la abuela materna si ésta arribare a Chile en conjunto con la madre y, siempre que el niño quiera verla;

4.- Además, de lo anterior, las partes acuerdan que a contar del año 2012, la madre podrá visitar a su hijo en Chile, durante una semana, tanto durante el período de vacaciones de verano, esto es, desde el 01 de enero al 28 de febrero de cada año; así como también, en época de vacaciones de invierno, durante el mes de julio, debiendo el Sr. González, remitir con la debida antelación copia de la comunicación escolar que informa el período de vacaciones de [REDACTED];

a) las visitas se realizarán fuera de la residencia paterna entre las 10 AM y las 19 PM, comprometiéndose la madre a recoger y dejar de vuelta a su hijo en la entrada del hogar paterno;

b) Que considerando que el adolescente de que se trata a esa época tendrá más de 14 años de edad, las partes acuerdan que el menor podrá pernoctar con su madre si ese es su deseo;

5.- Que las partes dejan constancia que la modalidad de régimen de relación directa y regular así pactada se desarrollará, siempre velando por mantener el resguardo del interés de [REDACTED];

6.- Que teniendo presentes las partes el breve período de visitas presenciales que el menor y su madre tendrán durante el año 2011, los padres deberán velar porque éste se cumpla, no programando actividades recreacionales o sociales que impidan el ejercicio del referido régimen, debiendo la madre ser flexible para cambiar o modificar algún día y horario de visita cuando el adolescente tenga una actividad impostergable y de importancia para él;

7.- Que, en el evento que el adolescente [REDACTED] se vea afectado por alguna enfermedad en la época en que corresponda a la madre ejercer el régimen de relación directa y regular (visitas) aquí establecido, tendrá derecho a acceder al lugar en que el niño se encuentre, verlo y estar con él, a lo menos, durante una hora, sin la presencia del padre;

8) Que, continuando con el acercamiento entre el niño y su madre, el padre se compromete a reenviarle a la madre todas las informaciones que el colegio al que asiste el hijo común le envíe, señalando a título meramente ejemplar, actividades recreativas, paseos, actividades extraprogramáticas, citaciones al apoderado, etc;

9) Que la madre a partir del año 2012, podrá personalmente o través de sus apoderados gestionar que el colegio al que asiste su hijo, la ingrese como coapoderado, todo ello con el objeto que la madre tenga conocimiento de las actividades de su hijo, pudiendo acceder a claves que pudiera tener el colegio en internet para conocer la situación de éste;

10) Que, con el objeto de dar al niño la estabilidad que necesita por su edad y por los eventos en los cuales se ha visto envuelto, las partes acuerdan que el menor permanezca en Chile, manteniendo una prohibición de salir del país durante un año, sin la autorización de ambos padres o, en subsidio, a falta de ello, del juez que correspondiere por motivos fundados, debiendo oficiarse a Policía Internacional comunicando lo resuelto;

11) Que, la madre con el objeto de evitar seguir sobreexponiendo a su hijo [REDACTED] y, así tender al acercamiento gradual que han pactado, se compromete a abstenerse de referirse a esta causa y a la problemática en que se han visto envueltas las partes del proceso, a través de las redes sociales, evitando que sus nombres y fotos aparezcan en paneles de discusión o foros, etc. que pudieren afectar el derecho a la intimidad que tiene su hijo;

12) Que, finalmente, las partes acuerdan que en el evento en que alguna de ellas incumpla este acuerdo, la parte que corresponda, solicitará al tribunal la derivación de la familia a terapia, ya sea individual o familiar que requieran y, según informe que efectúe la Fundación Templanza, ubicado en calle José Miguel de la Barra N° 508, depto. 5, Comuna de Santiago, teléfono [REDACTED], correo electrónico: [xxx@gmail.com](mailto:xxx@gmail.com) ,

por el período que sus profesionales indiquen, la que deberá ser pagada por ambas partes en proporción a sus rentas, debiendo el Tribunal remitir todos los antecedentes con que se cuenta en este proceso;

13) Que, se escuchó la opinión telefónica del adolescente [REDACTED] por la juez que conoce de la causa en compañía del Consejero Técnico, psicólogo de profesión, don Alejandro Muñoz, manifestando el menor encontrarse de acuerdo con los pactos que han efectuado sus padres, informando, encontrarse de vacaciones junto a su padre en la ciudad de Viña del Mar.;

14) Que, habiendo ratificado sus acuerdos los apoderados de las partes según consta en el registro de audio de la audiencia, se resuelve:

Santiago, a dieciocho de febrero de dos mil once.

**Vistos y Teniendo Presente:**

1.- Que en estos antecedentes sobre demanda de relación directa y regular, las partes del proceso han efectuado acuerdos con el objeto de poner término a este juicio, cautelando los derechos de su hijo Guillermo, según se ha detallado precedentemente, apreciándose un cambio de actitud en sus adultos responsables;

2.- Que el adolescente ha manifestado ( por la vía telefónica y fuera de audiencia) su conformidad con los acuerdos a los que arribaron sus padres;

3.- Que se escuchó la opinión del Consejero Técnico asistente a la audiencia;

4.- Que esta sentenciadora estima que los acuerdos celebrados por las partes debidamente representadas por sus apoderados con poder suficiente para ello, restituyen el derecho de [REDACTED] a relacionarse con su madre;

5.- Que el Curador Ad Litem designado para defender los derechos del referido menor, ha manifestado su aceptación a los términos del acuerdo;

5.- Que las partes han convenido que en el evento de existir incumplimientos al sistema pactado se someterán a las evaluaciones y terapias que la Fundación Templaza estime conveniente para evitar que se sigan vulnerando los derechos del adolescente que nos convoca;

7.- Que, este Tribunal, estimando de los antecedentes allegados a los autos que el niño hasta esta fecha, ha sido vulnerado en sus derechos en cuanto se le ha privado de la relación que todo niño debe tener con ambos progenitores, vulneración a la que sus padres pretenden poner fin con la celebración de estos acuerdos y siendo estrictamente necesario darle estabilidad al niño e impedir el incumplimiento de los mismos, **de oficio**, este tribunal aplica como medida de protección para [REDACTED] la contemplada en el art. 71 letra i) de la ley N° 19968, esto es, la prohibición de salida del país durante un año a partir de esta fecha, ordenándose oficiar comunicando lo resuelto a Policía Internacional para los fines pertinentes. Ofíciense, al efecto. **Sirva la resolución de suficiente y atento oficio remisor;**

8.- Que, en cuanto al resto de los acuerdos, apareciendo de los mismos que resguardan el interés superior del niño y cautelan sus derechos, intentando poner fin a la sobreexposición y judicialización de sus problemas, **se los aprueban y se le otorgan mérito de sentencia definitiva entre las partes** y para todos los efectos legales correspondientes, reservándose, este tribunal el derecho a iniciar medida de protección,

de oficio, para el evento en que las partes incurran en incumplimientos de sus acuerdos que impliquen vulneraciones de derechos del menor de que se trata.

9.- Que habiéndose puesto término al proceso a través de una solución colaborativa, dese copia a las partes interesadas, anótese, digitalícense los antecedentes aportados hasta la fecha por las partes, debiendo cumplir lo ordenado la encargada de actas asistente a la audiencia y archívense los autos en su oportunidad y remítase copia de los mismos a los apoderados de las partes a través de los correos electrónicos registrados en el proceso.

**RIT C-8134-2009**

Resolvió doña Vivianne Suárez Candia, Juez Titular del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, con dedicación preferente al Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago.

2. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

a.Canadá

CITATION: Cochrane v. Graef, 2010 ONSC 4479

COURT FILE NO.: 132/08

DATE: 2010/08/13

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

FAMILY COURT

RE: Laura Lynn Cochrane v. James Howard Graef

BEFORE: The Honourable Madam Justice J. W. Scott

COUNSEL: Paul A. MacLeod for the Applicant

E N D O R S E M E N T

[1] Mobility is the issue for consideration in this matter. Specifically, should [REDACTED], the mother of nine year old twins, [REDACTED] and [REDACTED] who were born on March 23, 2001, be permitted to relocate them to the United Kingdom where she intends to move for reasons related to work and an anticipated marriage to a British citizen or should they remain in Grimsby, Ontario with their father [REDACTED] and his new wife?

[2] The court must make its determination based on a consideration of the history and ultimately the best interests of the children.

Background

[3] The parties met in the summer of 1988 in Chilliwack, British Columbia at a basic training camp prior to their entering Royal Military College in Kingston, Ontario that fall. Their relationship developed during their years at school and upon their graduation as engineers in 1992, it continued. When the respondent was posted to Borden in 1992, the applicant joined him there. In 1993 the respondent was posted to

Calgary and again the applicant followed. They remained in Calgary until 2000 and it was during those years, specifically on August 13th, 1994 that the couple married.

[4] By the time of the move to Calgary, the applicant no longer had a connection with the military but she did work for several private companies while there. Around 1994, the respondent too left the military when he had the opportunity to exit without financial ramifications. Initially he worked for a private company, but eventually, together with a partner, he established his own business. As time went on, the main client of that business was located in Mississauga and so in order to cut down on travel, the decision was made to relocate to Ontario. Initially the parties lived in an apartment in the Toronto area, but in the fall of 2000 they bought a home in Stevensville, where they remained until approximately June of 2001. The applicant was able to obtain work in Fort Erie as an engineer.

[5] As noted previously, [REDACTED] and [REDACTED] were born in March of 2001 and at that time the applicant took maternity leave from her employment, remaining off until the boys were 16 months of age. Thereafter the applicant returned to work with Irvine Aerospace on a part-time basis until November of 2003.

[6] When the children were 3 months old the couple decided to relocate to Grimsby. According to the evidence, unlike Stevensville, Grimsby offered the amenities that the parties were seeking and, as an added benefit, the move there resulted in the respondent having a shorter drive into Toronto where his work was still primarily based.

