



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

CONSECUENCIAS APLICABLES AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE
RELACION DIRECTA Y REGULAR ENTRE PROGENITORES E HIJOS

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Paula Godoy Flores

Profesor guía: Gabriel Hernández.

Santiago, Chile

2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I: NOCIÓN, EVOLUCIÓN, FUNDAMENTOS Y FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR	9
1. Noción _____	9
2. Evolución _____	12
3. Fundamento _____	15
3.1. Preliminar _____	15
3.2. 1. El principio del interés superior del niño _____	18
3.3. 2. Derecho del niño a ser oído _____	21
3.4. 3. Corresponsabilidad parental, igualdad entre los padres y coparentalidad _____	23
3.5. 4. Autonomía progresiva del niño _____	28
4. Contenido de la relación directa y regular. _____	30
5. Determinación de la relación directa y regular. _____	34
CAPITULO II: CONSECUENCIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN COMUNICACIONAL CONTEMPLADOS POR EL ORDENAMIENTO CHILENO	36
1. Preliminar _____	36
2. Principios como parámetro de determinación de las consecuencias ante el incumplimiento _____	39
3. Hipótesis de incumplimiento del régimen _____	43
3.1. Relativas al progenitor que no tiene el cuidado personal _____	44
3.2. Relativas al progenitor que tiene el cuidado personal _____	44
4. La mediación como mecanismo de fomento del cumplimiento y ante el cumplimiento _____	45
5. Consecuencias ante el incumplimiento _____	52
5.1. Derecho de familia y civil _____	53
a) Restricción y suspensión del régimen comunicacional _____	55
b) Suspensión y modificación del cuidado personal _____	56
c) Responsabilidad civil _____	58
5.2. Derecho sancionatorio _____	61
a) Multa _____	61
b) Arresto _____	63

c) Pena privativa de libertad _____	64
d) Crítica _____	66

CAPÍTULO III: CONSECUENCIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN COMUNICACIONAL CONTEMPLADAS POR ORDENAMIENTOS EXTRANJEROS	69
1. Consecuencias similares a las contempladas por el ordenamiento chileno _____	70
2. Facultades y deberes del progenitor no custodio _____	71
3. Consecuencias del derecho de familia y civiles _____	73
3.1. Suspensión _____	73
3.2. Restricción _____	74
3.3. Suspensión y modificación del cuidado personal _____	74
3.4. Responsabilidad civil _____	75
3.5. Cláusula penal _____	79
4. Consecuencias del derecho sancionatorio _____	80
4.1. Multa _____	80
4.2. Arresto _____	80
4.3. Pena privativa de libertad _____	81
5. La mediación en el derecho comparado _____	84
 CONCLUSIONES	 93
 BIBLIOGRAFÍA	 101
 ANEXO	 112

Resumen

Este trabajo pretende identificar distintas problemáticas que se derivan del hecho de que los hijos no vivan con ambos padres, particularmente, en relación al derecho de mantener una relación directa y regular con el padre/madre que no vive con ellos. Específicamente, se abordará el tema del incumplimiento de la relación directa y regular, que se puede dar de diversas formas y por varios motivos, y se analizará cómo el ordenamiento chileno da respuesta a ese incumplimiento, mediante la adopción de medidas que sirvan para la protección efectiva de este derecho de los niños, niñas y adolescentes.

Para esto, se revisará tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, los aspectos generales del derecho de relación directa y regular, entendido como un derecho fundamental de los niños, la consideración de los principios que rigen el derecho de familia en relación al régimen comunicacional y las medidas que contempla el ordenamiento para promover y asegurar su cumplimiento así como también las consecuencias derivadas del incumplimiento, para luego determinar qué aspectos son los que generan más conflicto y no reciben tratamiento en la legislación e institucionalidad del derecho de familia, y así identificar posibles soluciones al respecto.

INTRODUCCIÓN

En una sociedad donde se reconoce la existencia de una gran diversidad de tipos de familias, se encuentran las familias en que los hijos no conviven con ambos padres, ya sea porque éstos nunca mantuvieron una relación de convivencia, o por motivo de alguna separación. En estos casos, es necesario que los niños mantengan una relación lo más fluida posible con el padre o la madre que no vive con ellos. Esto está reconocido como un derecho fundamental del niño a lo largo de toda la Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 9.3, que señala “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.”

Este derecho se funda, en primer lugar, en el interés superior del niño de mantener una relación cercana y estable con sus progenitores, con el objetivo de satisfacer su derecho a la identidad, a reconocerse hijo de ciertas personas determinadas, y así desarrollar su personalidad. También tiene que ver con el concepto de autoridad parental que tienen los padres para con los hijos, en el sentido de que sobre ambos padres recae el derecho-deber de cuidar, educar, criar y representar a sus hijos, no solo en el padre o madre que convive generalmente con el niño.

En algunas legislaciones, el concepto de autoridad parental se encuentra recogido bajo el concepto de patria potestad, pero a diferencia de nuestra legislación, esta institución engloba tanto los aspectos patrimoniales como extra-patrimoniales de las relaciones filiales. En el caso chileno, en cambio, se regulan separadamente estos dos aspectos de la parentalidad: por una parte, el aspecto patrimonial bajo la denominación de patria potestad, y por otra, el ámbito personal, que se radica en el cuidado personal.¹

Cabe destacar que, ni en los casos de sanción al padre o madre como cuando se le priva del cuidado personal, del régimen comunicacional o de la patria potestad por cualquier razón, el progenitor sancionado queda eximido de cumplir con su deber de

¹ LATHROP, Fabiola. 2011. Bases para una reforma de las relaciones filiales personales en Chile. En: Revista del Magister y Doctorado en Derecho (4). P. 93-97

preocupación y asistencia de los hijos. La autoridad parental, está ligada a la filiación, por lo que los padres nunca pueden desconocer sus deberes como tales, lo que no quiere decir que en todos los casos se pueda ejercer esta autoridad paterna de la misma forma, ya sea porque padre/madre e hijo no viven juntos, o por otras razones. De esta forma, señala un autor, circunstancias como divorcio o nulidad del matrimonio, tienen como única consecuencia respecto a los hijos el hecho de que los padres deberán adaptarse a la nueva situación motivada por la separación, sin dejar de cumplir con el ejercicio de sus deberes y facultades.²

Sin embargo, existen casos en que la relación entre los padres se encuentra tan deteriorada que los lleva a tener una comunicación conflictiva en todo ámbito, siendo los hijos un punto central en problema, provocando que éstos se vean afectados por la tensa relación y además, impidiendo que la autoridad parental antes mencionada se pueda ejercer de la forma ideal, lo que va en desmedro del interés del niño, niña o adolescente.

En estas situaciones conflictivas es necesaria la intervención de un tercero para ayudar a resolver la problemática, ya sea un mediador o un tribunal, acordando o fijando un régimen de relación directa y regular entre el niño o niña y el padre o madre que no vive con él. Al respecto, se debe señalar que las causas judiciales en materia de familia presentan una particularidad, ella es que tienen un cumplimiento que es de larga duración en el tiempo, es decir, será un tema al que se deba prestar atención durante muchos años, por lo tanto, la realidad de cada niño con su familia tiene muchas probabilidades de variar a lo largo de los años.

En este sentido, en el ejercicio del derecho de mantener una relación directa y regular, se presentan dificultades que la legislación actual no reconoce, en cuanto a las medidas que se deben tomar en caso de incumplimiento de alguna de las partes, lo que hace que no se garantice una verdadera protección al mantenimiento del contacto entre un niño y su padre o madre no conviviente. Además, se debe señalar que este tema acarrea una problemática de índole cultural, ya que en la sociedad chilena todavía no se reconoce la participación activa del padre en la crianza como

² GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina [et al]. 2009. Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales. España. Lex Nova. P. 78.

del niño como algo positivo para su desarrollo, sino que más bien se usa como “moneda de cambio” en relación a otras rencillas que puedan existir entre los padres.

Debido a esta problemática, es que este trabajo busca analizar la forma en que se trata en la legislación chilena el derecho de relación directa y regular, y cómo se protege y garantiza su cumplimiento, con el objetivo de describir dónde se encuentran los aspectos críticos al respecto, además de realizar una descripción de cómo se trata este tema en el derecho comparado, donde temas como la corresponsabilidad parental, el cuidado personal compartido y los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran mucho más desarrollados que en nuestro país.

Para lograr este objetivo, en primer lugar el trabajo tratará aspectos generales del derecho de relación directa y regular, tales como la noción, su evolución, los fundamentos del derecho de relación directa y regular, en cuanto derecho fundamental del niño, niña y adolescente, de los cuales se destacan principios como el interés superior del niño, el derecho de los niños a ser oídos en las decisiones que se tomen respecto a ellos, la corresponsabilidad parental, que constituye un aspecto fundamental en la noción moderna de infancia que tiene especial relevancia en el entendimiento y tratamiento del régimen comunicacional, puesto que se pone énfasis en la igualdad entre los padres y la importancia que tiene la presencia y cooperación que tengan ambos padres en la crianza y desarrollo de los hijos.

Posteriormente, se analizará el tratamiento de este derecho en el ordenamiento nacional, con el propósito de entender los aspectos fundamentales recogidos por la legislación y la doctrina, y así dilucidar las problemáticas derivadas de este tema. Para ello, se revisarán los casos típicos de inobservancia del régimen comunicacional y su tratamiento en la legislación y en la doctrina, junto con las herramientas, consecuencias y sanciones que se contemplan en caso de que se incumpla con la relación.

Luego, con la finalidad de tener una referencia en cuanto al problema del incumplimiento de la relación directa y regular, se revisará el derecho comparado, de

manera de identificar mecanismos y medidas que existen en otros ordenamientos para asegurar y proteger este derecho, y así, realizar una descripción del tratamiento que recibe este derecho de forma general y también respecto a los puntos de conflicto que pueda provocar el incumplimiento.

Finalmente, se hará un análisis en virtud de lo estudiado, para intentar concluir cuáles son los aspectos más débiles en la protección al derecho de mantener la relación directa y regular, así como también intentar dar alternativas de solución y propuestas para mejorar su tratamiento en nuestro ordenamiento.

CAPITULO I: NOCIÓN, EVOLUCIÓN, FUNDAMENTOS Y FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

1. NOCIÓN

El derecho de relación directa y regular ha tenido una evolución desde su reconocimiento jurisdiccional y posteriormente legal. En un primer momento se entendía como el derecho de visita, que contemplaba justamente el derecho del padre o madre no conviviente (o, como fue el primer caso reconocido por la jurisprudencia en Francia, de los abuelos)³, a visitar al niño, niña o adolescente en su hogar, por unas horas. En este entendimiento, frente a la separación de los padres, el niño, niña o adolescente, se quedaba viviendo con uno de ellos, quien era el que asumía todas las tareas, deberes y responsabilidades de la crianza, y el otro padre estaba limitado a realizar visitas esporádicas, con el fin de no perder el total contacto, sin que tuviera mayor injerencia en la vida del menor.

A medida que se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de la infancia y en el desarrollo del derecho de familia, el concepto se ha ampliado, en el sentido de que ya no es un derecho de visita del padre o madre hacia el hijo, sino que se busca el mantenimiento de una relación cercana e íntima del niño con aquellas personas significativas en su vida, incluyendo el hecho de permanecer por periodos de tiempo amplios, tales como fines de semanas o vacaciones, con el progenitor con quien no convive cotidianamente, además de la posibilidad de mantener esa relación cuando no están juntos, mediante comunicación telefónica, electrónica, etc.

Así, existe una clara diferencia conceptual entre lo que se entendió en un principio como derecho de visitas y el actual derecho a mantener una relación directa y regular entre padres e hijos. En este sentido, la doctrina entiende que la acción de “visitar” significa que una persona, en este caso el padre o madre no conviviente, vaya a la casa de otro, el hijo o hija, por cualquier motivo; mientras que el derecho de relación

³ RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. 2010. El derecho de visitas en Francia: un derecho de la persona en familia en la búsqueda del justo equilibrio entre derecho parental, interés del niño y prerrogativas de terceros. Análisis de su evolución y expansión positiva y de su manifestación jurisprudencial en Francia. Revista chilena de derecho de familia (3). P. 155.

es un concepto mucho más amplio, que implica comunicación, trato directo y conexión personal, lo que incluye también cierto grado de convivencia durante un tiempo limitado.⁴

En cuanto al concepto propiamente tal, se coincide en que lo que se busca es una relación cercana, directa y lo más profunda posible entre el niño o niña y el padre que no vive con él o ella. Así, se alude a la facultad de ver y tratar a un menor a fin de cultivar con él vínculos afectivos y de relación necesarios para una mejor calidad de vida y cuidado”⁵.

En el caso chileno, la ley establece una definición de lo que se entiende por relación directa y regular, en el inciso segundo del artículo 229 del Código Civil, que señala “*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*”; definición que por lo demás es suficientemente amplia para que se entiendan incorporadas todas aquellas comunicaciones que por cualquier motivo no se pueden dar personalmente, tales como las que se desarrollan a través de medios electrónicos tales como teléfono o internet.

Por su parte, Rivero Hernández señala que este derecho tiene por objeto “un conjunto de relaciones, varias en su presentación (desde la simple visita en sentido estricto hasta estancias y convivencia de varias semanas y cualquier forma de comunicación) y cuan profundas y auténticas sea posible, entre dos personas, de las

⁴ PEREZ VALLEJO, Ana María. 2009. Régimen de visitas del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos. En: La protección del menor en las rupturas de pareja. España. Thomson Reuters/Aranzadi. P. 349.