[7] The respondent's work with Capital Safety Group, the company for whom he is still employed, commenced around 2001. The applicant's employment with Irvine Aerospace ended when the company was sold but she was able to obtain work as a project manager with NBC Team out of Stoney Creek. This was a fulltime position. As I understand the evidence, that company was bought out by Vanguard Response who in turn merged with another company to become Allen Vanguard. The applicant maintained her full-time employment with them throughout these changes. Her employment with that company did require her at times to travel and, generally, in her absence the respondent, or on occasion his mother, would watch the children. Aside from that, as needed, the family used the services of Kidzdome, a daycare provider in Grimsby.

[8] The children commenced kindergarten at Park School in Grimsby. This was the school in the catchment area of the family's home.

[9] When the children were in kindergarten, specifically in January of 2007, the respondent accepted a position in Houston, Texas with his employer, Capital Safety Group. It appears that this move was a promotion for the respondent, both in money and, potentially, rank within the company. As well as a move to Houston, the new job

would involve considerable global travel for Mr. [REDACTED]. According to the testimony of the applicant, in contemplation of the move she resigned her job with Allen Vanguard and the couple put their home in Grimsby on the market. While the respondent's testimony was that the applicant was not willing to move with the children to Texas, inferring that was the reason for the separation, I find the applicant's evidence in this area to be more compelling. Exhibit #5 confirms that an offer was made to her by Allen Vanguard to continue working for them but based from her anticipated new location in Houston, Texas. Her e-mail dated January 28, 2007 clearly reflects her plans for a house hunting trip to Houston and certainly she shared this development with the respondent who expressed admiration to her for the plan she had arranged to be implemented with her employer. Sometime shortly thereafter, according to the applicant, the respondent announced to her that he no longer loved her and wanted to separate. Gary Direnfield testified at the trial and confirmed that he met with the parties 3 times during the months of March, April and May of 2007 concerning their marital situation. His evidence is clear that the applicant's hope was to seek help so as to maintain the parties' marriage, while the respondent was there only for purposes of separation and closure. Saving the marriage was impossible. Mr. [REDACTED] plan was separation and, at the time, to remain in Houston for 3-4 years to take advantage of this career opportunity. According to the applicant, when the respondent indicated his intention to separate and expressed no interest in working on the marriage, she immediately renegotiated her arrangements with Allen Vanguard so as to maintain her employment with them, but not on the basis of the "Houston plan." She would stay in Grimsby.

[10] Sale of the matrimonial home proceeded. According to the applicant, she looked for and obtained a new home for herself and the children in a location that would enable the boys to attend Nelles Elementary School rather than Park, as both parties felt that school to be far superior and would better meet the needs of [REDACTED] and [REDACTED].

[11] The access plan, according to Mr. Direnfield, was that the respondent would maintain access on an alternating weekend basis as well as being in contact with his sons over the computer by means of a webcam. In addition, there would be extended time with the children at Christmas and during the summer.

[12] In July of 2007 the parties executed a separation agreement prepared by counsel for the applicant. Although the respondent was invited to retain counsel, he did not. The respondent suggested in his pleadings that his signature was witnessed by a clerk at the offices of Ms. Cochrane's counsel. The evidence did not support that suggestion. Rather, it appears the witness to the respondent's signature was Mr. Vandeyar, the real estate lawyer who handled the sale of the parties' matrimonial home. I note in paragraph 27 (a) of the agreement that Mr. [REDACTED] "waived his right to independent legal advice despite being advised of his right to obtain same." I find that the agreement was entered into willingly by the parties and can see no reason to diminish or read into the agreement

anything other than is reflected within it with respect to the custody and access arrangements.

[13] Paragraph 7 of the agreement addressed the issues of custody and access and provided as follows:

(a) The wife will have custody of the children of the marriage. The husband will have reasonable and liberal access to the children as the parties agree upon from time to time and shall include the following:

(i) The husband will have access to the children every second weekend;

(ii) The husband will have 4 weeks of summer vacation time with the children;

(iii) One week of visitation at Christmas time but not including Christmas Day;

(iv) March break as is negotiated and agreed upon by the husband and wife;

(v) When travelling by aircraft, the children will not travel alone until such time as each child attain [sic] the age of eight (8) years of age. The parties are further agreed that the husband will pay the flight cost of the children and the wife agrees to pay one-half of the husband's economy air fare until such time as the children attain the age of eight (8). It is also agreed that in lieu of the husband accompanying the children on the plane that the husband's father, mother or sister may do so.

(b) The parties agree that in making plans for access, they shall give the needs and convenience of the children primary importance and will give their own needs and convenience secondary importance.

(c) The husband shall have the right to be fully advised of the school progress (including the right to have copies of report cards and notices of school events) and the health and general welfare of the children.

(d) The husband shall be entitled to attend at or participate in the children's mid-week afternoon/evening activities such as soccer, music, swimming or other scheduled activities, including school activities.

(e) If the husband or wife needs to travel for work or vacation, the other party will be given the opportunity for visitation with the children during the travel period.

(f) The husband and wife may telephone or communicate by e-mail with the children on a daily basis when they are in the care of the other party. The children may telephone or e-mail either party when they wish to.

(g) If either the husband or the wife plans an out of province vacation with the children, that party will give the other a detailed itinerary at least 3 days before the vacation begins. Such itinerary shall include the name of any flight carrier, flight times,



accommodations (name, address & telephone numbers) and details of how to contact the children during the vacation time.

(h) If the husband or the wife vacations without the children, that party will give the other a telephone number where he or she can be reached in case of emergency or if the children with [sic] to contact that party.

[14] Paragraph 10 of the Separation Agreement addresses changes in circumstances and, amongst other things, provides that paragraph 7 may be varied if there is a “material” change in circumstances. It adds that a material change in circumstances may occur “by reason of a change in their health, their employment or otherwise.”

[15] To his credit, the respondent did maintain regular access to [REDACTED] while he was in Texas and generally it was on an alternating weekend basis, together with extended time in the summer and Christmas of 2007. To ensure that he had a place to share with the boys for access, he rented an apartment in Grimsby for these trips home.

[16] By the fall of 2007, the respondent had commenced a relationship with [REDACTED] Ms. [REDACTED] also resides in Grimsby and apparently originally lived close to the parties’ matrimonial home with her two sons, [REDACTED] (born June 3, 1998) and [REDACTED] (born September 23, 2000). The evidence indicates that during Mr. [REDACTED] weekend visits home for access he would also have contact with [REDACTED]. In the fall of 2007 she was introduced to [REDACTED] and [REDACTED] as “daddy’s friend.”

[17] In April of 2008, the respondent returned to Grimsby. This was considerably earlier than his original plan. According to Mr. [REDACTED], during his time in Texas he “re-evaluated” his life and determined that he did not want to be away from [REDACTED] and Sam but preferred to see them and be involved with them and their activities on a more frequent and regular basis. In October of 2008, Mr. [REDACTED] told [REDACTED] and [REDACTED] that he was going to marry [REDACTED]. The testimony of Ms. [REDACTED] was that she and Mr. [REDACTED] commenced living together in December of 2008 with Mr. [REDACTED] moving into her home in Grimsby. That is where they continue to reside, together with her two sons. They married on May 1, 2009. Without being critical of the respondent, I assume that the decision to return to Grimsby in the spring of 2008 was related both to his children and his intensifying relationship with Ms. Fox.

[18] The decision to return to Grimsby was not without financial cost to Mr. [REDACTED]. He testified that there was a substantial decrease in his income, somewhere around \$45,000.00 annually excluding bonuses. There was, of course, a corresponding decrease in the amount of child support paid. Cross-examination indicates that the respondent did not seek work with any other company upon his return to Grimsby; rather, he continued his employment with Capital Safety Group but in a new role. He explained that the non-compete provision in his contract limits his ability to find similar work and suggested

that any other engineering employment would result in a salary similar to what he is being paid currently.

[19] Following the news of the desired separation, as noted previously, Ms. Cochrane had discussions with her employer Allen Vanguard and arranged to continue working for them as the general manager of their Stoney Creek operations. She testified that the company appeared to want to close that site but she was able to convince them to let her try to show them that it could work out. Unfortunately, the company determined by September 2008 to close its Stoney Creek operations but the applicant managed to stay involved with them during that process. Obviously pleased with her work, the company invited her to become part of their Ottawa operations. She accepted that offer but managed to arrange to work from home in Grimsby until at least the conclusion of the school year in the spring of 2009.

[20] When the respondent learned of the pending move to Ottawa from the applicant, he immediately commenced this litigation. An urgent motion was filed that was resolved on consent by the order of July 27, 2009 that provided, amongst other things, that Ms. Cochrane would not remove the children from the Niagara area pending further court order.

#### Events Since the Commencement of Litigation

[21] Sometime in 2009 Allen Vanguard ceased operations, so the move to Ottawa was no longer the issue between the parties. Shortly thereafter, Ms. Cochrane was successful in obtaining a position with her current employer Bracco Diagnostics Inc. A copy of the offer made to her by them on October 7, 2009, together with her acceptance on October 14th, 2009 have been filed as part of Exhibit 4 in this proceeding. Also included in that exhibit is a letter dated December 3, 2009 from Nayla Feghali of RSDecon (a business unit of Bracco Diagnostics Inc.) confirming Ms. Cochrane's specific position. The applicant's employment primarily involves military and civil defense forces around the world. My impression from her testimony is that she is a person who has achieved a relatively high profile in her area of specialty and has spoken to many NATO groups. Currently she is working on developing a response to neutralize chemical war agents on human skin. While the December letter also describes that some of her work would be in Alberta, Ms. Cochrane advised the court that she has hired a chemist to deal with that aspect and so does not expect that she will be required to travel there. The letter does indicate that Ms. Cochrane would be "based in her home office in Grimsby Ontario until her assignment to Bracco UK for September 2010."

[22] By moving to the U.K. Ms. Cochrane foresees that her work with European countries would involve much less travel, allowing her more time to be home with the children. She envisions that her current projects would have her travelling about 2-3 days each month with the balance of her work time being covered from an office at her

residence. She anticipates that travel would be to the Netherlands, France and Switzerland as well as two laboratories in England.

[23] In addition to her work with Bracco, Ms. [REDACTED] has another reason for her request to be able to locate with [REDACTED] and [REDACTED] to the U.K., [REDACTED]. Mr. [REDACTED] is a gentleman that the applicant met professionally during her employment with Allen Vanguard. She describes him as a person whom she had known “peripherally through e-mails” since 2006. They were involved in some explosive trials in the U.K. as a result of their common work. They commenced a dating relationship in April of 2008. In May of 2008, Mr. [REDACTED] was introduced to [REDACTED] and [REDACTED]. The couple became engaged in Italy in July of 2009 while on vacation with the applicant’s sons and one of Mr. [REDACTED]’s daughters. Their hope is to marry Easter of 2011.

[24] Mr. [REDACTED] is a British citizen. He has been separated for approximately 10 years and is divorced. He shares joint custody of 3 daughters with his former wife (“Helen”). These daughters are [REDACTED] (22 years), [REDACTED] (18 years) and [REDACTED] (16 years). [REDACTED] has recently completed post-secondary education at Bristol College and is living with Mr. [REDACTED] in the house that he has rented in anticipation of Ms. Cochrane and the boys being there with him. Mr. [REDACTED] is involved in the design and sales of electronic warfare for a company in which he has an interest.

[25] According to the evidence, Mr. [REDACTED] has met the boys “no less than” 15 times over the past two years, for periods of time that have ranged for up to 4 months. There is no indication of any serious difficulty in his relationship with them. Perhaps because of his own situation, Mr. [REDACTED] appears to be very sensitive to the importance of a parent maintaining contact and a relationship with their children after separation.

[26] Currently then, the applicant continues to reside in Grimsby working for Bracco, primarily from her home, but with the September start-up date in the U.K. looming. She has testified that while she cannot envision not having the children with her in the U.K., if the court were to order the children had to remain in Grimsby, she would still move as a result of her pending marriage and employment. Her demeanour and response clearly reflect that to be a difficult decision on her part that she hopes she does not need to face.

[27] Mr. [REDACTED] appears quite content with his employment situation with Capital Security Group. As noted earlier he married Ms. [REDACTED] in 2009. He has maintained regular contact with [REDACTED] and [REDACTED], not solely as described in the Separation Agreement, but also by way of regular attendances at their activities and school, including as a volunteer parent. He, as well, has been involved in coaching their soccer team and attending with them at judo, an activity he specifically arranged as it is something in which he too participates.

[28] A description, along with pictures, of the fort that he and all four boys have been working on at the home he shares with Ms. [REDACTED] was provided to the court. Clearly, this has been a substantial undertaking and worthy of the pride of all involved. Substantial as it already is, it continues to be a work in progress. The imaginations of all, including [REDACTED] and [REDACTED], will only limit its evolution.

[29] As noted previously, Mr. [REDACTED] is now married to [REDACTED] and has become the stepfather of her two children. [REDACTED] and [REDACTED] have regular contact with their father and through the cooperation of all parents, access has been arranged so that the visits of [REDACTED] and [REDACTED] occur as much as possible when [REDACTED] and [REDACTED] are also there. [REDACTED] is 12 years of age and [REDACTED] is nearly 10.

[30] Ms. [REDACTED] is employed full-time by Mohawk College teaching mathematics. She has known and had contact with [REDACTED] and [REDACTED] for a number of years. There is no indication of any serious difficulties between the various members of this household and the children involved in this litigation.

[31] Mr. [REDACTED]'s request and hope is that the children remain in Grimsby. He is of the belief that Ms. [REDACTED] could either work for Bracco while remaining in Grimsby or, alternatively, find other work that would permit this. Aside from speculation, there is no evidence of any basis for this belief. If the children did remain however, and Ms. [REDACTED] left, he is prepared to have [REDACTED] and [REDACTED] live with him.

[32] Despite the ongoing litigation, the applicant and respondent have continued to cooperate on all issues relating to their children without any apparent difficulty.

[33] In addressing the current issue, it is important that the court have information concerning the children who are the centre of this dispute. [REDACTED] and [REDACTED] have been described by both parents as very social children. They appear to have no difficulty in making and maintaining friends whatever the setting. The respondent pointed out that in their current school [REDACTED] and [REDACTED] have friends both their age, as well as older.

[34] Counsel for the children described the boys as articulate, bright, happy and healthy children. From all accounts the parties in this proceeding can feel extremely proud of how [REDACTED] and [REDACTED] are developing.

[35] In addition to their education and activities at school, they have been exposed to many other extracurricular endeavours, including soccer, circus school, fencing, swimming lessons, judo, wall climbing, drama and art. Except for the involvement in judo, which is an activity that the respondent participates in as well, the evidence is that the applicant finds and arranges the activities for the children, although she does advise Mr. [REDACTED] of the plans. Both parents do attend the activities without any difficulty from the other. As well, each parent is cordial to the other's partner, so there has been no

difficulty on that front for the boys either. Mr. [REDACTED] has been personally involved in coaching their soccer team.

[36] [REDACTED] and [REDACTED] appear to have also enjoyed international travel already. Both parents have assisted in ensuring that their children are exposed to much more than simply the school curriculum, whether it be through extracurricular activities, travel or simply just spending time to teach them things one on one.

[37] [REDACTED] and [REDACTED] appear to love their parents dearly and their parents them.

[38] The conclusion of the Office of the Children's Law is that these children will adapt to whatever decision the court makes. Undoubtedly that is a reflection of the children's strong emotional health and the commitment that these parties have made to ensuring that both parents be part of [REDACTED] and [REDACTED]'s lives, despite their marital separation.

#### Position of the Parties and The Plans Proposed

[39] Ms. [REDACTED] asks to be permitted to relocate with [REDACTED] and [REDACTED] to the United Kingdom. She has presented a very detailed plan to the court in an effort to describe how her proposal will be in the best interests of [REDACTED] and [REDACTED]. She suggests that the difficulty that exists is that we are attempting to compare an "unknown" location to what we know Grimsby can offer. In my view, she has done a very impressive job in setting out the many factors that she wants to ensure are there for the children if she takes them with her to the U.K. The amount of detail is unusual compared to many matters that come before this court. Just as Grimsby is a small community, she has chosen, with Mr. [REDACTED], another small town in the U.K., Bredon, which is close to Tewkesbury, a town of approximately 10,000 in population. In her view, this location has the ability to offer the same type of amenities that Grimsby has for [REDACTED] and [REDACTED]. She and Mr. [REDACTED] have rented a 5 bedroom home there for a 6 month period. They have only committed to 6 months at the home so far due to its size. Were the children not permitted by the court to live in the U.K., they would not need a home this large. As noted earlier, most of the applicant's work for her employer will occur from this home and according to her, there is sufficient space to meet that objective as well, as one of the bedrooms will be her office. She has investigated the resources available to continue the boys' activities, such as soccer, swimming, drama school, art school and climbing, and they are there. She has investigated the availability and location of medical assistance. That is covered. She expects that for the first 6 months, to ensure there is no gap in medical coverage, she will obtain privately Blue Cross coverage. She has investigated and talked with the school where the children will be enrolled and satisfied herself that the quality of the education at that school is above average and able to meet the needs of [REDACTED] and [REDACTED]. (Actually, she chose the school prior to picking the home location to ensure that [REDACTED] and [REDACTED] would have the appropriate educational placement, similar to her move in Grimsby to

the catchment area of Nelles Elementary School). It is expected that on those few days where she must be away from the home for employment, Mr. Benwell will be available to care for the children. She is also eager to travel to mainland Europe with the children to broaden their education and understanding of other countries. To develop a social conscience, she has commenced a child sponsorship programme of two boys in Indonesia through World Vision for herself, [REDACTED] and [REDACTED] so that Sam and Jake will cultivate a better awareness of circumstances others must face.

[40] Her plan also details her current and past efforts to ensure contact and involvement between the children and the respondent, suggesting that to be an indicator of her ability and commitment in the future to that area. In her plan she states, "I make sure their father knows and is invited to their accomplishments, performances, gets copies of report cards, pictures, etc. He is given an email after all their doctor's appointments." She also points out that when Mr. [REDACTED] was in Texas she purchased a second home computer so that a webcam could be set up for easier conversation between [REDACTED], [REDACTED] and the respondent. As an aside, she points out that the head office of the respondent's company is about 80 miles from where she will be living in Bredon.

[41] With respect to access, her proposal is that the children would be with the respondent during their holidays from school, plus extended additional time if the respondent would travel to the U.K. and work from there either by way of his computer or by attending at his company's office in Tewkesbury. Specifically she has proposed the following:

- (i) 2 weeks in the fall ([REDACTED] and [REDACTED] have 1 week off from school, and the applicant suggests that if the respondent came and stayed for 2 weeks that would offer additional time);
- (ii) 1 week at Christmas ([REDACTED] and [REDACTED] have school holidays and could travel to Canada);
- (iii) 2 weeks in the winter ([REDACTED] and [REDACTED] have 1 week off from school and the applicant suggests that if the respondent came and stayed for 2 weeks that would offer additional time);
- (iv) 2 weeks in the spring (the respondent to come and stay in the U.K.);
- (v) 3 weeks in the summer in Canada (the boys are out of school for 5-6 weeks);
- (vi) any weekend that the respondent could travel to the U.K. (She suggests that the respondent could catch a red-eye flight on the Thursday night thereby arriving on the Friday morning and then stay until the Monday).

[42] In addition to the above, there would be telephone contact along with all the technical gadgets that might supplement that including webcam, the magic jack, skype, etc. Both children would have their own computer so that they could talk to the respondent whenever they wished. She adopted as well the idea that the respondent has in his plan of providing video recordings of the various activities of the children.

[43] Recognizing the additional costs involved with respect to access because of the distance involved, the applicant indicated that she would not be seeking child support (although she hoped that the respondent would continue to put money into an education fund for [REDACTED] and [REDACTED]).