⁵ PERICICH, Rosana y MADOZ, Ingrid. 2007. El niño y el mayor como sujetos acreedores y deudores del derecho de visitas y las sanciones a aplicar ante la obstaculización o incumplimiento. En: CÚNEO, Darío L. y HERNÁNDEZ, Clayde U. Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. Rosario, Argentina. Juris. P. 159

cuales una es un niño, un adolescente; y que por diversos motivos tienen alguna dificultad para verse y relacionarse de manera normal”⁶.

La profesora Gómez de la Torre, en tanto, lo define como “Un derecho-deber que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, en procura del desarrollo afectivo, emocional y físico, así como de la consolidación de la relación paterno-filial. Se identifica como un derecho-deber a la adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente”⁷.

En sentido similar lo entiende Makianich de Basset, quien expone que “el derecho de visitas [...] del padre o madre no conviviente respecto del hijo cuya guarda ha sido otorgada al otro progenitor, a otro pariente, a un tercero, o haya sido confiado a una institución, consiste en el derecho de mantener un contacto personal con el menor, de la manera más fecunda que las circunstancias del caso posibiliten”⁸.

Como se observa, se caracteriza como “derecho-deber” desde la perspectiva de los padres, ya que no solo tiene el derecho de mantener una relación con sus hijos ante una separación, sino que están en la obligación de permanecer presentes en sus vidas, para ayudar y acompañar a su hijo en su crecimiento.

En relación al derecho de mantener una relación entre el niño y su padre o madre, se debe entender principalmente como un derecho del niño, niña o adolescente, ya que de esta forma, se pueden concebir mejor todas las consecuencias positivas que tiene esta relación, que se basan fundamentalmente en un mejor desarrollo, al tener figuras significativas cercanas que le otorguen contención y herramientas para su desarrollo.

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. 2011. Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencias y protección. En: Revista del magister y doctorado en derecho. (4) P. 61.

⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2014. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.680. p. 45. En: Revista de Derecho de Familia (1). P. 45

⁸ MAKIANICH DE BASSET, Lidia. 1993. Derecho de Visitas: régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. Argentina. Hammurabi. P. 53.

De esta forma lo entiende Rivero al señalar que se podría entender el derecho del niño a mantener una relación directa y regular con su padre o madre con quien no convive como un derecho de la personalidad del menor, desde una acepción amplia de tales derechos, debido a la importancia que tiene esta relación para la satisfacción de las necesidades personales del niño y para el desarrollo de su personalidad, siendo reconocido como un derecho humano protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁹

2. EVOLUCIÓN

La razón del avance y evolución de este concepto, dice relación con el reconocimiento que se le ha dado a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo que ha permitido cambios fundamentales en la concepción de la infancia, siendo parte fundamental de este proceso la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Esto trae consigo una serie de principios o concepciones fundamentales relativas a los derechos humanos que acompañan el derecho de la infancia, y, en consecuencia el derecho de relación directa y regular, dentro de los que se encuentran principalmente el interés superior del niño; el niño como sujeto de derechos, tanto aquellos derechos humanos básicos como aquellos que le corresponden en su condición de niño; y el ejercicio de sus derechos fundamentales y el vínculo que esto tiene con la autoridad parental, en el sentido de que son los padres quienes, en primera instancia, deben abogar por la protección y el correcto ejercicio de los derechos de los niños, que son independientes de los propios.¹⁰

En este sentido, se deja de lado la idea de que los niños son algo así como “propiedad” de sus padres, en cuanto a que ellos son los que deben tomar todas las decisiones sin tener en consideración lo que el niño, niña o adolescente pueda sentir o pensar, y se cambia el tratamiento que reciben en el Derecho, entendiéndolos como sujetos de derecho, que por cierto merecen especial protección, y ya no como objetos de derecho.

⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Op. Cit. P. 63.

¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2011. La relación directa y regular como efecto de la ruptura. En: Revista del magister y doctorado en derecho (4). P. 122.

Tal es la importancia que tiene la relación directa y regular del niño con su padre no cuidador, que se observa una tendencia al momento de su determinación, con miras al futuro cumplimiento del régimen de relación, que se traduce en que se otorga el cuidado al progenitor que ofrezca las mayores y más adecuadas garantías de acceso al niño al otro cónyuge (*friendly parent*), evitando con ello posibles conflictos futuros derivados del incumplimiento. En este sentido, se reconoce al niño como un sujeto de derechos, ya que se prefiere al padre que otorgue más garantías de respetar y hacer valer los derechos del niño, a través de la vinculación con el otro padre, siendo el único límite el interés del niño, en cuanto peligre su seguridad física, psíquica o moral.¹¹

En el caso chileno, la Ley 20.680 del año 2013 constituye un avance fundamental en la materia que se está tratando, puesto que en primer lugar, y como punto central de la ley, se repara una situación de discriminación arbitraria en la que incurría la ley en cuanto a la asignación preferente de la madre como cuidadora personal de los hijos comunes en caso de que los padres vivieran separados, infringiendo el principio de igualdad ante la ley y de igualdad de los padres respecto de los hijos, además de incorporar legalmente la posibilidad de que los padres acuerde mantener un régimen de cuidado personal conjunto, lo que constituye una actualización necesaria en nuestra legislación.

Con la dictación de esta ley, lo que corresponde examinar ante una separación, es cuál de los padres presenta mejores condiciones para satisfacer el interés superior del niño y dejar de lado la práctica anterior, que más que fijarse en si el interés superior del niño estaba protegido, discriminaba al padre solo por el hecho de ser hombre y además, en caso de que se demandara el cambio del cuidado personal por parte del padre, el procedimiento tenía un carácter más bien sancionador respecto de las habilidades de la madre, dejando de lado el interés superior del niño.

Para el examen de aptitudes que debe hacer el juez respecto de ambos padres, la ley incorpora algunos criterios en el artículo 225-2. Esto constituye una ayuda a la

¹¹ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. El sistema filiativo chileno. Santiago. Jurídica de Chile P. 151.

labor de los jueces que deben decidir sobre el cuidado personal de un niño, niña o adolescente. En este sentido cabe destacar lo expuesto por Tapia¹², quien opina positivamente respecto a este cambio, ya que se prioriza el interés superior del niño por sobre otro aspecto, y le quita el carácter sancionatorio que tenía la asignación antes de la reforma con respecto al padre que no obtenía el cuidado personal.

En lo relevante para este trabajo, en relación al cumplimiento del régimen comunicacional, se incorpora como criterio para decidir quién se encuentra en mejores condiciones de ejercer el cuidado personal *“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”* lo que se condice con lo expuesto respecto a la corriente anglosajona de otorgar el cuidado personal al padre que favorece la comunicación entre toda la familia.

Esto ha sido reconocido por la jurisprudencia, al considerar como factor para la determinación del cuidado personal de una niña cuya madre residía en el extranjero, el hecho de que el padre quien mantenía el cuidado personal garantizaba la relación directa y regular de la menor con su madre, exponiendo que *“Aparece que el desarrollo de la niña parece mejor resguardado con el cuidado y protección de su padre, a fin de consolidar una situación de estabilidad emocional y afectiva necesaria para su desarrollo integral y que atendidas las circunstancias de vida de la niña y en atención a los vínculos de apego de ésta, solo puede verificarse en las condiciones actuales, las que implican su mantención bajo el cuidado de su padre, con contacto permanente con su madre, contando la niña visitas periódicas de ésta y viajando la niña, a su vez, a estar con su madre en donde ésta reside por periodos que los padres acuerden”*¹³

¹² TAPIA, Mauricio. 2014. Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley N°20.680). Revista de Derecho de Familia. (1). P. 24.

¹³ CORTE SUPREMA, “Claudio Solís Arrendondo con Carolina Soto Muñoz”, 13 de febrero de 2014 (cuidado personal), Rol N° 10358-2013, LegalPublishing CL/JUR/240/2014. Considerando 6°.

3. FUNDAMENTO

3.1 Preliminar

En cuanto a la importancia y fundamentos del derecho de relación directa y regular, la doctrina coincide en que este derecho tiene fundamento principalmente en el ambiente en el cual se desarrollan los niños, niñas y adolescentes, en el entendimiento de que la familia, cualquiera sea la forma que esta tenga, es el núcleo fundamental de la sociedad y el ambiente óptimo para que un niño crezca.

Un ejemplo de lo anterior, es que se plantea que cuando un niño o adolescente mantiene una relación estrecha con su padre corre un menor riesgo de experimentar problemas de depresión, ansiedad, desórdenes de comida, de relaciones de pareja o sexuales, lo que se explicaría, dentro de otras cosas, porque se sienten apoyados y unidos psicológicamente a ellos.¹⁴

Así también destaca la UNICEF al referirse a la figura paterna en la crianza en la temprana infancia, exponiendo que “un padre afectivamente cercano y disponible, es un factor protector y promotor de la autoestima y de la confianza personal para niños y niñas. Además, favorece el desarrollo psicomotor, su inserción en mundos extra-familiares y representa una figura alternativa de apego y modelaje conductual. Más aún, se ha relacionado la vinculación afectiva temprana del padre con su hijo a menores índices de maltrato y abuso sexual.”¹⁵

Lo anterior tiene relación con el avance en la concepción de la infancia y los derechos humanos, que ha provocado que en lugar de entender la niñez como una “situación irregular” se pase a la noción de que es una etapa de “protección integral”. Según la idea de la “situación irregular”, se entendía a los niños, niñas y adolescentes como adultos incompletos, que se encuentran en una etapa de transición y que por lo tanto, no tendrían todos los derechos que tienen las personas

¹⁴ CANTÓN DUARTE, José. 2009. Adaptación de los hijos de divorciados. En: GARCÍA GARNICA, María del Carmen (dir.). La protección del menor en las rupturas de pareja. España. Aranzadi, Thomson Reuters. P. 95

¹⁵ UNICEF. 2004. La equidad se juega en la primera infancia. Infancia. [En línea] Documento de trabajo N° 4, mayo. <http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Infancia4.pdf> (consultado el 26-09-2016)

adultas, en el sentido de que se encuentran en una situación en la que no pueden hacerlos valer, por lo que el rol de los adultos es fundamental.

Según esta concepción, coinciden los autores, la función del interés superior del niño consistía en iluminar a los jueces y autoridades para que tomaran la decisión correcta, según lo que ellos pensaran que era una buena vida para los niños, lo que constituye una postura paternalista donde los derechos de niños, niñas y adolescentes se encuentran solo formalmente tutelados¹⁶.

De la misma forma, Herrera explica que con la doctrina de la “situación irregular” se pone énfasis en la representación y sustitución que el Estado y los adultos en general hacen respecto a los niños y también en aspectos negativos de la infancia, como lo que les falta a los niños para ser adultos, omitiendo el hecho de que la infancia en sí es una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica.¹⁷

Con el desarrollo del derecho de la infancia, se pasa a la doctrina de la protección especial, lo que significa que se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, pero se les reconoce también la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran por las características propias de la etapa. De este modo, lo que se busca con el interés superior del niño es que los adultos tomen consciencia de la responsabilidad que les cabe respecto a decisiones que conciernen a niños, niñas y adolescentes, donde su función es entregar orientación, contexto y medios para que los niños puedan ejercer los derechos que les corresponden.¹⁸

De acuerdo a lo anterior, los niños alcanzan una nueva condición social, en cuanto son ellos mismos los que se deben considerar sujetos de derecho, lo que implica

¹⁶ CILLERO BRUÑOL, Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Justicia y Derechos del niño. UNICEF (1). P. 55; LOVERA PARMO, Domingo. Op. Cit. P. 15.

¹⁷ HERRERA, Marisa. Op. Cit. P. 113.

¹⁸ ALEGRE, Silvina; Hernández, Ximena y ROGER, Camille. El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. [En línea] Cuaderno 05, Marzo 2014. SIPI. <http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf> (Fecha consulta: 3 de noviembre 2016) P. 8.

conocimiento de sus derechos, así como un reconocimiento a su autonomía para hacerlos valer.

Así lo explica Zemartten, al referirse a la nueva posición que ocupan los niños en nuestra sociedad, tanto desde el punto de vista de la conceptualización de lo que es ser niño como desde el punto de vista del rol público que les corresponde, puesto que se entiende que la posición ya no es solamente ser destinatario de atención y protección de parte de los adultos, la familia y el Estado, sino que también lleva a que los niños, como grupo de sujetos de derecho dentro de una sociedad, participen en la vida pública, donde el rol de los demás es reconocer que son parte del mundo como sujetos enteros y no a medias, que tienen algo que decir y que ello tiene valor e interesa para crear una mejor sociedad.¹⁹

A partir de lo anterior, se entiende que principios como el interés superior del niño y el derecho de todo niño a ser oído cobran relevancia a la hora de darle contenido y aplicación a sus derechos, tales como el que se trata en este trabajo

Lo mismo ocurre con los fundamentos para entender el rol que los adultos deben cumplir en la crianza de los niños, para lo cual se concibe el principio de corresponsabilidad parental, que impulsa a los padres de un niño, niña o adolescente a repartir equitativamente las tareas de crianza y educación, dejando de lado roles de género que históricamente se han usado para dividir las tareas dentro de una familia.