[44] Under cross-examination Ms. [REDACTED] agreed that when the boys are in grade 7 and 8, if they wished to return to Grimsby she would not “frustrate” that.

[45] The applicant acknowledges that although she and the respondent may not talk about a number of things with one another, as far as their children and major decisions involving them are concerned, they do communicate and generally without difficulty. She sees no change in that because of the distance between the U.K. and Canada referring to the easy accessibility to e-mails and the telephone. Their history as parents as well has entailed them attending parent/teacher interviews together (except for grade one when the respondent was in Texas).

[46] The respondent’s plan is also thorough and filled with detail. His goal within that plan is that the children maintain a daily relationship with each parent.

[47] His plan is premised on the view that it is in the best interests of [REDACTED] and [REDACTED] to remain in Grimsby, which he describes as the perfect community. In that regard, Mr. [REDACTED] proposes to maintain his current residence with Ms. [REDACTED] and her two sons and is prepared for [REDACTED] and [REDACTED] to join them in that house, if the applicant goes to the U.K. His plan details many of the boys past and present activities and it appears that Mr. [REDACTED] intends for those to continue, including ensuring opportunities for Sam to develop his apparent artistic abilities. In addition to his new family, Mr. [REDACTED] emphasizes that extended family of [REDACTED] and [REDACTED] are for the most part in the area and have regular contact with them. He points out that by remaining in Grimsby the children will be able to continue in the same school and maintain their same friends. Additionally, they would continue to have access to their current health professionals.

[48] The respondent’s employment would continue with the Capital Safety Group. He describes his employment with them as secure and points out in his Plan of Care that it requires little or no travel on his part. I interpret that to mean outside of southern Ontario, as he testified that because of the nature of his position as the southwest Ontario sales manager, it is important that he be in regular contact with his customers and as such he is on the road at least 4 days each week. His hours, however, are flexible.

[49] [REDACTED], as noted previously, is the spouse of the respondent. She teaches mathematics at Mohawk College on a full-time basis. Her job is also secure and apparently provides her with “excellent hours and summers off.” The evidence suggests that she and her children get along well with [REDACTED] and [REDACTED] and that there is a good relationship between them all.

[50] In the event that the children remain with the respondent and Ms. [REDACTED] resides in the U.K., Mr. [REDACTED] suggests the following access arrangement:

- (i) alternating March Breaks;
- (ii) 1 week of the Christmas 2 week school break, with the weeks to alternate each year;
- (iii) the “middle” 8 weeks of the 10 week summer school break;
- (iv) 4 days over the Family Day weekend in February;
- (v) 4 days over Thanksgiving in October;
- (vi) Any weekend when the applicant is in North America for business.

[51] In addition to that access, the respondent committed to phone contact, skype contact, etc. between the children and their mother and to sharing with her information concerning health, education and general welfare. Any important activities would be recorded and shared with the applicant via DVD.

[52] To assist with the expense of travel for access, the respondent is prepared to pay for 4 return flights for the children to see their mother in England. While the respondent’s filed plan indicates that he would not expect child support during the time the children were with their mother during the summers, I understood his testimony to be that he would be willing to forego payment of any support completely.

#### The Law

[53] Perhaps I should note at the outset that currently there is no court order covering custody or access between these parties. The arrangements are pursuant to the separation agreement entered into between the parties in July of 2007. Section 10 of that agreement provides that there may be a variation if there is a material change in circumstances with respect to the issue of child support. Specifically paragraph 10 (c) reads:

If no agreement has been reached thirty (30) clear days after notice has been given...variation of the provisions for child support payable is to be determined upon application to a court of competent jurisdiction by either party pursuant to the provisions of the Children’s Law Reform Act, the Family Law Act, Divorce Act or any successor legislation.

[54] While no mention is made of custody or access in that paragraph, the reference to the Children’s Law Reform Act suggests the intention was those issues would be included, as the Children’s Law Reform Act does not deal with the issue of support. This assumption is supported in part, as well, by the approach taken in the current proceeding and the evidence adduced. When the court specifically asked counsel for the respondent what legislation the request was being made under, she indicated the Divorce Act. This appears appropriate as the parties are now divorced and the order made pursuant to these reasons should be viewed as a variation of that divorce order so as to include provisions to address the custody and access issues. From a technical standpoint however, this



order is not a variation of a separation agreement as there is no legislative basis for that. There is nothing equivalent to section 35 of the Family Law Act for the issues of custody and access. Nonetheless, the court will take into account the existence of the separation agreement as an extremely important factor and, in that sense, look at the regime it has created to determine if a change to that is in the best interests of the children.

[55] In determining issues of mobility, the court is bound by the principles set out in *Gordon v. Goertz* (1996) 134 D.R.R. (4th) 321 (S.C.C.). At paragraph 49 and 50, McLaughlin, J. (as she then was) wrote:

[49] The law can be summarized as follows:

1. The parent applying for a change in the custody or access order must meet the threshold requirement of demonstrating a material change in the circumstances affecting the child.
2. If the threshold is met, the judge on the application must embark on a fresh inquiry into what is in the best interests of the child, having regard to all the relevant circumstances relating to the child's needs and the ability of the respective parents to satisfy them.
3. This inquiry is based on the findings of the judge who made the previous order and evidence of the new circumstances.
4. The inquiry does not begin with a legal presumption in favour of the custodial parent, although the custodial parent's views are entitled to great respect.
5. Each case turns on its own unique circumstances. The only issue is the best interest of the child in the particular circumstances of the case.
  
6. The focus is on the best interests of the child, not the interests and rights of the parents.
7. More particularly the judge should consider, inter alia:
  - (a) the existing custody arrangement and relationship between the child and the custodial parent;
  - (b) the existing access arrangement and the relationship between the child and the access parent;
  - (c) the desirability of maximizing contact between the child and both parents;
  - (d) the views of the child;
  - (e) the custodial parent's reason for moving, only in the exceptional case where it is relevant to that parent's ability to meet the needs of the child;
  - (f) disruption to the child of a change in custody;
  - (g) disruption to the child consequent on removal from family, schools, and the community he or she has come to know.

[50] In the end, the importance of the child remaining with the parent to whose custody it has become accustomed in the new location must be weighed against the continuance of full contact with the child's access parent, its extended family and its community.

The ultimate question in every case is this: what is in the best interest of the child in all the circumstances, old as well as new?

[56] These principles are applicable to any request for change, whether the status quo has been created by a prior order, a separation agreement or simply the actions of the parties.

#### Discussion and Conclusions

[57] The first question is whether there is a material change. Both parties appear to agree that there is and I readily concur with those submissions. The anticipated change that brought this matter to court was the desire and plan to relocate. While at the time the litigation was commenced, the situation was quite different in that the applicant hoped to move to Ottawa with [REDACTED] and [REDACTED], the court needs to look at the issues as they are presented today. Without a doubt a move to another country is a material change that results in the court being entitled to embark on this new inquiry as to what is in the best interests of the child.

[58] While *MacGyver v. Richards* 22 O.R. (3d) 481 (Ont. Court of Appeal) seemed to suggest that there was perhaps a rebuttable presumption in favour of a custodial parent who wished to move with the children, *Gordon v. Goertz* made it clear that no such legal presumption exists. A custodial parent's views are entitled, however, to great respect. Counsel on behalf of the respondent argued that despite the separation agreement the status quo really was one of joint custody. I do not accept that submission. The separation agreement entered into between the parties is clear that the applicant has custody of [REDACTED] and [REDACTED]. It is Ms. [REDACTED] who attends to the daily arrangements and schedules for the children. She is the parent who registered them at Nelles Elementary School; she is the parent who makes the necessary childcare arrangements when she is unavailable (including calling upon the respondent first, in accordance with the separation agreement); she is the parent who arranges for the children's medical and dental appointments, although the respondent will take the boys if the applicant is not available; she is the parent who has been responsible for registering and paying for most of the children's extracurricular activities. She is and has been the primary caregiver. That is not to suggest that the respondent's position is insignificant to [REDACTED] and [REDACTED]. I accept that he does play an important role in their lives and clearly attends to their needs when they are with him, but his position is different from that of the primary caregiver. As custodial parent, her views will receive great respect by the court but are not the single determining factor. A "full and sensitive inquiry" is required.

[59] If there were any evidence or indication that the intended move was motivated by a desire to impede, impair or eliminate the other parent's involvement with the children, that would impact on the court's respect of the custodial parent's views. There is absolutely no evidence, or suggestion that is the case here.

[60] The Supreme Court has indicated that the reason for the move is only relevant in exceptional cases where it impacts on that parent's ability to meet the needs of the child. I note that on the evidence that may well be the case here, as according to the applicant, when required to travel for work, it will be for shorter periods away, only 2 or 3 days each month.

[61] Pursuant to the existing arrangements, the children are with the respondent on alternate weekends and on Wednesdays during the week. In addition to those times, the children have access to the respondent on the other special occasions as set out in the separation agreement. Aside from those specified times, Mr. [REDACTED] does have other frequent contact with [REDACTED] and [REDACTED], particularly at their various activities (where often both parents are present) and, as noted previously, has had them when the applicant's work required her to be away. Undoubtedly there is a strong bond between the boys and their father, just as there is a strong bond between the boys and their mother.

[62] I find that each parent has indicated a willingness to cooperate and work towards maximizing as much contact between the children and the other parent in what will be a difficult situation, no matter where the children live. Both have shown during the "Texas period" that they are able to focus on the importance of ensuring regular contact occurs. Even the plans proposed by each to ensure the other has access are fairly similar in approach.

[63] The Office of the Children's Lawyer has been involved with the children in this matter by way of a lawyer and a social worker to assist. According to counsel from that office, while the children may have expressed certain preferences, they also appear to feel the burden of their parents' dispute. The OCL has attempted to make it clear to them that the decision is not theirs. The children have been described by counsel appearing on their behalf, as caught in the middle and as having learned about the positives of any move from their mother and the negatives from their father. These children are only 9 years of age. While the Court is interested in their views, those views are only one factor. I understand the boys to be bright and articulate but they must not be left with the impression that it is up to them to decide. [REDACTED] has indicated to the OCL that he wishes to remain in Grimsby and would not be happy if he had to move. According to the OCL, [REDACTED] has been more ambivalent, but has indicated that his preference is Grimsby. No reasons for their views have been identified, although counsel has suggested that perhaps unintentionally, inducements have come from each parent. From the applicant, he suggests, an indication that they would each have their own laptop (for communicating with the respondent) and from the respondent the construction and further plans for the tree fort which the boys love. The applicant testified that [REDACTED] told her that he did not want to move because "Anthony is going to take [REDACTED] from me." ([REDACTED] is [REDACTED]'s "girlfriend.>"). When considering the views of children, the court has a responsibility to attempt to put these views in context. In the case of [REDACTED] and [REDACTED], considering their age, their statements and the lack of any

substantial evidence I have surrounding their reasons why, I would attach limited weight to this piece of information.

[64] Undoubtedly a move with the custodial parent will create changes for the children, but that does not necessarily equate to disruption in a negative sense. The evidence indicates that ■■■ and ■■■ have done well in new situations, such as their various activities and school moves within Grimsby. They have adapted to having 2 homes and to having new family relationships through both their parents. I accept that part of their resilience can be attributed to the ability of the parties to focus on the children and what is important for them. There is no indication that will change.

[65] The ultimate question as identified in Gordon and Goertz, is what is in the best interests of these children “in all the circumstances, old as well as new.” Undoubtedly the applicant’s move to the U.K. will impact on ■■■ and ■■■ if they do not go with her, as she has been their custodial parent. I accept as well that if they go with Ms. ■■■■■, the absence of the respondent and extended family will also impact on them. There is no simple answer to avoid each of these consequences.

[66] I have carefully considered and reviewed the evidence before the court and I am satisfied that at this juncture the best interests of ■■■ and ■■■ will be met by remaining with the applicant, who has been their custodial parent. Based on the evidence referred to in these reasons, I am confident that she has focused on the needs and best interests of the children, not only in the past, but in the plan that she has investigated and proposed to the court for the future. I am satisfied from the history as previously described that these children are adaptable to change. I am satisfied that while initially there will be a transition as the children make new friendships and start a new school, they appear to have an ability to meet and make friends quickly.

[67] It is important that the children maintain their relationship with the respondent and I find that the applicant will encourage that based on the history and the plan she presents now.

#### THE ORDER

[68] Both parties have asked the court to make an order at this point for joint custody. While I do not particularly see that to be essential at this point, in view of the consent of the parties I would make that order. It is not contrary to the best interests of the children. I suspect each party wanted that reassurance in case they were unsuccessful in their request, in order to ensure continuing input and involvement. As well, it may be helpful when the parties discuss this order with ■■■ and ■■■ to offer them assurance that both their parents will continue to be involved in their lives, but just in a different way. Primary residence shall be with the applicant.

[69] In view of the costs of transportation for access and recognizing that the applicant has sufficient income to support [REDACTED] and [REDACTED], I accept the submission that the respondent will pay no support. That will be effective September 1st, 2010. The parties seem to be in agreement with continuing to save for their sons' education but apparently there may be some tax issues concerning the RESP. As the evidence on that is unclear, that will not be part of the order at this time.

[70] There will be access to the children by the respondent on the following basis:

- (a) during the fall school break, in Canada, unless the parties otherwise agree;
- (b) one week in Canada at Christmas during the school break, the dates to be arranged directly between the parties;
- (c) one week during the winter school break, in Canada, unless the parties otherwise agree;
- (d) one week in the spring in the United Kingdom, if the respondent is available;
- (e) four weeks in the summer, in Canada, during the summer school break;
- (f) such other times as the parties may arrange from time to time;
- (g) reasonable telephone and webcam access.

[71] I have increased the number of possible trips to Canada from the applicant's plan in recognition of the family ties that the children have here. With respect to the spring break, it may be that the respondent will use that week during the March Break that [REDACTED] and [REDACTED] have off as well, as another opportunity for the stepbrothers to have time together.

[72] In view of the joint custody order, the court has not specifically listed the sharing of information concerning [REDACTED] and [REDACTED] or the ability of the respondent to talk directly with any professionals involved with the children. I expect from the evidence that will occur, noting the cooperation and communication between the parties on issues related to their sons.

[73] The original motion included a request to eliminate the respondent's obligation to continue spousal support for the applicant at \$1.00 per year, as was set out in the agreement. On the basis of the submissions, leave to withdraw that request is granted.

---

J. W. Scott

DATE: August 13, 2010

b.Argentina  
FALLO SOBRE REGIMEN DE VISITAS VIRTUAL ENTRE EL PADRE Y SU HIJO  
MENOR  
F. S. c/ C. E. s/ régimen de comunicación  
Tribunal Colegiado de Familia de Rosario 5  
30/12/08

Sumario:

1.-Corresponde hacer lugar al régimen de comunicación solicitado por la actora a favor de su hijo, encuadrando la presentación como medida autosatisfactiva, y en consecuencia, imponer al padre del menor que vive en el exterior la obligación de suministrar a su hijo una computadora con cámara web y tecnología suficiente para permitir que el niño tome contacto en forma provisional vía Internet, a través del servicio del Chat, bajo apercibimiento de ordenarse la retención en sus ingresos a tal fin, intimándolo a denunciar su domicilio real, pues, se verifica la verosimilitud del derecho que surge de la existencia del vínculo matrimonial entre la actora -madre que representa al niño- y el demandado, se da la necesidad de quien la solicita, la posibilidad económica del demandado de suministrar los elementos requeridos, y el despacho in extremis está representado por la presencia del padre en la ciudad y por un escaso período de tiempo.

2.-Resulta procedente el régimen de comunicación virtual solicitado por la madre del menor contra el padre que vive en el exterior, pues, de los obrados se desprende la obstaculización e impedimento de contacto adecuado entre el progenitor y su hijo, por la conducta paterna, al mudarse al continente europeo sin suministrar un domicilio, ni teléfono, sumado a su trabajo como embarcado que torna más difícil el contacto, hechos que configuran una violencia psíquica de acuerdo al decreto reglamentario de la ley de protección contra la violencia familiar e importa desconocer el mejor interés del menor contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.-La presentación de la madre del menor, en cuanto solicita la fijación de un régimen de comunicación virtual contra el padre que vive en el exterior y no se comunica con el niño, debe ser enmarcada jurídicamente dentro de la medida autosatisfactiva que la ley 11.529 establece -art. 5° -, al poseer como características particulares una solución autónoma urgente, no cautelar, despachable in extremis e inaudita parte, donde su finalidad se agota con la concesión o rechazo de la misma, componiéndose la medida de una obligación dineraria consistente en la adquisición de una computadora con tecnología suficiente para establecer los contactos virtuales entre el niño y su padre no conviviente, y de una obligación de hacer que es la imposición de un régimen de adecuada comunicación virtual, todo lo cual importa un verdadero anticipo de la garantía jurisdiccional.

4.-Si bien en el país no existe una legislación específica que contemple la ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su hijo, la expresión "adecuada comunicación" del art. 264, inc. 2 , del Código Civil, más el art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 29 Ley 26.061 autorizan a admitir el régimen de comunicación virtual que la madre del menor pretende se establezca entre su hijo y el padre, porque fundamentalmente es la única forma de mitigar la incertidumbre del niño con su padre ausente, saber de su vida y a su vez, relatarle sus

experiencias, sus alegrías, sus dificultades y puede contribuir a que el padre se empiece a interesar más por la vida del hijo.

Fallo completo:

ROSARIO, 30 DE Diciembre de 2.008

Y VISTOS:

Los presentes caratulados: FS C/ CE S/ REGIMEN DE COMUNICACION. EXTE. N° 3589/08; DE LOS QUE RESULTA: Que FS con patrocinio letrado incoa régimen de comunicación a favor de su hijo menor AC contra el Sr. CE. Relata que contrajo matrimonio el 11-3-1994, naciendo des esa unión AC el 4 de octubre de 1999. En 2004 cuando el niño tenía cuatro años el padre se trasladó transitoriamente a España desempeñándose actualmente como embarcado, no regresando. AC no ha podido tomar contacto pese a los reiterados pedidos, negándose a proporcionar información acerca del lugar donde reside y trabaja, ni teléfono donde llamarlo, siendo la única vía por teléfono celular esporádicamente y con los altos costos y por eso vive expectante de que su padre se comunique con él no pudiendo el niño hacerlo con el padre. Agrega que no tiene más la dirección de e mail para contactarse con lo cual no lo puede saludar para el cumpleaños, día del padre ni contarle sus progresos, inquietudes y angustias. Hace siete meses que no lo llama más, enterándose que el padre venía a pasar las fiestas con sus abuelos. Acompaña un informe psicológico. Propone como régimen de comunicación que el Sr. CE proporcione a su hijo los datos de residencia así como también los de la empresa donde trabaja para que AC pueda enviarle cartas, dibujos, obsequios, etc; un teléfono fijo donde el hijo pueda llamarlo a España y especialmente que se fije un régimen de comunicación virtual estableciéndose Martes, jueves y domingo en horario a convenir y en sesiones de video Chat de una hora cada una para que AC y su padre puedan verse y hablar por Internet, con uso de cámaras. Atento a que AC no cuenta con computadora ni posibilidad de adquirirla peticiona se ponga en cabeza de CE la obligación de proveer los medios tecnológicos necesarios a tal efecto. Ofrece prueba documental. (fs. 7/10).

Brindado el trámite pertinente, se convoca a audiencia donde no asiste el Sr. CE pese a estar debidamente notificado, haciéndosele saber en el decreto pertinente que en caso de inasistencia se procederá a resolver conforme las circunstancias de autos, cargándose en costas, sin perjuicio de la denuncia contemplada por ley 24.270 . (fs. 11).