Asimismo, la comprensión de la autonomía progresiva de los niños ayuda a que esta responsabilidad parental tenga límites e impulse a los padres a criar personas independientes, autónomas y completas en su desarrollo, con una identidad, intereses y pensamientos propios.

¹⁹ ZEMARTTEN, Jean. El Interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico. [En línea] Informe de Trabajo 3-2003. <http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf> (fecha consulta: 14 de octubre de 2016) P. 16.

3.2.1 El principio del interés superior del niño

El interés superior del niño, es un concepto indeterminado, ya que se deben tener en consideración las circunstancias particulares de cada niño respecto al cual se deba tomar una decisión para establecer cuál es su interés fundamental. Este hecho hace que sea un principio flexible en cuanto al número de situaciones distintas en que se puede aplicar, pues trata de ser lo más amplio posible, para que en toda decisión en la que esté involucrado un niño, se tome como consideración primordial su interés superior.

Esto quiere decir que este concepto se puede adaptar según las circunstancias particulares, a distintos momentos históricos, manteniendo su validez, en el sentido de que sin importar la evolución jurídica y social que vaya teniendo la sociedad, la idea de hacer prevalecer el interés superior del niño, sea cual sea en el caso concreto, siempre tendrá vigencia, y se deberá tener en consideración.

Por otra parte, como desventaja de la característica de indeterminación, existe el problema de que se puede llegar a interpretaciones subjetivas o personales de este interés, por parte de quien está tomando la decisión respecto al niño, lo que puede llevar a que el contenido que se le da en el caso concreto se aleje completamente de lo que se entiende como interés superior del niño en la sociedad en general.

Para marcar el límite entre esta discrecionalidad que se está señalando, que puede llevar a decisiones arbitrarias, Ravetllat hace una diferenciación entre discrecionalidad y la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, señalando que la discrecionalidad es la facultad para elegir entre varias opciones igualmente justas, mientras que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, donde se deben subsumir circunstancias reales determinadas en alguna categoría legal configurada de una manera amplia y flexible. En el caso del concepto de interés superior del niño, está configurado en el sistema normativo de tal forma que exista solamente una solución justa en la concreción del mismo para cada una de las circunstancias en las que se aplique y así, no hayan

dudas respecto a qué es lo mejor para ese niño en particular, siguiendo criterios que no tengan relación con el interés superior del menor.²⁰

En virtud de lo expuesto, se entiende que al concepto de interés superior del niño no se le puede dar contenido ex ante, ya que siempre se debe tener en consideración su opinión al tomar una decisión que le afectará, y, junto con escucharlo, también se deberá analizar el nivel de madurez y autonomía de la voluntad de ese niño, niña o adolescente en particular, de modo que de un conjunto de elementos que se deben tener presentes, se podrá conocer qué es el interés superior del niño en el caso concreto del que se trate.

Para ello, Lovera propone que “hay que lograr alcanzar el equilibrio entre permitir la manifestación de voluntad del niño, tomarla en serio, y cuidar que éste pueda desarrollarse hasta alcanzar la completa autonomía. Debemos abrir margen suficiente para que los niños se hagan responsables de sus propias decisiones, incluyendo los errores que de ellas se sigan, pero debemos evitar-al mismo tiempo- la irracionalidad de las mismas.”²¹

La doctrina, por su parte, entrega algunas definiciones del concepto de interés superior del niño, así por ejemplo, se encuentra la de Zemartten: “El interés superior del niño es 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 o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión deba ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir como unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.”²²

En tanto, Cillero Bruñol lo define de manera concreta y acertada, como “la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan

²⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto. 2015. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. Revista Chilena de Derecho. 42(3). P. 920.

²¹ *Ibíd.* P. 18

²² ZEMARTTEN, Jean. *Op. Cit.* P. 15.

darle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados en la Convención”²³, tomando en consideración que el autor identifica la palabra “interés” con “derechos” en el sentido de que la Convención de los Derechos del Niño facilita y ayuda en la tarea de determinar el interés del niño porque entrega un catálogo de derechos que se deben mirar y cumplir, de modo que el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable y pasa a ser una garantía que obliga a la autoridad a respetar los derechos.

En concordancia con esta idea, en la legislación argentina, la Ley 26.061 sobre la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, en el artículo 3, estipula que “se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley”²⁴

En la Convención de los Derechos del Niño, se entiende como principio general, que se recoge en el artículo 3, párrafo 1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Al respecto el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, en la Observación General N°14 referida al artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que el objetivo de este principio es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”²⁵, entendiendo como tal un concepto que abarca el desarrollo físico, espiritual, moral, psicológico y social del mismo.

Además, se concibe como un concepto triple, en el sentido que es a la vez (1) un derecho sustantivo del niño, niña o adolescente, en términos de que se evalúe y tenga en cuenta al tomar cualquier tipo de decisión sobre una cuestión debatida y

²³ CILLERO BRUÑOL, Miguel. Op. Cit. P. 10.

²⁴ Artículo 3 Ley 26.061, sobre la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes. Citado en TAVIP, Gabriel Eugenio. Op. Cit. P 120.

²⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación general N° 14 sobre el derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). [En línea] UNICEF. <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf> (fecha de consulta: 16 de noviembre de 2016) P. 3.

que se pondrá en práctica siempre que haya una decisión que afecte al niño. (2) También el interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo, en el sentido de que en caso de que una disposición jurídica tenga más de una interpretación, se debe adoptar la que cumpla mejor con la protección al interés superior del niño; y, por último (3) se entiende como una norma de procedimiento, en el entendido de que al momento de tomar una decisión que afecte a un niño, se debe tomar siempre en consideración las repercusiones negativas y positivas que tendrán en él, lo que la doctrina asocia a la predictibilidad de las consecuencias que esas decisiones tendrán sobre él, puesto que en la infancia, pequeños cambios pueden traer grandes efectos a largo plazo y por las características de rápido crecimiento y desarrollo, se exige que las decisiones se tomen en consideración al interés actual y al proyecto de vida del niño²⁶;

También, en relación con lo anterior, se destaca que cada decisión al respecto debe estar fundamentada, es decir, el órgano que tomó tal decisión, debe explicar cómo se ha respetado este derecho, qué se ha considerado en el caso particular como interés superior del niño, en qué criterios se ha basado, cómo se han ponderado otros intereses, etc., no bastando el simple hecho de mencionar este principio, sino que su concreción debe hacerse según interpretaciones que abarquen hechos concretos, reales y relevantes para el caso particular.²⁷

3.3.2 Derecho del niño a ser oído

Parte importante de lo relacionado con el interés superior del niño y con la nueva concepción de infancia tiene relación con el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en toda decisión que se deba tomar respecto a él o ella, y que además, su opinión sea considerada. Esto, por cuanto que, si el principio tratado en el apartado anterior busca un objetivo que se debe alcanzar, que es el de proteger

²⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Op. Cit. P. 243.

²⁷ ALEGRE, Silvina; HERNÁNDEZ, Ximena y ROGER, Camille. Op. Cit. P. 26.

Las autoras hacen esta reflexión al comentar la condena al Estado de Chile en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, por haber incurrido en discriminación arbitraria y violación del principio del interés superior del niño, al haber quitado el cuidado personal a la madre en base a su condición sexual argumentando, basados puramente en prejuicios y presunciones infundadas, que la condición sexual de la madre era perjudicial para las niñas.

el interés superior del niño, el principio de que todo niño debe ser oído es la metodología o la forma que se debe seguir para lograr ese objetivo primordial.

Este derecho está recogido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que señala: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”*

Esta norma constituye uno de los preceptos claves en la materia y debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer valer todos los demás derechos, en el sentido de que se entiende a los niños, niñas y adolescentes como sujetos capaces de auto-determinarse en aquellos aspectos de su vida en los que se encuentren preparados, y que son capaces de tomar decisiones por sí solos, según lo indique su madurez, entonces, se les deben otorgar y garantizar las herramientas y orientación para que ejerzan sus derechos, con el objetivo de que reclamen y protejan sus derechos y de ese modo, vayan definiendo su propia personalidad.²⁸

En consecuencia, se deriva de la idea de que los niños son personas independientes de sus padres, y como tales, tienen pensamientos y opiniones propias, por lo que se les debe poner atención, ya que los padres no siempre pueden estar representándolos de la mejor manera. Es por ello, que la Convención indica que no se puede partir de la premisa de que un niño, por muy pequeño que sea, no es capaz de expresar opiniones propias, sino que al contrario, esto se debe dar por supuesto y trabajar sobre esta idea²⁹.

²⁸ LOVERA PARMO, Domingo. 2009. Op. Cit. P. 15.

²⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Observación general N° 12 sobre El derecho del niño a ser escuchado. [En línea] UNICEF. <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/12.pdf> (fecha de consulta: 16 de noviembre de 2016) P. 9.

Esto coincide con lo expuesto por Aguilar al respecto, quien señala que se debe dejar de lado el paternalismo y asistencialismo y, se debe buscar que todas las decisiones sean adoptadas considerando a los niños como sujetos de derecho en el completo significado del término y que además, durante el proceso de toma de decisión los niños estén en conocimiento de ello, se involucren y lo sientan y perciban en el resultado final.³⁰

Para lograr que el niño involucrado pueda ejercer su derecho a expresar su opinión libremente, es necesario que, por una parte no esté sujeto a presiones o influencias indebidas, y por otra parte, a que se le informe de los asuntos sobre los que se decidirá, indicándole las opciones y posibles decisiones que se adoptarán, junto con sus consecuencias. Es por ello, que el derecho a la información es fundamental, para que existan decisiones claras por parte del niño, de lo contrario, no se respetará su derecho a cabalidad, puesto que la opinión que exprese podría ser sesgada.

Además, este principio incluye que la decisión que se tome, luego de escuchar la opinión del niño, sea comunicada a éste, de manera de que sienta que su opinión fue tomada en consideración y no solo escuchada como una mera formalidad. En este sentido, quien deba tomar la decisión debe informar al niño del resultado de todo el proceso, y debe explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones, con el objetivo de garantizar un debido proceso y la capacidad del niño de hacerse cargo de sus opiniones.³¹

3.4.3 Corresponsabilidad parental, igualdad entre los padres y coparentalidad

Dentro de los principios que informan el derecho de familia, se encuentra el concepto de corresponsabilidad parental, reconocida en la Convención de los Derechos del

³⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. 2008. El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos. [En línea] Estudios constitucionales. Centro de estudios constitucionales, Universidad de Talca, 6(1) <<http://132.248.9.34/hevila/Estudiosconstitucionales/2008/vol6/no1/9.pdf>> (fecha de consulta: 10 de enero de 2017) P.234.

³¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Op. Cit. P. 14.

Niño en el artículo 18³² y, recientemente en el derecho nacional con la entrada en vigencia de la ley N° 20.680, donde se recoge explícitamente en el artículo 224 y 225 del Código Civil.³³

En primer lugar, el Derecho Internacional ha recogido estos principios en diversos instrumentos que obligan a los Estados firmantes a adoptar medidas tendientes a que se cumplan a cabalidad. En esta línea se encuentran la Convención de los Derechos del Niño, reconocido como el primer tratado en reconocer la corresponsabilidad parental como un derecho humano de niños, niñas y adolescentes, al señalar en el artículo 18 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. 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”.

En la misma línea lo reconoce la Carta Europea de los Derechos del Niño, que en el artículo 12 establece que “El padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto al desarrollo y educación. Corresponde a los padres en prioridad dar al niño una vida digna y, en la medida de sus recursos financieros, los medios para satisfacer sus necesidades.”

³² Artículo 18 Convención de los Derechos del Niño: 1. 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. 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.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

³³ Artículo 224 inciso 1°: Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Artículo 225 inciso 2°: El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

Por su parte, el artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer expone que los Estados parte deben tomar las medidas para garantizar “el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”. Y además, en el artículo 16 se indica que los Estados partes asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres “los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”

En cuanto al concepto de corresponsabilidad parental, Acuña define este principio como “la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos (simétrica o asimétrica).”³⁴ La profesora Lathrop, en tanto, señala que es “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”.³⁵

En este sentido, se puede entender como un principio que rige las relaciones derivadas de la filiación en las que ambos padres deben participar equitativamente en la crianza de los hijos, lo que incluye un rol activo en su desarrollo, respondiendo los dos a todas las necesidades de sus hijos.

Durante la tramitación de la ley 20.680, la abogada Gloria Negroni, jueza del tercer Tribunal de familia de Santiago puntualizó que el concepto de corresponsabilidad consiste en “reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la

³⁴ ACUÑA SAN MARTIN, Marcela. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de derecho, Universidad Católica del Norte 20(2). P. 31.

³⁵ LATHROP, Fabiola. 2008. La corresponsabilidad parental. En: ESTUDIOS DE DERECHO civil IV. Santiago, Chile. LegalPublishing. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho Y Fundación Fernando Fuego Laneri. P. 209.

responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.”³⁶

Esta misma idea es sostenida por Ortuño³⁷, quien expone que es éste término, el de corresponsabilidad parental compartida, el que permite una mejor comprensión de todos aquellos deberes, derechos y facultades que corresponden a ambos padres y también al niño, puesto que luego de una separación, las relaciones familiares adquieren un carácter más bien triangular, donde el niño ocupa un lugar importante dentro de las relaciones entre los padres y entre él y ambos progenitores.