En la citada audiencia FS ratifica lo expuesto en la demanda y agrega que trabaja como reemplazante de portera en la Escuela Provincial XX, percibiendo mensualmente alrededor de \$1.000 los meses que trabaja. Refiere que está actualmente casada pero separada de hecho del Sr. CE desde hace cuatro años pues la idea era irse todos a España pero nunca se cumplió, manifiesta que las tías Vanesa y Marta C, hermanas del demandado le manifestaron a su hijo AC de 9 años que el padre se había ido a La Florida con la abuela la cual trabaja en un carrito de venta de "pororó". Sabe que el padre está en

la ciudad de Tarragona, España pero desconoce su domicilio real. Debido a que sus ingresos no le permiten la adquisición de una computadora y siendo a través de la misma la única posibilidad que su hijo tiene para poder seguir comunicado con el padre surge el planteo hecho en la demanda. Sostiene que la relación del hijo con el padre era muy buena y su hijo maneja computación pues en la escuela le enseñan. Aclara que a la abuela paterna le llama una vez cada semana y el demandado le compró una notebook a la hermana y también a su hijo pero que era muy chico para usarlo, aunque desconoce si ello es cierto. También las tías le dijeron a su hijo que el padre se vuelve a España para el 4 o 5 de enero de 2009 (fs 14)

Habiendo dictaminado en sentido favorable la Defensora General sumándole la recomendación de la continuidad del apoyo terapéutico (fs.15 ), se encuentran los presentes en estado de resolver;

#### Y CONSIDERANDO.

Que en autos la madre en representación de su hijo de nueve años pide la fijación de un régimen de comunicación virtual contra el padre quien vive en España, trabaja como embarcado, pero que no se comunica con el niño epistolar ni telefónicamente. Además solicita la adquisición de los medios tecnológicos para lograr la comunicación vía Chat y con cámara para visualizarse a través de Internet.

Que la legitimación activa y pasiva se encuentra acreditado a través de la partida de nacimiento y de matrimonio entre actora y demandado ( fs. 1/2)

Que de las constancias de autos se tiene:

1.- En la audiencia convocada para oír a las partes pese a encontrarse debidamente notificado el progenitor no asiste, sí lo hace la actora, quien además de ratificar la demanda explica su carencia económica para adquirir una computadora y una cámara web para lograr la ansiada comunicación de su hijo con el padre a la distancia. (fs. 14)

2.- Del informe de la psicóloga tratante del niño, por consejo de la docente del año pasado, se puede leer que el niño está angustiado por la ausencia del padre, la incertidumbre acerca de su regreso y su incomprensión porque el padre ".no lo llama a su casa, sino que solo puede hablar con el desde la casa de su abuela paterna" . "el niño demanda de su padre amor, cuidado, interés por sus actividades" (fs.3)

Las nociones de eficacia en el proceso y economía procesal alcanzan gran trascendencia, las que a su vez se encuentran estrechamente ligada al aspecto temporal, toda vez que el Derecho de Familia debe ser actuado en forma oportuna con la premura y prudencia que la cuestión exija, para conceder soluciones eficaces, y la protección contra toda forma de violencia familiar cabe dentro de éste entendimiento.



Que de los obrados se desprende la obstaculización e impedimento de contacto adecuado entre el progenitor y su hijo, por la conducta paterna, al mudarse al continente europeo sin suministrar un domicilio, ni teléfono, sumado a su trabajo como embarcado lo cual torna más difícil el contacto, hechos que configuran una violencia psíquica de acuerdo al decreto reglamentario de la ley de protección contra la violencia familiar e importa desconocer el mejor interés del menor contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esa noción se emparenta con la de su bienestar en la más amplia acepción del vocablo y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida.

La presentación por tanto, enmarcaría jurídicamente dentro de la medida autosatisfactiva que la ley 11.529 establece -art. 5º-, al poseer como características particulares una solución autónoma urgente, no cautelar, despachable in extremis e inaudita parte, sin depender de la promoción de una acción de estado o de ejercicio de estado de familia ulterior, pues su finalidad se agota con la concesión o rechazo de la misma. (Jorge W.Peyrano -Director- "Medidas autosatisfactivas", Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999)

La medida se compone de una obligación dineraria consistente en la adquisición de una computadora con tecnología suficiente para establecer los contactos virtuales entre el niño y su padre no conviviente y de una obligación de hacer: imposición de un régimen de adecuada comunicación virtual, todo lo cual importa un verdadero anticipo de la garantía jurisdiccional

En relación a los requisitos:

- 1.- La verosimilitud del derecho, surge de la existencia del vínculo matrimonial entre la actora - madre que representa al niño- y el demandado.
- 2.- La necesidad de quien la solicita -art. 264 inc. 2 Código Civil-
- 3.- la posibilidad económica del demandado de suministrar los elementos requeridos.
- 4.- El despacho in extremis está representado por la presencia del padre en ésta ciudad y por un escaso período de tiempo y la eventualidad de escuchar su parecer en la audiencia convocada aunque con resultado negativo.

En la legislación actual los deberes de la patria potestad no son deberes disponibles. Son los llamados derecho-deber, cuyo ejercicio es obligatorio (como ocurre con el derecho de éste niño a tener amplia posibilidad de comunicación con su progenitor), y aunque resulte paradójico que sea al mismo tiempo derecho y deber, lo que pasa es que el derecho y el deber se poseen en relación con acciones distintas.

Con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la Constitución Nacional se modifica en forma profunda y radical la concepción de la niñez y por otra parte la normativa obliga al Estado, la familia y la comunidad a establecer nuevas

maneras de pensar y actuar en relación con las generaciones más jóvenes. Se abandona la concepción del niño como incapaz, se intenta lograr el respeto de todos sus derechos, y se fija el reconocimiento de una protección adicional.

Si bien puede resultar difícil de aceptar la idea de que los niños tienen derechos propios y fundamentalmente que sus intereses pueden diferir de los de sus padres, en relación al caso de autos toda restricción o supresión del régimen de adecuada comunicación debe estar condicionada a un concreto y acreditado peligro o daño para la salud física y tutelar el derecho del niño a mantener esa comunicación con su padre, indispensable para su buena formación.

Lo expuesto está íntimamente imbricado con la autodeterminación del niño lo cual conlleva a la exigencia de razonar distinto a fin de consagrar en forma efectiva de la idea de sujeto de derecho. De acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 se debe resolver conforme su voluntad, a menos que se demuestre que su opinión o de la de su representante legal -como en el caso la Defensora General que lo representa- es contraria a su mejor interés.

La aludida Convención Internacional, además consagra la obligación y responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y desarrollo del hijo (art. 18.1), propugnando el derecho de éste a no ser separado de sus padres (art. 9.1) y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos (art. 9.3.y 10.2).

Los antecedentes jurisprudenciales son todos de éste siglo y no solos silogismos del que la ley sería la premisa mayor y el caso la menor, sino que contienen como fundamento ineludible la tecnología comunicacional como la fuerza más creativa del momento aplicada a favor de la primera generación de niños en haber conocido un panorama mediático diversificado, dado que su nacimiento coincidió con la revolución audiovisual.

Así entre los pioneros cabe citar a Tribunales norteamericanos que autorizan el contacto mediatizado entre hijos y padres que no ejercían su custodia, siendo una de las primeras la pronunciada en 2001 por la División de Apelación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de New Jersey. (nota publicada el 5 de enero de 2001 en el Washington Post titulada "Un Tribunal considera suficiente las visitas virtuales", p. A12 o en <http://washingtonpost.com/wpdyn/articles/A26000-2001Jan5.html>. También puede consultarse Family Law Quarterly - Vol. 36, No. 3, Fall 2002 - Publication Date: January 2002, Sarah Gottfried, Virtual Visitation: The Wave of the Future in Communication Between Children and Non-Custodial Parents in Relocation Cases, 36 FAM. L. Q. 475 (2002). (Need to order from the ABA).

En la legislación internacional, los estados de Utah, Wisconsin, Texas y Florida en EEUU., promulgaron una legislación específica que prevé este tipo de comunicación.

Venezuela desde 1998, regula por "La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente", la patria potestad, aunque siguen vigentes en la materia algunas disposiciones del Código Civil y la citada ley en su sección cuarta sistematiza lo atinente a las visitas correspondientes a los padres que no ejerzan la patria potestad o que ejerciéndola no tengan la guarda del hijo, señalándose un doble juego de derechos: el derecho paterno a visitarlo, y el del niño o adolescente a ser visitado y en su artículo 386 determina que las visitas "pueden comprender cualquier otra forma de contacto entre el niño o adolescente y la persona a quien se le acuerda la visita, tales como: comunicaciones telefónicas, telegráficas, epistolares y computarizadas".

En Argentina no existe una legislación específica que contemple la ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su hijo, pero la expresión "adecuada comunicación" del art. 264 inc. 2 del Código Civil, más el art. 4 Convención sobre los Derechos del Niño ("Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.") y el artículo 29 Ley 26.061 ("Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley") autorizan a admitir este tipo de contacto, porque fundamentalmente es la única forma de mitigar la incertidumbre de este niño con su padre ausente, saber de su vida y a su vez, relatarle sus experiencias, sus alegrías, sus dificultades y puede contribuir a que el padre se empiece a interesar más por la vida del hijo. Respecto de la compra de los elementos tecnológicos indispensables, para lograr el contacto pretendido, el uso masivo de la computadora, el mensaje de texto y el chat recurso que en Internet permite comunicarse en forma de texto con otro usuario y la pantalla de los teléfonos móviles, entre otros, resulta ineludible para enlazar electrónicamente de manera instantánea y simultánea al niño y su progenitor.

Lo expuesto no significa desconocer que tanto los padres como sus hijos de carne y hueso necesitan 'tiempo real', encuentro directo que se dificulta notablemente entre un niño de nueve años y su padre alejado desde hace cuatro años, en otro continente, océano de por medio y con claras señales de no tener la voluntad de concretarlo. Estas "visitas virtuales" obviamente no pretenden ser sustitutos de los contactos telefónicos, ni de encuentros reales, pero posibilitan hacer sentir la presencia del padre más cercana y al sumarse la cámara es una forma de dialogar con imágenes, en forma más interactiva.

Es indispensable jerarquizar el principio constitucional de la tutela judicial efectiva como fundamental y básico para la protección de los derechos de los niños "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 "convenga al interés familiar". La prescripción apunta así a impedir el ejercicio antifuncional o abusivo de la patria potestad, la que se

define como el conjunto de derechos y deberes que se atribuyen a los padres, pero en correspondencia directa con la protección y formación integral de los hijos (art. 264, Cód.Civil)", (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mayo, 13-1988, LL, 1989-D-122).

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 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 ésta Provincia, vía Internet, a través del servicio del chat en el que se utilizará cámara en ambas computadoras, 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. Asimismo se intima al demandado a suministrar su domicilio real.

Que según el dictamen de la Defensora General favorable a la medida pretensa, se recomienda la continuidad del apoyo terapéutico que recibe el niño (FS. 15)

En cuanto a las costas y a tenor del apercibimiento contenido en el primer decreto ante la ausencia del demandado, se le impondrán a su cargo (art. 251 del CPCCSF)

Por todo lo expuesto, art. 67 de la LOPJ;

RESUELVO:

Admitir la presente como medida autosatisfactiva y en consecuencia: 1.- Imponer al Sr. CE la obligación de suministrar una computadora con cámara web y tecnología suficiente para contactos virtuales dentro del término de treinta días bajo apercibimiento de ordenarse la retención en sus ingresos a tal fin; 2.- Establecer que el niño AC tome contacto con su progenitor CE, 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 ésta Provincia, vía Internet, a través del servicio del chat, 3.- Intimar al Sr. CE a denunciar su domicilio real; 4.- Imponer las costas al demandado; 5. - Regular los honorarios profesionales de la Dra. Lorena S. Capella en . PESOS (\$.), . JUS; 6.- Los honorarios regulados deberán ser cancelados dentro de los treinta días contados a partir de la fecha en que quede firme el presente, estableciéndose a los fines previsto en el art. 32 de la ley 6767 modificado por ley 12.851, que desde dicha fecha y en caso de falta de pago se aplicará un interés moratorio calculado sobre la base de la tasa activa sumada para operaciones de descuento de documentos que rija en el Banco de Santa Fe.

Atento la urgencia autorizar la notificación en el día. Notifíquese a Caja Forense  
Insértese y hágase saber.  
FDO. RICARDO J. DUTTO. Juez.  
LUIS A. BITETTI. Secretario.

c.Estados Unidos  
IN THE SUPREME COURT  
STATE OF NORTH DAKOTA  
2007 ND 66

Kari Lynn Gilbert, Plaintiff and Appellant v. Boe Jason Gilbert, Defendant and Appellee  
No. 20060306  
Appeal from the District Court of Mercer County, South Central Judicial District, the  
Honorable Gail H. Hagerty, Judge.  
REVERSED AND REMANDED.  
Opinion of the Court by Maring, Justice.  
Jessica J. Wolf, Lange & Donovan, PLLP, P.O. Box 488, Hazen, N.D. 58545-0488, for  
plaintiff and appellant.  
Rudolph A. Tollefson, Solem Law Office, P.O. Box 249, Beulah, N.D. 58523-0249, for  
defendant and appellee.  
Gilbert v. Gilbert  
No. 20060306

[1] Kari ██████, formerly known as Kari ██████, appeals from a district court order denying her motion to move with her child to West Virginia. We conclude the district court's finding the move is not in the child's best interests is clearly erroneous, and we reverse and remand with instructions the court enter an order granting the motion to move and establishing an appropriate visitation schedule.

I

[2] ██████ and ██████ were married in 1998, and have one child together. ██████ also has physical custody of a second child from a previous relationship. In 2001, ██████ and ██████ divorced. Merritt was awarded sole custody of the parties' child, and ██████ was awarded visitation. The parties agreed ██████ would have visitation every other weekend, every other holiday, and extended summer visitation starting with two weeks the first year and increasing one week each year until ██████ had a total of eight weeks of summer visitation. The parties are flexible with the visitation schedule, and Gilbert often has more visitation than was ordered.

[3] ██████ married Michael ██████ in July 2006. Michael ██████ lives in Ripley, West Virginia, but his occupation requires extensive travel to various locations in the United States, and he is often only in West Virginia for approximately four months a year.

Michael ██████ testified his employer provides transportation to the job sites from West Virginia, and he would be required to pay his own travel expenses if he decided to live in another state.

[4] ██████ is pursuing a degree in addiction studies, and will fulfill her degree requirements after completing an internship. ██████ testified she would have to relocate within the state to pursue her career because there are no addiction counseling positions in Mercer County, where she currently resides. ██████ has secured an internship position in West Virginia, and was offered a permanent position upon completion of the internship. ██████ testified she will earn approximately \$10,000 per year more in West Virginia as an addiction counselor.

[5] In 2006, ██████ moved for permission to move the parties' child to West Virginia. After a hearing, the district court denied ██████'s motion. The court concluded the move was not in the child's best interests because it would negatively impact the child's quality of life and the child's relationship with ██████ and extended family.

## II

[6] A district court's decision on relocation is a finding of fact, which will not be reversed on appeal unless it is clearly erroneous. *Porter v. Porter*, 2006 ND 123, ¶ 5, 714 N.W.2d 865. "A finding of fact is clearly erroneous if it is induced by an erroneous view of the law, if there is no evidence to support it, or if, although there is some evidence to support the finding, on the entire evidence, we are left with a definite and firm conviction that a mistake has been made." *Dvorak v. Dvorak*, 2006 ND 171, ¶ 11, 719 N.W.2d 362.

[7] "A parent entitled to the custody of a child may not change the residence of the child to another state except upon order of the court or with the consent of the noncustodial parent." N.D.C.C. § 14-09-07. A court's primary consideration in relocation cases is whether it is in the child's best interests to move to another state. *Dvorak*, 2006 ND 171, ¶ 12, 719 N.W.2d 362. The custodial parent has the burden of proving, by a preponderance of the evidence, that the move is in the child's best interests. *Id.*

[8] In evaluating whether the move is in the child's best interests, the district court must apply the four factors enumerated in *Stout v. Stout*, 1997 ND 61, 560 N.W.2d 903, and modified in *Hawkinson v. Hawkinson*:

1. The prospective advantages of the move in improving the custodial parent's and child's quality of life,
2. The integrity of the custodial parent's motive for relocation, considering whether it is to defeat or deter visitation by the noncustodial parent,
3. The integrity of the noncustodial parent's motives for opposing the move, [and]
4. The potential negative impact on the relationship between the noncustodial parent and the child, including whether there is a realistic opportunity for visitation which can

provide an adequate basis for preserving and fostering the noncustodial parent's relationship with the child if relocation is allowed, and the likelihood that each parent will comply with such alternate visitation.

Hawkinson v. Hawkinson, 1999 ND 58, ¶¶ 6, 9, 591 N.W.2d 144. One factor is not dominant, and what may be a minor factor in one case may be more important in another case. Dvorak, 2006 ND 171, ¶ 14, 719 N.W.2d 362. The court must address all four factors in evaluating whether the move is in the child's best interests, and failure to address all four factors is reversible error. Porter, 2006 ND 123, ¶ 6, 714 N.W.2d 865.

[¶9] In this case, the district court made findings on the four Stout-Hawkinson factors. Merritt does not challenge the court's findings on the second and third factors, but argues the court's findings on the first and fourth factors are clearly erroneous.

A

[10] The first Stout-Hawkinson factor requires the district court to consider the prospective advantages of the move, and in doing so, the court must consider both the economic opportunities and the non-economic benefits of the relocation. Porter, 2006 ND 123, ¶ 8, 714 N.W.2d 865. An essential part of the analysis is the "importance of maintaining continuity and stability in the custodial family." *Id.* (quoting *Goff v. Goff*, 1999 ND 95, ¶ 14, 593 N.W.2d 768). "A [district] court that fails to give sufficient credence to the importance of keeping the custodial family intact commits reversible error." *Oppegard-Gessler v. Gessler*, 2004 ND 141, ¶ 10, 681 N.W.2d 762.

[11] Here, the district court concluded the first factor did not support relocation and made the following findings:

In the present case, Kari [REDACTED] argues that she has improved employment opportunities in West Virginia. She has been attending school to become a chemical addiction treatment professional, and testified that she is required to complete an internship before she can be employed. She believes she has an opportunity to complete the internship and gain employment in West Virginia.

However, she opted not to seek an internship in North Dakota because she planned to move. While there may not have been opportunities for an internship in Mercer County, the evidence suggests she might well be able to complete an internship in the Bismarck-Mandan area or in another location relatively close to her home.

While Kari [REDACTED] believes she may have better employment opportunities in West Virginia, there was no evidence concerning salaries and cost of living on which the Court could make a determination that a move would improve her standard of living.

The court's findings also suggest the court concluded [REDACTED] would not benefit from the move because her husband works out of town most of the year and it may be better if Michael [REDACTED] moved to North Dakota. In summarizing its decision, the court said:

Based on the record, I conclude Kari [REDACTED] has not established that the move would improve her quality of life, and it would impact negatively on [the child's] quality of life. The move would allow Kari [REDACTED] to live where her husband resides, but he is away from his residence a significant amount of time. While she may obtain employment in West Virginia, she has not made a good faith effort to obtain similar employment in the area where she now resides. The move would require [the child] to leave the area where she has lived and enjoyed a close relationship with both of her parents.