Cabe destacar que este principio se debe tomar en consideración siempre, independiente de la realidad del niño, niña o adolescente en cuanto a si sus padres viven juntos o separados. Así se entiende que cuando el menor no vive con sus dos padres, quien no mantiene el cuidado personal de todas maneras es responsable en la crianza y educación de forma permanente de su hijo, lo que significa que el padre o madre nunca se desconecta de su función en la crianza, no constituyendo la no convivencia una excusa para apartarse de las decisiones importantes en la vida de su hijo, del deber de vigilancia y control, ni tampoco en su acompañamiento cotidiano, ya que con la ayuda de la tecnología es posible mantener comunicación fluida y rápida, lo que permite mantener el interés en actividades, emociones, sentimientos, y cualquier aspecto relevante de la vida del niño, niña o adolescente.

Por otra parte, desde la perspectiva psicológica, se trata de explicar que lo trascendental en esta figura no es el hecho de que un niño tenga un padre o madre reconocido, y que por esa sola circunstancia se vea favorecido su desarrollo afectivo, social, cognitivo, etc. sino que lo que se busca es entender que la relevancia de la relación directa y regular, radica en cuánto aporta esa figura paterna o materna en las relaciones que tiene con su hijo, en el sentido de la mantención de vínculos de calidad, poniendo énfasis en la relación, más que en cada parte individual de ésta.

³⁶ Historia de la Ley N°20.680. [En línea] Informe de Comisión de Familia en Sesión 35, 23 de mayo, 2011. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4280>> (Fecha consulta: 13-12-2016)

³⁷ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. 2006. El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial. Madrid. Civitas. P. 62.

En este sentido, se señala que lo que más se valora, son las dinámicas de relación que se dan en el grupo familiar, y no tanto las características de personalidad de cada sujeto, de modo tal que, cualquiera de los dos padres pueden asumir un rol activo en la vida del niño o niña y su idoneidad para ejercerlo está más ligada a la calidad de la relación que haya establecido con el hijo, que al simple hecho de ser su padre o madre.³⁸

Íntimamente ligado a lo anterior, se encuentra la concepción de igualdad de los padres. Al respecto, se entiende que la igualdad entre hombre y mujer debe darse en todo ámbito de la vida, ya sea en la participación en el mundo laboral y la vida pública como en el entorno íntimo del hogar.

Sobre este principio, la profesora Lathrop³⁹, a propósito de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombre en España, señala que con la implementación de diversas medidas de carácter transversal, es esperable que se puedan crear condiciones sociales que aseguren y permitan que tanto el padre como la madre se involucren de igual forma en las tareas domésticas y familiares, lo que tendrá una clara repercusión en la injerencia de ambos padres en la vida del hijo, ya que actualmente es la mujer, en el desempeño de múltiples roles, la que lleva una alta carga de trabajo, debido a que no se ha abandonado del todo la idea de que es ella la encargada del cuidado de los hijos.

Es por esto que se entiende que la presencia de ambos padres en el crecimiento de los niños y niñas es lo ideal para su desarrollo, ya que el fortalecimiento de la igualdad entre los padres en el cuidado de los hijos hará que crezcan en un ambiente

³⁸ LATHROP, Fabiola. 2008. Op. Cit. P. 215.

³⁹ LATHROP, Fabiola. 2007. Custodia compartida de los hijos e igualdad entre los progenitores. En: FIGUERUELO BURRIEZA, A., IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M.L. y MERINO HERNÁNDEZ, R. M. Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Granada, España. Universidad de Salamanca. P. 261. La autora se refiere a la función educadora que puede tener la ley, como consecuencia a futuro y no en la actualidad, ya que explica la postura de diferentes grupos feministas, quienes se muestran contrarias al régimen de custodia compartida como la regla general, ya que en la sociedad española todavía no existe una igualdad real en todos los ámbitos de la vida, menos aún, en lo que se refiere a labores de cuidado de los hijos y del hogar, lo que puede provocar que en realidad las prácticas reales de cuidado de los hijos y reparto del trabajo doméstico siga siendo carga de las mujeres.

de igualdad y respeto, alejándose de concepciones y prejuicios sexistas que todavía siguen arraigadas en nuestra sociedad.

Desde la perspectiva del niño, niña o adolescente, el derecho a mantener las relaciones con ambos padres, aunque se haya producido un quiebre entre ellos, es lo que se denomina coparentalidad. Es decir, el principio de coparentalidad está mirado desde la óptica del niño y de su derecho a relacionarse con sus padres, mientras que el principio de corresponsabilidad parental está recogido desde perspectiva de los padres, en cuanto a las obligaciones que ambos tienen en la crianza de sus hijos.

De esta forma, la coparentalidad también se encuentra recogida en el derecho internacional, en la Convención de los Derechos del Niño en el artículo 9.3 al señalar 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 de modo regular, salvo si es contrario al interés superior del niño”, así también lo recoge el artículo 7.1 donde se reconoce el derecho del niño a ser cuidado por sus padres.

3.5.4 Autonomía progresiva del niño

Un punto que se debe tomar en consideración respecto a los fundamentos del derecho de relación directa y regular, es el concepto de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, ya que el término “responsabilidad” parental no es baladí, sino que viene a reemplazar a lo que antes se entendía como autoridad, en el sentido de que los padres no son “dueños” de sus hijos, sino que deben acompañarlos y guiarlos en su crecimiento, teniendo siempre en consideración las opiniones de los niños.

Así lo explica Herrera,⁴⁰ al señalar que se da una relación inversamente proporcional entre la autonomía de los niños y la representación legal de los padres, en el sentido de que mientras más maduro se hace el niño, va adquiriendo más autonomía para ejercer sus derechos, por lo que la participación de los padres se va haciendo menos

⁴⁰ HERRERA, Marisa. 2009. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. Justicia y derechos del niño. (11). P. 130.

relevante, de forma que inexorablemente, la responsabilidad parental se va “encogiendo”.

En este sentido, parte del concepto de responsabilidad parental ya tratado, es la obligación de respetar los gustos, preferencias y decisiones que los hijos toman por su cuenta a medida que van adquiriendo herramientas para desenvolverse en la sociedad fuera del ámbito familiar.

Este concepto se entiende como el criterio que “asume que los niveles de autonomía de las decisiones de los niños varían de acuerdo a factores y circunstancias específicas de cada caso, atendiendo, en especial, la edad, madurez y capacidad de comprensión de los involucrados.”⁴¹

De este modo, se busca dejar de lado categorías rígidas de las legislaciones, mediante las cuales se puede clasificar a los niños según su edad, ya que los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, para, en cambio, entender que cada niño en particular ha vivido circunstancias y situaciones que pueden hacer que tenga un nivel de madurez distinta a otros de su misma edad.⁴²

Para ello, se debe tener en cuenta el concepto de “competencia” de los niños, niñas y adolescentes, entendido como la capacidad de entender lo que sucede en el entorno, las diversas vías de actuación que se pueden tomar respecto a una situación y la capacidad de entender las consecuencias previsibles de esas decisiones, para luego poder defenderlas coherentemente.

En base a esto, se puede delimitar la responsabilidad parental, y no caer en paternalismo o asistencialismo de los niños, lo que es fundamental para resolver los diversos conflictos que surgen en la vida de un niño, y sobretodo, aquellos problemas que surgen por la separación de los padres.

⁴¹ LOVERA PARMO, Domingo. 2009. Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. Justicia y Derechos del niño, UNICEF (11). P. 19.

⁴² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2009. Op. Cit. P. 11.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista de la relación directa y regular, la autonomía progresiva del niño es un aspecto fundamental a considerar, puesto que con el paso del tiempo, el niño o niña va teniendo actividades propias, separadas de las de sus padres, lo que debe ser considerado por éstos de manera que los tiempos que cada padre pasa con su hijo o hija sean adecuados para poder mantener los vínculos, pero también para que el niño o niña se pueda desarrollar fuera del ambiente familiar, con actividades e intereses propios, los que deben ser respetados por sus padres.

4. CONTENIDO DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.

El contenido del derecho de relación directa y regular se vincula a las conductas, actividades y actitudes que deben tener los sujetos involucrados, tanto padres como hijos, al momento de llevar a cabo el régimen comunicacional. En estricto rigor, no se puede regular de antemano todas las actividades que deben realizar padres e hijos en el desarrollo de su relación, pero existen ciertas pautas de comportamiento que dan una idea general de qué se comprende dentro de este derecho, así como también de ciertos criterios o ámbitos de la relación que merecen especial atención.

En este sentido, lo que se busca es la relación fluida, y ello viene acompañado de una buena relación entre los padres, de modo que se permita la mayor flexibilidad posible en el régimen, para que el niño lo vea como algo natural en su vida. Así lo describe un autor, al explicar que en general, las reglamentaciones respecto a estos temas le quitan espontaneidad a la comunicación y puede deshumanizar el vínculo entre padres e hijos, por lo que no es muy recomendable.⁴³ En síntesis, el régimen de relación directa y regular debe buscar consolidar el vínculo familiar ya creado con la mayor plenitud posible, evitando que los contactos se transformen en una mera formalidad, vaciando a la relación paterno-filial de todo el contenido positivo que la acompaña.

⁴³ MIZRAHI, Mauricio Luis. 2001. Familia, matrimonio y divorcio: divorcios causados e incausados, acuerdos conyugales, liquidación de bienes, daños y perjuicios en el divorcio, alimentos, guarda de los hijos, derechos del niño, aspectos procesales, comunicación paterno-filial, operatividad de los tratados internacionales. Buenos Aires, Argentina. Astrea. P. 430.

Sin embargo, cabe señalar que esto solo es posible cuando entre los padres existe una relación madura, donde los posibles conflictos se solucionen de forma eficiente y civilizada, de lo contrario, la regulación es necesaria para que, ante la conducta nociva de los padres, el niño no vea afectada la relación con sus progenitores. Para ello, se deben fijar, por lo menos, la periodicidad de las visitas, el tiempo de duración de ellas, y una forma de resolver los conflictos futuros, lo cual es un punto clave para que la relación dure en el tiempo y se eviten los casos de incumplimiento que deterioran las relaciones.

Esta relación incluye formar parte de ciertas decisiones importantes, que no se dejan solo al padre o madre que tiene el cuidado personal, ya que en virtud del principio de coparentalidad y corresponsabilidad ya tratados, el padre que no tiene el cuidado personal no puede excusarse de cumplir con sus labores de crianza y educación y a la vez, el padre cuidador no tiene el monopolio sobre decisiones importantes. En este sentido, se sostiene que el derecho de relación directa y regular no se limita solo al régimen comunicacional, sino que a la participación activa del padre o la madre no conviviente en las decisiones relevantes de la vida del hijo, lo que resulta acorde a lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño.⁴⁴

Respecto a esto, con el avance de la tecnología y los medios de comunicación, mantener una relación entre padre e hijo cada vez debe ser hacer más fácil, incluso cuando, aunque no sea lo óptimo, por razones geográficas las partes no puedan encontrarse personalmente.

Sobre este punto, un autor señala, a propósito de un fallo de la justicia argentina donde se ordenó a un padre a mantener contacto con su hijo por internet, debido a la lejanía geográfica, que el legislador se debe limitar a reconocer la existencia del derecho-deber de mantener la relación, sin establecer formas o maneras de ponerlo en práctica, siendo el único límite el interés superior del niño, de manera que se permite a ese padre que está alejado, no solo mantener el vínculo con su hijo, sino

⁴⁴ LENON, Vivian y LOVERA, Domingo. 2011. ¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado. [En línea] Revista Chilena de Derecho Privado. Diciembre 2011, (17) <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n17/art04.pdf>>. (fecha de consulta: 16 de noviembre de 2016) P. 112.

que también ejercer el rol parental en relación a la crianza y educación de su hijo, aunque no sea de forma presencial.⁴⁵

En general, las legislaciones no definen el contenido de la relación directa y regular, correspondiéndoles a los jueces su determinación, límites y contenido⁴⁶. En la mayoría simplemente se alude a una relación directa, personal, en el sentido de que debe ser sin intermediarios, y regular, además de entender que también se incluye toda forma de comunicación, donde se comprende la comunicación indirecta, mediante teléfono, internet, etc.

Avanzando un poco más en este sentido, la Convention on Contact concerning Children, dictada el año 2003 por el Consejo de Europa describe lo que se entiende por relaciones personales, dando algo más de contenido al régimen, al establecer: a) la estancia por tiempo limitado del niño con la persona con quien no convive, o el encuentro entre el niño y esa persona; b) cualquier forma de comunicación entre el niño y esa persona; y c) la entrega de información a esa persona respecto del niño o al niño respecto de la persona.⁴⁷

En cuanto al contenido concreto del régimen, esto es relativo, debido a que opera en función de la situación particular de las personas, es decir, estas relaciones se van dando de acuerdo a la personalidad de quienes están involucrados, el lugar donde viven, el tiempo disponible, etc. De modo que el cambio de alguno de estos elementos puede alterar el tipo o contenido de relación.⁴⁸ Sin embargo, la doctrina le

⁴⁵ TORO GONZÁLEZ, Raúl. 2010. Visitas virtuales: ¿hacia las premisas de la relación directa y regular en el siglo XXI? Revista Chilena de Derecho de Familia (3) P. 164

⁴⁶ Por ejemplo, el artículo 229 del Código Civil chileno no le da contenido al derecho de relación directa y regular, sino que se limita a indicar que la frecuencia y libertad de regularla está en los padres al acordarla o en el juez al determinar el régimen comunicacional. En el Código Civil y Comercial argentino por su parte, se reconoce en el artículo 654 el deber de información entre los progenitores respecto a la educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

⁴⁷ Consejo de Europa. 2003. Convention on Contact concerning Children. [En línea] <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008370f>> (fecha consulta 25-10-2016). La traducción es nuestra. Texto original: "i. the child staying for a limited period of time with or meeting a person mentioned in Articles 4 or 5 with whom he or she is not usually living; ii any form of communication between the child and such person; iii the provision of information to such a person about the child or to the child about such a person."

⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. 1997. El derecho de Visitas. España. J.M. Bosch Editor. P. 191.

ha dado contenido general a este derecho⁴⁹, describiendo cuáles son las obligaciones, derechos y deberes de cada padre respecto al hijo en común.

Así, al padre o madre que no tiene el cuidado personal le corresponde participar activamente en la crianza y educación, a través de la toma de decisiones mediante acuerdos con quien tiene el cuidado personal del niño y a través de la realización de actividades que ayuden al niño en su vida cotidiana, tales como ayuda en las tareas escolares, estar al tanto de lo que sucede en el centro educacional al que el menor asista, estar informado sobre el estado emocional, psíquico y físico de su hijo o hija, así como también ser un apoyo y un pilar emocional en la vida del niño. Además, tiene derecho a que se le informe el estado emocional de su hijo o hija una vez concluido el tiempo que han pasado juntos, para estar al tanto de las conductas o situaciones que se pueden mejorar y aquellas que se deben incentivar. Obviamente, debe cumplir con los horarios establecidos para el régimen de comunicación, así como también con aquellos que forman parte de la rutina de los niños, tales como las horas de dormir, de comer, etc.

Por su parte, el padre o madre que tiene el cuidado personal también se encuentra obligado a cumplir con ciertas conductas, ya que debe propiciar el mejor ambiente para el desenvolvimiento del régimen comunicacional, transparentando la información necesaria al otro padre, para que éste pueda desempeñarse de la mejor manera posible en su rol. Esto incluye principalmente medidas de información y no obstrucción de la relación, como por ejemplo, debe facilitar materialmente y moralmente la relación, en el sentido de brindarle al niño la libertad y aprobación para que disfrute del vínculo con su otro padre. Además, debe consensuar las decisiones relativas a la educación y forma de crianza, así como cualquier decisión importante y poner en conocimiento al otro padre del estado de ánimo, de salud o cualquier otra información relevante.⁵⁰ También, parte de su labor es no crear un clima negativo en torno a la relación entre el padre no cuidador y el niño, niña o adolescente, ya que esto puede influir de manera significativa en la percepción que

⁴⁹ MAKIANICH DE BASSET, Lidia. Op. Cit. P.147-149. También GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2014. Op. Cit. P. 46.

⁵⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2014. Op. Cit. P. 48.

pueda tener el hijo o hija respecto al padre o madre que no vive con él o ella, ya sea generando un sentimiento de rechazo en el menor hacia el padre no conviviente o provocando sentimiento de culpa en el niño o niña, por disfrutar del contacto con su padre o madre, en desmedro del progenitor con quien convive.

5. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR.

La determinación de la relación directa y regular generalmente se hace mediante dos mecanismos, primero el acuerdo entre los padres y en caso de desacuerdo, se somete la decisión a un juez. En algunos casos, como el chileno, también existe un punto intermedio entre estas dos formas, que es la mediación, la cual, si resulta en un acuerdo entre las partes, pasa por una revisión jurisdiccional de su contenido, con el fin de garantizar que se respeten los derechos de todas las partes involucradas.

En otras legislaciones, como la española, la revisión jurisdiccional también se da en el caso del acuerdo voluntario de los padres, aunque no hayan pasado por el proceso de mediación, con el objetivo de que éste pueda tener eficacia ejecutiva para el cumplimiento. En este caso, el juez hace una revisión amplia del acuerdo, tanto en el sentido de la legalidad como en la valoración del contenido del mismo, para asegurar que sea el mejor acuerdo posible para las partes en particular.⁵¹

Para la determinación del régimen, siempre se debe tener como principal preocupación el interés del niño, siendo ésta la única restricción o límite, pero igualmente se debe tener presente el interés de los padres, en el sentido que se deben considerar lugares de habitación, horarios de trabajo, tiempos de traslado, vacaciones, etc., de modo que el régimen sea viable de mantener en el tiempo y no constituya una carga exagerada para ninguno de los protagonistas, por lo que se debe procurar mantener un equilibrio entre las obligaciones de todos.⁵²

La doctrina ha recogido ciertos criterios que se deben tener en cuenta a la hora de fijar el régimen, lo que se ha visto plasmado en la legislación nacional, siguiendo el

⁵¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. 1997. Op. Cit. P. 226 y ss.

⁵² GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. Op. Cit. P. 152.

ejemplo de países anglosajones, con la incorporación de estos criterios en el Código Civil, en el artículo 229.⁵³

Por ejemplo, Rivero propone cinco amplios criterios normativos para tomar cualquier decisión relativa al régimen comunicacional⁵⁴, como son, en primer lugar, el acuerdo o consenso de los interesados, aunque sea parcial, ya que es más factible que ambas partes estén llanas a cumplir el régimen si es que ellas mismas lo han propuesto. Como segundo aspecto a considerar, se encuentra el interés primordial de los hijos; luego, se debe tener en cuenta la opinión y voluntad del niño, niña o adolescente, lo que es un punto fundamental, debido a que se podrá conocer su personalidad, sus necesidades afectivas, el tipo de vínculo que tiene con sus progenitores, etc. Como cuarto punto, se debe tener en cuenta la opinión de los expertos, ya que con su ayuda, es posible que el juez desempeñe mejor su tarea de oír al menor involucrado, superando las dificultades propias de la personalidad que puede tener un niño que se encuentra en medio de un problema de ésta índole, como interferencias de los padres en sus decisiones. Y como último criterio, el autor considera fundamental que se procure no separar a los hermanos, en el sentido de que lo que si lo que se busca con la determinación de una relación entre miembros de una familia separada, se debe propender a que esta situación no se agrave para los niños.

⁵³ Artículo 229 inciso 3°: 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:

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

⁵⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. 1997. Op. Cit. P. 245 y ss.

CAPITULO II: CONSECUENCIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN COMUNICACIONAL CONTEMPLADOS POR EL ORDENAMIENTO CHILENO

1. PRELIMINAR

El derecho chileno no cuenta con una regulación integral de derecho de familia e infancia, a diferencia de lo que ocurre en otros países de Latinoamérica, sino que estas materias se encuentran recogidas en distintas leyes, tales como la Ley N°19.968 del año 2004 que crea los Tribunales de Familia, la Ley N°16.618 de Menores, el Código Civil y la Ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, entre otras, además de lo incorporado por los Tratados Internacionales que el Estado de Chile ha suscrito y ratificado, siendo el más importante la Convención de los Derechos del Niño.⁵⁵

La falta de sistematización muestra un retraso en estas materias, ya que no todos estos cuerpos legislativos se han ajustado a las nociones actuales de infancia, familia y derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ejemplo de ello es que en la ley de menores se siguen usando términos tales como “visitas” y “tenencia” en lugar de los conceptos adecuados a la realidad de estas instituciones, como son la de mantener

⁵⁵ CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ARTÍCULO 9: 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. 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.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

una relación, que va más allá de visitar, al igual que el hecho de mantener el cuidado del niño, niña o adolescente, sin considerarlo una cosa que se pueda “tener”.⁵⁶

Según lo anterior, se debe considerar que además de una actualización a las normas existentes en cuanto a la terminología usada, es necesaria una completa revisión y modernización de todos los aspectos del derecho de infancia y adolescencia, de acuerdo a normas y estándares internacionales, donde exista una real protección y preocupación por los niños, niñas y adolescentes, en el sentido de establecer leyes, institucionalidad y políticas públicas que tiendan a estos objetivos.

Lo anterior, debido a que el rol del Estado frente a las relaciones familiares, deber ser el de promoverlas y abogar para que éstas se desarrollen en un ambiente adecuado y libre de conflictos, con el objetivo de que las personas que componen una familia se desarrollen en todos los ámbitos de la personalidad, y así se promueva un ambiente propicio para la crianza de los niños.

Así lo dispone el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, al señalar que los Estados firmantes están *“convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad y que se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.”*

Como ya se ha señalado, la relación directa y regular es de vital importancia en el desarrollo del niño que por algún motivo no vive con sus dos padres, con el fin de que crezca en un ambiente familiar sano, estable y donde se destaquen sus habilidades y se permita el desarrollo de su personalidad. En este sentido, se debe apuntar a que la relación directa y regular entre el padre no custodio y el niño se

⁵⁶ Ejemplo claro de ello es el artículo 48 de la Ley de Menores N°16.618, donde se señala: “Cada vez que se confiere a un menor a alguno de sus padres o a un tercero, deberá establecerse en la resolución respectiva a obligación de admitir que sea visitado por quien carece de la tuición, determinándose la forma en que se ejercerá este derecho.

preserve por el mayor tiempo posible; tanto en cuanto a su periodicidad, que sea una relación estable y lo menos interrumpida posible, como en cuanto a la duración en el largo plazo, de manera que el niño tenga a las figuras significativas en su desarrollo durante todas las etapas de su infancia y adolescencia.

Según esto, la obstrucción por cualquier razón de esta relación, atenta contra el desarrollo del niño, y es ahí donde se encuentran los mayores problemas, debido a que es completamente inútil estudiar y revisar la determinación, criterios, fundamentos, etc. de este derecho, si es que no se tiene certeza de que se cumplirá y tendrá alguna incidencia en la vida del niño.

Así también, se deben reconocer los límites del Derecho en la regulación de las vidas de las personas, donde existen componentes extrajurídicos que harán imposible la efectividad de una sentencia, por ejemplo, en el caso de que el padre o madre no conviviente no muestre el mínimo interés en desarrollar y mantener una relación con el niño, niña o adolescente.

Al respecto, dentro de la doctrina nacional no parece haber mucho interés, ya que si bien se reconoce que es un punto importante en el desarrollo de la familia moderna, no existen investigaciones que se enfoquen en buscar alternativas de soluciones a los problemas que suscitan el incumplimiento de la relación directa y regular. Una excepción a lo anterior es la profesora Gómez de la Torre, quien trata esta problemática, señalando que al no haber una acción en la legislación para exigir el cumplimiento del régimen comunicacional, las normas pasan a ser declaraciones de buenas intenciones, quedando a la voluntad de las partes el desarrollo de una relación sana y adecuada entre el niño y sus padres⁵⁷.

En consecuencia, frente al incumplimiento de la relación directa y regular, la legislación nacional no contempla muchas herramientas tanto para las mismas partes como para los jueces u operadores de derecho que puedan ayudar en estos casos. Esto se debe principalmente a que el aspecto fundamental de esta materia tiene un

⁵⁷ GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2014. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley N°20.680. Revista de Derecho de Familia (1). P. 55.

carácter extra jurídico, por lo que el papel de la legislación se ve acotado frente a componentes de carácter cultural, educacional, emocional, etc., lo que no significa que el Estado deba dejar de lado el rol regulador de la legislación, para lograr que estos conflictos se vean reducidos, a lo menos, en parte.

A pesar de la escasez de herramientas, existen instancias de promoción de acuerdos que hagan pensar que se puede llevar un régimen comunicacional lo más abierto y estable posible, como es la instancia de mediación pre judicial que se contempla en la legislación de familia, la que, como se verá, constituye un avance en la resolución de conflictos de esta índole, pero que igualmente, debe mejorar en varios aspectos.

Asimismo, como respuesta ante el incumplimiento del régimen comunicacional, la legislación incorpora una serie de medidas, de carácter civil y penal, que pueden ayudar a desincentivar la falta de observancia de este derecho de los niños y padres o madres no convivientes, pero que tienen problemas en su implementación práctica.

2. PRINCIPIOS COMO PARÁMETRO DE DETERMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO

En el derecho de familia, siendo una rama del derecho, se recogen los principios generales del derecho, pero además, se cuenta con derechos particulares que dicen relación con las personas y materias sobre las que se aplica. Con el fin de tener noción de los principios que informan esta rama, se debe tener en consideración que un principio del derecho, en palabras del profesor Lepin, “se trata de un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que sobre la base de una determinada orientación resuelva el caso, por decirlo de una manera, legislando en cada supuesto en particular. Lo que implica un reconocimiento, por parte del legislador, de sus limitaciones, en el sentido de que no puede prever todas las situaciones, y que debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente”⁵⁸.

⁵⁸ LEPIN, Cristian. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista chilena de derecho privado (23) [En línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n23/art01.pdf>> (fecha consulta: 23-01-2017) P. 13

Además del principio rector del interés superior del niño⁵⁹ y el derecho del niño a ser oído, el derecho de familia también reconoce otros de importancia, que en la actualidad alcanzan gran relevancia como principios fundamentales dentro de esta rama del derecho.