[12] The court found [REDACTED] did not make a good faith effort to find employment in North Dakota and did not present evidence of the economic benefits of moving. However, [REDACTED] did not choose to move for economic reasons; she wanted to move to live with her new husband. The court failed to consider the benefits to the custodial family as a result. The interests of the child are so connected to the custodial parent's well being that the interests of the custodial parent must be taken into account:

Prohibiting a move by the custodial parent may force that parent to choose between custody of his or her child and opportunities that may benefit the family unit, including the child as well as the parent. These may include a new marriage, an important job opportunity, or a return to the help provided by an extended family in the rearing of the child by a single parent. Imposing this choice can be severely detrimental to the psychological and economic well-being of the parent over many years. It also has the potential for burdening the parent-child relationship for many years, regardless of the choice the parent makes.

*Stout v. Stout*, 1997 ND 61, ¶ 18, 560 N.W.2d 903 (quoting Judith S. Wallerstein and Tony J. Tanke, *To Move or Not to Move: Psychological and Legal Considerations in the Relocation of Children Following Divorce*, *Fam. L.Q.*, Vol. 30 No. 2, Pg. 305, 314-15 (Summer 1996)) (emphasis added). In this case, the court's decision may force Merritt to choose between her new marriage and having physical custody of her child.

[13] We have long emphasized, even before the Stout-Hawkinson factors were applied, the importance of maintaining continuity and stability in the custodial family, which includes allowing the custodial family to move to be with a new spouse, and we have reversed relocation decisions when the court did not give that consideration enough weight. See, e.g., *Tibor v. Tibor*, 1999 ND 150, ¶ 19, 598 N.W.2d 480 (reversing denial, court failed to give adequate consideration to keeping custodial family together after custodial parent wanted to relocate because new spouse had secured a high paying job out of state); *Paulson v. Bauske*, 1998 ND 17, ¶ 9, 574 N.W.2d 801 (reversing denial, court failed to give adequate consideration to the need to keep the custodial family together after custodial parent wanted to relocate because new spouse secured employment in another state); see also *Thomas v. Thomas*, 446 N.W.2d 433, 435 (N.D. 1989) (affirming district court's finding that continuity and stability in custodial family weighed heavily in favor of allowing move after custodial parent wanted to relocate because new spouse's job required move). Furthermore, we can find no cases where a custodial parent's request to move out of state to live with a new spouse was denied when the integrity of the custodial parent's motive for moving was not questioned.



[14] Though in Stout we said that while "no one factor is to be dominant" in the relocation analysis, we recognized that one factor may be minor in one case, but the dominant factor in another case. Stout, 1997 ND 61, ¶ 37, 560 N.W.2d 903. When the custodial parent desires to move to live with a new spouse, we conclude that fact becomes dominant in favor of allowing the move, particularly, in cases such as this, when there is no evidence of ill motive or that the visitation is not likely to occur.

The children's best interests are inextricably interwoven with the quality of life of the custodial parent, with whom they live and upon whom they rely emotionally. A move which benefits the health and well-being of a custodial parent is certainly beneficial to the parent's child, and is consequently in the child's best interests. It is axiomatic that a newly-wed couple wants to live together and that the child is benefitted by the satisfaction that the custodial parent derives from residing with her spouse.

Tibor, 1999 ND 150, ¶ 13, 598 N.W.2d 480 (citations and quotations omitted). In this case, the court clearly erred in failing to give any consideration to the non-economic benefits of the move, including the importance of the stability and continuity of the custodial family and the new marriage.

[15] Moreover, the court's findings about the economic advantages of the move are not supported by the evidence. The court found ██████ did not present evidence of salaries and cost-of-living. A custodial parent is not required to provide a comparative cost-of-living analysis to prove the economic advantages of the move. Dickson v. Dickson, 2001 ND 157, ¶ 19, 634 N.W.2d 76. ██████ presented evidence of the economic advantages of the move. Merritt testified that she received an offer of employment in West Virginia, and that she would earn approximately \$10,000 more per year in West Virginia as an addiction counselor than in North Dakota. Merritt testified the custodial family would be better off financially if they reside in West Virginia because they would only have to support one household. She also testified that, if she stayed in North Dakota, she would have to relocate within the state because there are no job opportunities for addiction counselors in the area where she resides. Michael ██████ testified that if he moved to North Dakota his expenses would increase because he would have to provide his own transportation to job sites throughout the country. The evidence in the record does not support the court's findings.

[16] We conclude the district court failed to correctly apply the law. It did not give consideration to the evidence ██████ offered of both economic and non-economic advantages of the move, and failed to consider the importance of keeping the custodial family intact. We therefore conclude the court's findings are clearly erroneous.

## B

[17] The fourth Stout-Hawkinson factor requires the district court consider "the negative impact of the move on the noncustodial parent's relationship with the child[] and the ability to restructure visitation to foster and preserve the relationship." Oppegard-

Gessler, 2004 ND 141, ¶ 15, 681 N.W.2d 762. Distance alone cannot be the basis for denying the custodial parent's request to move, rather it must be considered in the context of the ability to modify the visitation schedule so that the noncustodial parent's relationship with the child is maintained. Goff, 1999 ND 95, ¶ 17, 593 N.W.2d 768. Although it may be impossible to establish a visitation schedule with the same amount of visitation or with visitation as frequent, in analyzing the fourth factor, the court must consider that "[a] visitation schedule which provides less frequent, but extended, visitation periods will preserve a noncustodial parent's ability to foster and develop a relationship with the child." Tibor, 1999 ND 150, ¶ 24, 598 N.W.2d 480.

[18] Here, both ██████ and ██████ proposed a modified visitation schedule. ██████ proposed week long Thanksgiving, Christmas, and spring break or Easter visitation in alternating years; and extended summer visitation starting with five weeks during the summer of 2006 and increasing by one week each year up to a total of eight weeks of visitation. ██████ proposed the visitation exchanges occur in Beloit, Wisconsin, with each party paying their own expenses, and if the child travels by plane ██████ would pay for the child's ticket and a parent would accompany the child on the plane, with the parent paying for their own ticket. ██████ proposed a similar visitation schedule, but requested summer visitation starting one week after the completion of the school year and ending one week before the start of the new school year. ██████ also agreed to use Beloit, Wisconsin, as an exchange location with each party paying their own transportation expenses, but he proposed if the child travels by plane a parent would accompany the child and the parties would evenly split the child's transportation expenses.

[19] The district court concluded the fourth factor did not support relocation after considering only ██████'s proposed visitation schedule. The court found it was unlikely the full amount of visitation would occur because it would involve a lot of travel time and significant expense, and the summer visitation was not an extended visitation because it was the same amount of visitation ██████ receives under the current visitation schedule. The court concluded the move would negatively impact the child's relationship with her father and extended family, and there would not be a reasonable opportunity for visitation to maintain the child's relationship with ██████ and extended family.

[20] We conclude the district court's findings that visitation could not be restructured are clearly erroneous. The court only considered ██████'s proposed visitation, and failed to consider ██████'s proposal or to fashion its own visitation schedule. The district court concluded the visitation would likely not occur due to the high transportation costs, but there is no evidence to support the court's finding. ██████ has complied with the court ordered visitation in the past and has been flexible allowing more visitation than was ordered. There is no evidence in the record that the visitation would not occur. Furthermore, ██████ conceded in his brief and at oral argument the visitation schedule

could be restructured, there is no reason the visitation would not occur, and the evidence did not support the court's findings.

[21] The visitation schedule can be restructured to foster the relationship between the child and ██████ by allowing liberal visitation during the summer months and holiday vacations. ██████'s proposed visitation schedule is similar to those we have indicated are acceptable in other cases. See, e.g., *Jelsing v. Peterson*, 2007 ND 41, ¶¶ 19-20, 729 N.W.2d 157; *Tibor*, 1999 ND 150, ¶¶ 25-26, 598 N.W.2d 480. ██████'s proposed visitation schedule allowed for week long Thanksgiving, Christmas, and spring break or Easter visitation in alternating years, and summer visitation beginning one week after the school year ends until one week before the school year begins. He also proposed the visitation exchanges occur in Beloit, Wisconsin, with the parties paying their own transportation expenses, or if air transportation is used the parties would split the child's transportation expenses. On remand, the district court can consider establishing a visitation schedule similar to that proposed by ██████.

[22] The district court can also consider whether virtual visitation can be used to supplement in-person visitation. Virtual visitation includes using the telephone, Internet, web-cam, and other wireless or wired technologies to ensure the child has frequent and meaningful contact with the noncustodial parent. It is most useful in cases such as this where the child and noncustodial parent are accustomed to seeing each other on a regular basis but no longer will be able to because of the relocation. Virtual visitation is not a substitute for personal contact, but it can be a useful tool to supplement in-person visitation. Virtual visitation is becoming more widely recognized as a way to supplement in-person visitation. See, e.g., *Tibor*, 1999 ND 150, ¶ 26, 598 N.W.2d 480 ("modern transportation reduces the measure of distance from days to hours, and instant communication is available through phone and cable links."); *McCoy v. McCoy*, 764 A.2d 449, 454 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001) (using the Internet to enhance visitation was creative and innovative); Fla. Stat. Ann. § 61.13001(9)(a) (2007) (urges courts to consider virtual visitation in relocation cases); Utah Code Ann. § 30-3-33(14) (2007) (advisory guidelines for parent-time arrangements suggest using virtual visitation to supplement in-person visitation); Wis. Stat. Ann. § 767.41 (2007) (parenting plan should include information about using electronic communication between child and parent). Virtual visitation is another option the district court can consider to help maintain and foster the relationship the child has with ██████ and her extended family.

### III

[23] We have reviewed the record and conclude the district court's finding the move is not in the child's best interests is clearly erroneous. Because the district court's findings on economic benefits are not supported by the evidence, the district court failed to consider the importance of the stability of the custodial family and new marriage, there is no evidence of ill motive, and the district court's findings that visitation could not be restructured or is not likely to occur are not supported by the evidence; we conclude the

district court misapplied the law and on this record we are left with a definite and firm conviction a mistake has been made. We reverse the order of the district court and remand with instructions the district court enter an order granting the motion to move and establishing an appropriate visitation schedule.

[24]Mary Muehlen Maring, Carol Ronning Kapsner, Benny A. Graff, S.J., Gerald W. VandeWalle, C.J.