Dentro de estos, el profesor Lepin considera, el principio de autonomía de la voluntad, que si bien es un principio general del derecho, en relación a la familia, hasta hace poco tiempo no era considerado como fundamental; el principio de igualdad entre los integrantes del grupo familiar, reflejado por ejemplo como ya se trató, en la corresponsabilidad parental; el principio de protección a la familia, en el sentido de que se entiende que esta es la institución que mejor cumple con las funciones esenciales para el desarrollo de todo ser humano.

Además de lo anteriormente señalado, la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, siendo una ley procedimental, incorpora algunos principios de carácter procesal que rigen los asuntos que son sometidos al conocimiento de los tribunales en materia de familia. De esta forma, en el Título III, párrafo primero titulado “Del procedimiento” se prescriben los principios informadores de los procedimientos seguidos en los Tribunales de familia, que son los destinados a resolver todas aquellas cuestiones donde haya una niño, niña o adolescente involucrado.⁶⁰

⁵⁹ En la legislación nacional, este principio inspira la normativa relacionada con niños, niñas y adolescentes, dentro de las que se encuentran, además de los Tratados Internacionales, el título IX del Código Civil en los artículos 222 inciso 2°, 225, 225-2, 226, 229, 234, 240, 242, 244, 245, 268 y 272; el artículo 16 de la Ley N° 19.968; artículo 1° de la Ley 19.620 que Dicta Normas de Adopción de Menores; artículo 3, 27 inciso 2°, 36 y 85 inciso 2° de la Ley 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil y; el artículo 2° de la Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.

⁶⁰ Artículo 8 Ley 19.968: Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

- 1) Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes;
- 2) Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular;
- 3) Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación y a las autorizaciones a que se refieren los Párrafos 2° y 3° del Título X del Libro I del Código Civil;
- 4) Las causas relativas al derecho de alimentos;
- 5) Los disensos para contraer matrimonio;
- 6) Las guardas, con excepción de aquellas relativas a pupilos mayores de edad, y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil;

Dentro de los principios mencionados en la ley se encuentran el de intermediación, actuación de oficio de parte de los tribunales y la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes, además del principio fundamental que se ha venido tratando en este trabajo referido al interés superior del niño, niña y adolescente y su derecho a ser oído, los que se recogen en el artículo 16 de la misma ley.

También se recogen principios meramente procedimentales, tales como la oralidad, el principio de concentración y el principio de desformalización del procedimiento, en los artículos 9 y siguientes de la ley ya citada, los que se revisarán a continuación.⁶¹

El fundamento de los principios de oralidad, concentración del procedimiento y desformalización, es que la justicia se haga más accesible para un amplio grupo de personas, lo que se une a la concentración del procedimiento, donde se busca que en un acto procesal se reúnan la mayor cantidad de diligencias posibles, evitando de esa manera la dispersión de trámites, de modo que al momento de alegar un incumplimiento en el régimen comunicacional, las partes no tengan que sortear

7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;

8) Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas;

9) Todos los asuntos en que se impute la comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de catorce y menores de dieciséis años de edad, y las que se imputen a adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, que no se encuentren contempladas en el inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 20.084.

Tratándose de hechos punibles cometidos por un niño o niña, el juez de familia procederá de acuerdo a lo prescrito en el artículo 102 N;

10) La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley;

11) Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la ley N° 16.618;

12) Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la ley N° 19.620;

13) El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la ley N° 19.620;

14) Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares:

a) Separación judicial de bienes;

b) Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos;

15) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil;

16) Los actos de violencia intrafamiliar;

17) Toda otra materia que la ley les encomiende.

⁶¹ Respecto a estos principios, se sigue lo expuesto por el profesor Eduardo Jara. JARA, Eduardo. 2011. Derecho Procesal de Familia. Chile, Editorial Jurídica de Chile. P. 25.

barreras extras para acceder a la jurisdicción, con el objetivo de subsanar la situación lo más amistosa y rápidamente posible.

La oralidad y concentración del procedimiento están íntimamente ligados con la inmediación. Este principio consagra la obligación de que el juez tenga contacto directo con las partes y con todo el material del proceso, de forma que pueda tomar una decisión al respecto con lo que ha percibido mediante sus propios sentidos, lo que lo ayudará y lo llevará a tomar una decisión respecto al conflicto con aquellos elementos que haya adquirido durante el desarrollo del proceso, lo que permite resolver un eventual conflicto derivado de incumplimiento de mejor forma y con mayores antecedentes.

Respecto a la actuación de oficio, recogido en el artículo 13, indica que el juez, una vez iniciado el procedimiento, debe adoptar todas las medidas necesarias para llevar a término el proceso con la mayor celeridad posible. Esto ayuda a que los jueces aboguen por un procedimiento expedito, para evitar que los conflictos judiciales se extiendan más del tiempo adecuado, y así, poder entregar una decisión que ayude a las partes a superar sus problemas lo más pronto posible, de forma que las consecuencias derivadas de un incumplimiento del régimen comunicacional sean lo menos graves y duraderas en el tiempo.

Por último, cabe mencionar un principio fundamental para el desarrollo de este trabajo, pues tiene estrecha relación con el tema central de los problemas derivados del cumplimiento de la relación directa y regular, que es el principio de la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes.

El principio de colaboración, establecido en el artículo 14 de la Ley 19.968, dice relación con que los jueces deben abogar por la generación de acuerdos, instando a las partes a acercar sus posiciones, en pos de que todos los intereses en cuestión sean satisfechos en la mayor medida posible. La jueza Gloria Negroni explica este principio apuntando que está asociado al respeto de la autonomía de la voluntad de las personas, haciendo que sean los mismos involucrados quienes tengan claro que

son los protagonistas de su conflicto, y en consecuencia, de su término, siendo parte activa del problema y de la solución.⁶²

Es por esto que “la imposición de una sentencia puede llevar a que la litigiosidad entre ellos aumente en vez de disminuir, pues no sienten la decisión como propia, sino forzada. Intentar que sean las mismas partes las que resuelvan el conflicto ayuda a evitar futuros litigios. La decisión acordada es, o tiende a ser, cumplida espontáneamente y con mayor eficacia que la impuesta por una sentencia.”⁶³

De esta forma, la importancia de este principio radica en que en los proceso de familia, las partes se encuentran ligadas más allá del juicio que tengan actualmente, es decir, en general estarán obligados a mantener una relación o, a lo menos algún tipo de contacto, por largo tiempo, incorporando cuestiones extrajurídicas al caso, de forma que se debe buscar en los mismo actores una solución que brinde la mayor satisfacción posible al conflicto, ya que son las mismas partes las mejores posicionadas para resolver sobre sus propias vidas, y tomar la responsabilidad asociada a sus decisiones.

3. HIPÓTESIS DE INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN

Los casos de incumplimiento que se pueden dar, son tan variados como el número de personas que deben cumplir y ejercer este derecho-deber. Sin embargo, es posible darles cierta sistematización, debido a que con más o menos matices, las conductas de incumplimiento son similares. Para ello, se debe tener claridad respecto a quiénes son los obligados en esta relación y a qué conductas se obligan.

En este sentido, existen obligaciones comunes a ambos padres, como son el mantener una relación civilizada y en el marco del respeto, así como también evitar influir en el niño para que éste se forme una mala opinión del otro, y por sobre todo, respetar el régimen comunicacional que se haya acordado o impuesto, en el sentido

⁶² NEGRONI, Gloria. 2011. Rol de los operadores del derecho en la resolución de los conflictos jurídicos derivados de la crisis de la pareja. Revista del Magister y Doctorado en Derecho (4). P. 150.

⁶³ JARA, Eduardo. Op. Cit. P. 37.

de respetar los horarios y procurar los cuidados básicos que necesita el niño o niña, tales como alimentación, abrigo, etc.

3.1 Relativas al progenitor que no tiene el cuidado personal

Respecto del padre o madre que debe mantener la relación directa y regular, existe incumplimiento cuando simplemente no tiene interés en mantener esta relación, de modo que no tiene contacto con su hijo o hija, frente a lo que no existen muchas alternativas de actuación, ya que no se puede obligar a alguien a querer a su hijo.

Pero también existe incumplimiento en casos donde no se respeta el régimen en los términos acordados, en cuanto a la periodicidad de la relación o a los horarios o los días en que se debía cumplir el régimen.

A modo de ejemplo, cuando quien debía recoger a su hijo o hija un día viernes a las 18:00 horas y lo recoge a las 21:00, o debía dejarlo de vuelta en su casa y no lo hace a la hora acordada. Así también puede ocurrir que durante el desarrollo del régimen, en el tiempo que el niño o niña está con su padre no cuidador, no reciba los cuidados adecuados para su edad, tales como la alimentación, ni tampoco se cumpla con las labores de crianza y educación, como lo exige el principio de corresponsabilidad, como por ejemplo, ayudar con las tareas para el colegio u otras actividades extra-programáticas.

3.2 Relativas al progenitor que tiene el cuidado personal

Un caso típico de incumplimiento de parte de quien tiene el cuidado personal del niño o niña, especialmente grave por las consecuencias que puede tener a largo plazo en el niño, es el del síndrome de alienación parental, que consiste en que uno de los progenitores “transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. Se traduce en que el niño se abanderiza con la causa del padre cuidador, en perjuicio

del otro progenitor, lo que puede expresarse en desprecio y enemistad hacia el padre no conviviente, extensivo a su familia”⁶⁴

También como caso de incumplimiento, se incluyen aquellos conflictos entre los padres que derivan en que el padre o madre que ejerce el cuidado personal realiza denuncias o interpone demandas basadas en hechos falsos a fin de perjudicar al padre o madre no cuidador, con el objetivo de desprestigiar su imagen y lograr con eso que se suspenda el régimen comunicacional, lo que constituye una grave falta a la preocupación por el interés superior del niño.⁶⁵

De hecho, existe jurisprudencia que da cuenta que esta es una práctica habitual en este tipo de casos, donde los jueces dan por acreditado el hecho de que una parte, con constantes apercibimientos en su contra por incumplimiento del régimen comunicacional, interpone falsas denuncias en contra de la otra con el solo objetivo de alejar al progenitor del hijo y la familia paterna extendida, señalando que “Sobre la base de dichos presupuestos fácticos se desestimó la demanda, fundado en la inexistencia de antecedentes que permitan suspender el régimen comunicacional entre el demandado y su hijo, y a la observación de una voluntad por parte de la madre y su entorno de excluir a la figura del padre de la vida del niño.”⁶⁶

4. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE FOMENTO DEL CUMPLIMIENTO Y ANTE EL CUMPLIMIENTO

Existe consenso en la doctrina, sobre el hecho de que en todo tipo de conflicto, pero sobre todo en los conflictos de tipo familiar, siempre es mejor que las partes opten por una solución colaborativa, donde el fin del conflicto sea alcanzado gracias a que los acuerdos fueron iniciativa de los mismos involucrados y no de un tercero, debido

⁶⁴ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2011. La relación directa y regular como efecto de la ruptura. P. 130.

⁶⁵ Este tema se trató durante la discusión del proyecto de la ley 20.680 en las comisiones por varios expertos, tales como Fabiola Lathrop, Gloria Negroni y Nicolás Espejo. Informe de Comisión de Constitución. Cámara de Diputados. 11 de enero, 2012. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 140. [En línea] <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4280/> (fecha consulta: 20-01-2017)

⁶⁶ CORTE SUPREMA, 20 de diciembre de 2016, Rol N°78923-2016, Legal Publishing. Cita online: CL/JUR/8396/2016

a que está en juego el ejercicio compartido de los roles parentales, lo que se debe incentivar tanto en el fondo de la legislación como en las formas en que se deben resolver los conflictos.

De esta forma, tratándose de relaciones conflictivas entre los padres, que evidentemente tendrán consecuencias en los hijos, se debe propender a incentivar y fortalecer métodos de solución que se alejen del plano de confrontación que se da en los Tribunales, para pasar a dinámicas donde todos los miembros de la familia e involucrados en un conflicto sean escuchados, puedan exponer sus intereses y se busquen soluciones conjuntas donde esos intereses queden satisfechos, para evitar que el conflicto vigente se agrave, crezca o de paso a otras rencillas derivadas, como puede ocurrir en el caso del desarrollo del régimen comunicacional.

En este sentido, se plantea que es importante la actuación de los niños en estos mecanismos de solución, debido a que se reafirma su condición de sujetos de derecho, reconociéndoseles además su derecho fundamental de ser oído en las decisiones que les afecten. Junto a esto, se debe tener en consideración que, además de ayudar a identificar al niño como responsable de sus decisiones y empoderarlo en el sentido de que se sienta libre de compartir sus opiniones y sentimientos en un ambiente protegido, esto también trae consecuencias positivas para los adultos que generan el conflicto, ya que se recuerda que el centro de la atención debe ser el niño y su interés superior, y no los adultos que están decidiendo sobre su vida.

Como consecuencia de esta participación, se estimula a los adultos en la familia a darle información al niño que él pueda comprender, de modo de explicarle la situación que se vive, y si esta dinámica se realiza por profesionales, se fortalece la visión que se tiene del niño como persona, lo que promueve procesos colaborativos

en la solución de conflictos que derivan en una convivencia más sana a nivel familiar y social.⁶⁷

Se pueden definir estos métodos alternativos de solución de conflictos como “aquellos procedimientos cuya característica más distintiva es que no presentan un modo adversarial para resolverlos, es decir, no conciben la resolución de los conflictos por medio del enfrentamiento de ideas, de argumentos o de un conjunto de leyes entre dos partes en conflicto, donde un juez o institución con poder determinar cuál de las posiciones es la que tiene “la razón” en la disputa. Son las partes involucradas en el conflicto las que participan, constituyéndose en actores relevantes para la solución de los mismos”⁶⁸.

Dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, el más importante es la mediación, sistema que cuenta con varias definiciones, que tienen en común la figura de un mediador imparcial que ayuda a las partes a que lleguen a un acuerdo que ha surgido de ellas mismas. Así por ejemplo, se define como “un proceso voluntario y autocompositiva, con la participación de un tercero imparcial como facilitador y que busca satisfacer las necesidades de las partes, mejorando sus relaciones futuras.”⁶⁹ En paralelo otro autor señala que “La mediación familiar se erige como un mecanismo de resolución de los conflictos que surgen en el ámbito de la familia, cuyos integrantes son incapaces de gestionar por sí mismos, con el fin de evitar la judicialización del mismo o, en caso de ser ésta necesaria por previsión legal (separación y divorcio, por ejemplo) ofrecer al juez soluciones pactadas y voluntariamente aceptadas por los sujetos protagonistas.”⁷⁰

⁶⁷ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel. 2010. Mediación y solución colaborativa de conflictos familiares. Participación del niño en la solución colaborativa de los conflictos de su familia. Revista Chilena de Derecho de Familia (2). P. 274.

⁶⁸ DONOSO DÍAS, María de la Paz y LLONA RODRÍGUEZ, Sara. 2013. Mediación Familiar. Conflictos severos posdivorcio. Relato de casos. Espacio Editorial. Chile. P. 13.

⁶⁹ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel. Op. Cit. P. 275.

⁷⁰ FERREIRO BAAMONDE, Xulio. La mediación familiar. Un tratamiento complementario al proceso para el conflicto familiar. En: JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL. 2010. Derecho procesal contemporáneo: ponencias de las XXII jornadas iberoamericanas de derecho procesal. Vol. 2. Santiago, Editorial Puntotext. P. 1409.

La mediación tiene un carácter general, pues, es un método de resolución (o gestión) de conflictos de carácter autocompositivo, que pone énfasis en la participación voluntaria y protagonista de los sujetos en disputa, de modo que, con la ayuda de un tercero, que los guía en el proceso, alcancen un acuerdo mutuamente consentido que ponga fin a la controversia. En consecuencia, dentro de los principios reconocidos de la mediación se encuentran la voluntariedad, neutralidad, confidencialidad, equilibrio e igualdad entre las partes, orientación hacia el futuro e interés superior del niño.

Respecto a qué tipos de conflictos se pueden solucionar mediante estos métodos alternativos a la judicialización, se identifican cuatro categorías de conflictos⁷¹, en primer lugar, conflictos familiares estructurales, que se tratan de problemas originados en una reestructuración de la familia, se reformula el sistema familiar y se provoca un distanciamiento entre los padres. En estos casos, los autores recomiendan que además de lograr acuerdos, se busque una modificación en las pautas relacionales entre todos los miembros del grupo familiar.

En segundo término, se plantea la existencia de conflictos de lealtades, donde los hijos se ven presionados por uno de los padres para que tome posición de lealtad con uno de ellos. En estos casos, también se recomienda la mediación, llevada a cabo por un profesional suficientemente competente para que el conflicto sea tratado en un tiempo adecuado y en un espacio protegido, donde se haga participar a los hijos, entregándoles información y escuchándolos, además de enfatizar la responsabilidad parental en la formulación de acuerdos y determinaciones respecto a los hijos.

En tercer lugar, se encuentran los conflictos derivados de la ausencia, los cuales se caracterizan por una ausencia prolongada de uno de los padres en la relación con sus hijos tras la ruptura del vínculo. En estos casos, se debe optar por la reconstrucción de la relación, lo que significa ir logrando acuerdos parciales, en un

⁷¹ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel. Op. Cit. P. 279 y ss. La autora plantea esta diferenciación siguiendo un estudio de Paulo Wamberg y Juan Martín Palacios.

marco de flexibilidad que la mediación permite, para luego ir aumentando los acercamientos en intensidad y frecuencia con el tiempo.

Por último, se reconocen los conflictos de invalidación, siendo éstos los únicos que es mejor tratar en sede jurisdiccional por sobre la mediación, debido a que se trata de conflictos originados por el abuso físico o psicológico de uno de los padres, y donde es necesario que se dicte medidas cautelares que pongan al niño en una situación de mayor protección y resguardo.

Cabe señalar, que si bien la mediación busca ser un primer punto de encuentro y revisión de las conductas de las partes, lo que puede tener consecuencias terapéuticas, la mediación contemplada para estos casos en nuestra legislación no tiene como fin el ser una terapia familiar propiamente tal, sino que se busca solucionar problemas puntuales, que pueden tener raíces más profundas, para que en el futuro no acarreen más conflictos. En otras palabras, “Más que un cambio cognitivo, conductual o afectivo, que son objetivos propios del ámbito terapéutico, la mediación está centrada en buscar un modo de operar desde la historia vivida para orientarse hacia el futuro, a partir de la búsqueda de algunos acuerdos, que se transformen en compromisos y acciones, que se pueden lograr con la participación de un tercero que ayuda como facilitador del proceso comunicacional entre las partes”⁷²

En la legislación nacional, se instauró el principio de cooperación entre las partes, para ello, se estipula que la mediación y la conciliación son instituciones fundamentales para lograr estas soluciones colaborativas. En el mensaje enviado por el ejecutivo junto con el proyecto de ley que creó los tribunales de familia se argumentó que “En efecto, como es sabido, el conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto. Con dicho fin, el proyecto instituye la mediación. La mediación, al aumentar los niveles de información disponibles y los canales de comunicación entre la partes, fomenta las soluciones autocompositivas. Existe

⁷² DONOSO DÍAS, María de la Paz y LLONA RODRÍGUEZ, Sara. Op. Cit. P. 19.

evidencia empírica de que este tipo de soluciones disminuye las ineficiencias, permitiendo así, en el largo plazo, un ahorro de recursos. La solución adversarial -al concebir el conflicto como una relación no interactiva- tiende a asignar bienestar a una de las partes, negándoselo a la otra. Ello suele ser motivo de un nuevo conflicto que, muy prontamente, comparece de nuevo ante el sistema reclamando solución.”⁷³

En consecuencia, dentro de la Ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia, se incorpora un título referido a la mediación familiar, donde en un primer punto en el artículo 103, se la define como “*Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación aquel sistema de solución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a encontrar*”, para luego dar paso a los principios que la rigen y cuestiones procedimentales.

A pesar de lo descrito anteriormente, en Chile no se cuenta con herramientas eficaces para llevar la resolución de conflictos de familia a un plano extrajudicial. Es decir, a pesar de existir ciertas normas que obligan a la mediación antes de interponer una demanda, esta forma de resolver los conflictos no está internalizada como un medio más conveniente para todos para lograr una mejor solución.

Al respecto la profesora María Nora González puntualiza que la calidad técnica de los mediadores resulta relevante para lograr un cambio de actitud entre los participantes durante el proceso además de lograr llegar a un acuerdo final, y en este punto existen deficiencias que hacen que este medio de resolución no se lleve a la práctica de manera óptima.⁷⁴

A ello se agrega que la forma en que los ciudadanos deben acceder al sistema de mediación, como una imposición, afecta la legitimidad de la institución, puesto que

⁷³ HISTORIA DE LA LEY 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. (En línea) Mensaje. 1° Trámite constitucional. <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5746/>> [fecha de consulta: 04-04-2017)

⁷⁴ GONZÁLEZ, María Nora. 2016. Aspectos relevantes de la mediación familiar en Chile. En: LEPIN, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (coord.), Estudios de derecho familiar I. Actas primeras jornadas nacionales de derecho familiar. Chile, Thomson Reuters. P. 321.

aparece como una traba burocrática más que se les impone para acceder a la Justicia de Familia.⁷⁵

A lo anterior se suma la forma en cómo se llevan a cabo en la práctica este tipo de soluciones, puesto que el juez de familia cuenta con limitadas herramientas para resolver conflictos, en este sentido, la decisión del juez se enmarca en la mayoría de los casos en una audiencia en donde se insta a los padres a llegar a una conciliación para evitar continuar el proceso, debido a los costos emocionales, económicos y familiares que ello implicaría. Se señala acá una diferencia con la legislación argentina, en la que el Juez establece a partir de una sentencia cómo se resuelve el conflicto, detallando los pasos que deben cumplir las partes y los plazos para ello.⁷⁶

Además, se debe considerar la forma de trabajo de los Tribunales de familia, puesto que desde la perspectiva de los mediadores, los Tribunales no responden a los informes que se emiten, por lo que se dificulta el seguimiento del conflicto y sus avances lo que trae consecuencias negativas para el proceso, puesto que la labor del mediador se ve resentida si es que no cuenta con el apoyo de la ley para la solución de conflictos severos. En relación a esto, es fundamental que exista una relación fluida y permanente entre el mediador, las partes y el tribunal, puesto a que la particularidad de los casos hace necesario el compromiso del tribunal con el conflicto debido a las variantes que se pueden presentar.⁷⁷

En cuanto a la solución que pueden aportar estos mecanismos de resolución de conflictos autocompositivos respecto a los problemas derivados del incumplimiento de la relación directa y regular, se ha planteado que antes de recurrir a la justicia formal frente a estas conductas, se debe abogar por un método que permita conocer las razones detrás de los actos de las partes involucradas, tanto del incumplidor/a como de quienes se ven afectados por el incumplimiento, como son el otro progenitor y el niño o niña involucrados.

⁷⁵ DONOSO DÍAS, María de la Paz y LLONA RODRÍGUEZ, Sara. Op. Cit. P. 118.

⁷⁶ *Ibíd.* P. 35.

⁷⁷ *Ibíd.* P. 203.

Sin embargo, en Chile esta realidad todavía no es posible, toda vez que los centros de mediación se remiten a lo estipulado por la ley en cuanto a las materias que se pueden someter a mediación, siendo la modificación de la relación directa y regular una de ellas, pero nada se dice en caso del incumplimiento del régimen, que no necesariamente dará lugar al cambio en la relación o en el cuidado personal, quedando un vacío tanto legal como institucional que los Tribunales deben llenar, mediante la intervención de los Consejos Técnicos y los jueces,

La consecuencia que genera esta práctica es que no se dan en estos casos las mismas condiciones que están presentes en una instancia de mediación propiamente tal, donde existen etapas de legitimación del mediador, de las partes y sus intereses, además de establecer ciertas condiciones mínimas y básicas bajo las cuales se va a desarrollar la mediación. Esto provoca que se lleguen a acuerdos ante los tribunales, bajo el nombre de conciliación, pero que no responden siempre a las expectativas de las partes, quedando disconformes con ellos, lo que puede dar origen a nuevos conflictos posteriores.

En este punto, cabe señalar lo planteado por una consejera técnica al exponer que “el juez con su conocimiento cabal del derecho y agudeza para captar el fenómeno jurídico que tiene delante, junto con la colaboración del consejo técnico, buscará una solución lo más armoniosa al conflicto familiar, pero no puede pretender, porque escaparía de su facultad, que esa solución genere además una reparación total o solución integral al conflicto”⁷⁸, lo que demuestra que la instancia ideal para ese fin, el de buscar la reparación integral y de fondo, es el de la mediación.

5. CONSECUENCIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO

El Estado debe contar con herramientas variadas, destinadas a que se garantice que el niño en estas circunstancias mantenga y se críe bajo el alero y protección de sus padres, lo que se traduce tanto en medidas de carácter legislativo como también en

⁷⁸ CORONEL, Katherine. 2011. El rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la disolución de la pareja. Revista del Magíster y Doctorado en Derecho (4). P. 160.

el desarrollo de infraestructura, políticas públicas de educación y destinación de recursos para lograr el objetivo primordial de la no separación del niño de sus padres y entorno familiar ampliado.

El artículo 4 de la Convención señala que Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional

Para lograr el objetivo de que no se produzca incumplimiento en esta materia, la legislación debe contener normas de distintos tipos, enfocadas tanto a prevenir el incumplimiento como a desincentivarlo mediante sanciones que se deben aplicar una vez producido éste. Como se verá a continuación, la legislación nacional todavía no se adecúa a la complejidad de esta problemática, contando con herramientas acotadas.

5.1 DERECHO DE FAMILIA Y CIVIL

Desde el punto de vista de la legislación vigente en materia de Familia, el inciso 5° del artículo 229 del Código Civil señala: *“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.”* Como se evidencia, en este artículo no se contemplan sanciones ni otras medidas que se puedan tomar frente al incumplimiento, sino que es simplemente una declaración de intenciones del legislador para que se pueda dar el régimen comunicacional.

Esto representa un retraso en la legislación nacional, ya que no se consideran sanciones u otras medidas, sino que se deja a la buena voluntad de las partes el encargo de mantener conductas adecuadas para el desarrollo de los niños, sin que haya una acción para exigirlo.

De la misma manera opina Leonor Etcheberry⁷⁹, quien advierte que la sanción no es clara, debido a que no se dice nada respecto a qué sucede si es que el padre custodio entorpece u obstaculiza el régimen, de modo tal que en la práctica los jueces tendrán que aplicar soluciones existentes en la legislación pero que no se condicen con la modernización de la noción del derecho de la infancia, debido a que se verán obligados a elegir entre privar de libertad al padre infractor, agregar el tiempo perdido al régimen de relación directa y regular, en caso de que se solicite, o tenerlo presente ante una eventual solicitud de cambio en el cuidado personal del hijo o hija.

Por otra parte, la Ley de Menores, norma que necesita una actualización urgente para responder a la realidad actual de la etapa de infancia y adolescencia, contempla algunas herramientas para los tribunales, como es el artículo 48, que en el inciso 3° indica que *“Cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente”*. Este punto debe entenderse como una medida reparatoria tanto para el padre o madre que tiene el derecho a relacionarse con su hijo o hija como para el mismo niño o niña.

Los tribunales toman en cuenta esta medida, de forma tal que, por ejemplo, cuando un niño no ha tenido contacto con su padre o madre en un periodo de tiempo, el tribunal ordena que se inicie una etapa de re-vinculación, para luego ir ampliando el régimen de acuerdo a la terapia a la que se sometan las partes.

Ejemplo de ello es un fallo pronunciado por la Corte Suprema, donde se señala que *“atendido el tiempo transcurrido, esto es, más de un año y medio sin que padre e hija mantengan una comunicación, debe reiniciarse una revinculación en forma vigilada y controlada en un centro especializado, a partir de un programa periódico y*

⁷⁹ ETCHEBERRY, Leonor. 2013. Análisis crítico de la Ley N° 20.680. En: TURNER, Susan y VARAS Juan Andrés (coord.) Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas nacionales de derecho civil. Valdivia. Legal Publishing. P. 75.

permanente el que deberá garantizar como mínimo un día a la semana por 3 horas, pudiendo aumentarse durante su desarrollo conforme convenga a la niña, decretando además que ambos padres deberán someterse a una terapia de fortalecimiento de habilidades parentales y terapia psicoeducativa.”⁸⁰

a) Restricción y suspensión del régimen comunicacional

El inciso final del artículo 229 del Código Civil chileno contempla que “*Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente*”, sin señalar si esta situación se deriva de algún incumplimiento en el régimen comunicacional, ni tampoco de parte de quién.

A pesar de ello, se puede deducir que el perjuicio al bienestar del hijo debe ser consecuencia de algún tipo de incumplimiento de parte de quien debe ejercer la relación directa y regular, lo que se refuerza con lo dispuesto en el artículo 48 inciso 4° de la Ley de Menores, que señala: “*En caso de que el padre o madre a quien corresponda mantener la relación con el hijo dejase de cumplir, injustificadamente, la forma convenida para el ejercicio del derecho o la establecida por el tribunal, podrá ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción*”

Los casos de incumplimiento del régimen de parte del padre no conviviente se dan cuando no se presenta en la oportunidad que corresponde, cuando el régimen comunicacional no se da según los horarios establecidos o cuando simplemente no mantiene esa relación. Se entiende que es perjudicial para los hijos debido a que se genera ansiedad y estrés en los niños, debido a que se crea una expectativa que luego no se cumple y se produce sentimiento de abandono.

La sanción en estas ocasiones, consiste en ir restringiendo el régimen llegando en último término, cuando se ha determinado que le causa un daño al hijo, a la suspensión del mismo. En opinión de Etcheberry, esta medida debe ser tomada solo

⁸⁰ CORTE SUPREMA, Rol n° 41108-2016, 6 de septiembre de 2016. Recurso de casación en el fondo. Legal Publishing, Cita online: CL/JUR/6187/2016

cuando se han explorado antes todas las otras alternativas posibles, debido a que como consecuencia de la medida, el niño siempre perderá contacto.⁸¹

En razón de lo anterior, es preferible tomar todas las medidas previas antes de la suspensión del régimen, debido a que si se indaga en las causas de ese incumplimiento, se encuentra que el incumplimiento se debe simplemente al hastío que le provoca a ese padre o madre las dificultades e impedimentos que le impone la otra parte al momento de concretar el régimen, tal como expresa Verdugo: “mi percepción, no científica, sino solo lo que se ve en tribunales, es que el que más incumple es quien tiene al niño. Si es que se llega al punto en que quien tiene las visitas no las está cumpliendo, si se revisa para atrás, hay un año de visitas que trató de cumplir y que no pudo, porque lo que ocurre es que la paciencia se agota”⁸²

b) Suspensión y modificación del cuidado personal

Cuando quien incurre en incumplimiento es el padre o madre que mantiene al hijo o hija bajo su cuidado personal, una posible solución al caso es que el cuidado personal cambie de progenitor, amparado en los criterios del artículo 225-2 letra d, en virtud del cual, ante la actitud reticente de quien tiene el cuidado personal de permitir la relación directa y regular, se podría modificar el cuidado personal para otorgárselo al otro padre o madre, estableciendo por supuesto un régimen de comunicación con el otro.

Para ello, la ley dispone como criterio para fijar el cuidado personal *“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.”*

Sin embargo, si las relaciones entre los padres no mejoran, puede desencadenar incumplimientos reiterados por parte de cualquiera de las dos partes, con el objeto de hacer más difíciles las relaciones entre el otro padre y el niño, además de no ser siempre una solución, porque para que cambie el cuidado personal debido al

⁸¹ ETCHEBERRY, Leonor. 2013. Op. Cit. P. 75.

⁸² VERDUGO, Javiera. Entrevista. Pregunta N°4.

incumplimiento, el otro padre (no conviviente) debe querer ejercerlo y solicitarlo, además de cumplir con todos los requisitos para que la situación del niño o niña se vea efectivamente mejorada.

En el mismo sentido se pronuncia la abogada Javiera Verdugo, jeja del área de cumplimiento de la oficina de Familia de la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana, quien señala que en la práctica “en el caso de que el incumplimiento sea solo respecto al régimen, el tribunal no accede al cambio, puesto que no se considera insuficiente incompetencia parental el incumplimiento del régimen de comunicación.”⁸³

Ejemplo de esta postura es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que se pronuncia sobre una demanda de cuidado personal interpuesta por el padre, en base a los constantes incumplimientos de la madre de la relación directa y regular, rechazando la solicitud, y decretando de oficio un nuevo régimen comunicacional, considerando como argumento “Que, así las cosas, el hecho de que la madre del menor de autos, haya mantenido una actitud negativa al ejercicio del derecho a relación directa y regular del padre, a juicio de estos sentenciadores no resulta bastante para modificar la custodia personal, de éste contenida en el inciso primero del artículo 225 del Código Civil. En efecto, tal circunstancia, siendo indeseable, debe ponderarse, como se ha venido diciendo, junto a los demás criterios proporcionados por la norma, ejercicio que una vez efectuado recomienda mantener el cuidado personal a cargo de la madre. La existencia de una vinculación afectiva del menor con la madre, en un entorno que garantice su bienestar y la mantención del hábitat al que está acostumbrado casa, ciudad, colegio, amistades, etc., adquiere prioridad al momento de decidir con quién debe vivir, crecer y desarrollarse, más allá de los derechos de las partes y de su legítimo ejercicio.”⁸⁴

⁸³ Entrevista a Javiera Verdugo. Abogada de la unidad de cumplimiento, oficina de Familia, Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana. Santiago, 9 de enero de 2016. Disponible en el anexo de este trabajo.

⁸⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol n° 1128-2016, 22 de agosto de 2016. Recurso de Apelación, acogido. Legal Publishing, cita online: CL/JUR/6061/2016.

c) Responsabilidad civil

En Chile, a diferencia de otros países como Italia o España, no se ha aceptado la indemnización de perjuicios como sanción al daño provocado por el incumplimiento del régimen de relación directa y regular. Si bien no hay norma expresa que lo prohíba, es un tema que la doctrina ha desarrollado de manera incipiente, al referirse mayormente a la responsabilidad civil en materia de relaciones familiares en general, tanto en aspectos conyugales como de filiación.

Respecto a este tema, se encuentran posturas contrarias a la aplicación de la responsabilidad civil en el derecho de familia se argumenta que éste se rige por principios distintos que el derecho patrimonial civil, por ejemplo, en materia de derecho de familia se fundan en la igualdad, la solidaridad familiar, respeto recíproco y de protección al interés superior del niño y del cónyuge menos favorecido. En cambio, el derecho civil patrimonial se basa en la libertad y en la justicia, y a la idea de que cada parte busca obtener el máximo provecho personal; y, en relación a los daños causados, el principio es que cada uno soporta las cargas de las desgracias propias, salvo que exista alguna razón importante para atribuir el costo del daño a un tercero.

Otro argumento en contra de la aplicación de la responsabilidad civil es que la especialidad del derecho de familia hace que esta rama cuente con sus propias sanciones, por lo que no serían aplicables otras contenidas en el derecho civil. Al respecto, Mauricio Tapia⁸⁵ señala que en principio, en el derecho de familia no existen obligaciones propiamente tales, sino que en realidad serían deberes cuyo contenido es principalmente moral, por cuanto su cumplimiento está asociado y queda entregado solamente a las costumbres, convicciones y afectos, razón por la cual, no sería posible exigir su cumplimiento mediante ejecución forzada, y en consecuencia, tampoco sería correcto dar lugar a la indemnización de perjuicios que compense un incumplimiento.

⁸⁵ TAPIA, Mauricio. 2014. Principios, reglas y sanciones del derecho de las familias. En: LEPIN, Cristian (dir.). Responsabilidad Civil y Familia. Monografías. Santiago, La Ley. P. 359.

A este razonamiento se suma la visión de que dentro de esta misma rama se contemplan las sanciones específicas para el incumplimiento de los deberes familiares, reguladas taxativamente y que por lo tanto, no correspondería acudir a las normas del derecho civil patrimonial. En este sentido, si bien se reconoce que el Derecho Civil es el derecho común, general y supletorio al que debe acudirse para la interpretación de leyes especiales, se entiende que es un derecho patrimonial, que se aplica a intercambios, ilícitos y derechos reales, pero no a relaciones familiares, que no tienen carácter patrimonial y que se rigen por principios y reglas distintas.⁸⁶

Por otra parte, a favor de la aplicación de la responsabilidad civil en esta materia, se encuentra doctrina extranjera y en el ámbito nacional, el profesor Lepin, quien refuta las razones, señalando un argumento de justicia, dado que no se puede aceptar que se mantenga un ambiente de impunidad para quien incurre en un daño ilícito dentro de la familia, puesto que, citando a una autora española, señala que “la función del derecho de familia debe ser la de evitar que los conflictos que se producen en el interior del grupo puedan llevar a lesionar los derechos fundamentales de algunos de sus miembros. Porque pertenecer a una familia no implica ni la pérdida ni la disminución de ningún derecho”⁸⁷.

Respecto al carácter moral de las obligaciones del derecho de familia, el autor concuerda en que estos deberes contienen un fuerte carácter ético, pero no por ello dejan de ser obligaciones jurídicas, y en consecuencia, la imposibilidad de coerción directa no priva a estas obligaciones de juridicidad, y por ello, quien las incumple debe quedar sujeto, al menos como posibilidad inicial, al resarcimiento de los daños que cause al otro a causa de su actuar ilícito que lesione sus derechos fundamentales.

Además, en cuanto al argumento de la especialidad del derecho de familia, que impediría que se apliquen sanciones propias del derecho civil patrimonial, se sostiene que esa especialidad en sus normas no obsta para la aplicación de los

⁸⁶ *Ibíd.* P. 362.

⁸⁷ ROCA TRÍAS, Encarna. 1999. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*. Madrid, Cuadernos Civitas. P. 86. CITADO EN: LEPIN, Cristian. 2014. *Responsabilidad civil en las relaciones de familia*. En su: *Responsabilidad Civil y Familia*. Santiago, La Ley. P. 405.

principios generales de responsabilidad. Estos principios se resguardan en tanto quienes lesionan a otro respondan civilmente, más allá del hecho de que los involucrados formen parte de un mismo grupo familiar, ya que siempre se deben respetar los derechos fundamentales de las personas.

A ello, se suma la acotación de que esta especialidad no es absoluta, puesto que el derecho de Familia, desde el punto de vista normativo está lejos de ser un todo orgánico y sistematizado, dado que la mayoría de los Códigos Civiles contemplan un capítulo referido a las personas y las materias relativas a la familia están dispersas tanto dentro de los mismos códigos como en otros cuerpos normativos.⁸⁸

Cabe destacar que los Tribunales de justicia se han pronunciado en contra de otorgar indemnización de perjuicios con motivo de incumplimientos de obligaciones de carácter familiar, sin embargo, los casos a los que se han referido han sido primordialmente sobre deberes conyugales, negando la aplicación de la responsabilidad civil en estos casos⁸⁹. Por lo tanto, no se ha discutido la variedad de posibilidades que se contemplan en el derecho comparado, tales como el tema que se trata en este trabajo, referido al incumplimiento de la relación directa y regular, donde existen obligaciones y deberes precisos que cada parte debe cumplir, y que en caso de que no se observen dichas conductas, pueden generar un daño que se debe reparar por parte de quien lo ha ocasionado infringiendo dichos deberes.

En este sentido, se estima que no hay motivos fundados para que se niegue la responsabilidad civil a quien incumple la obligación de permitir y mantener la relación directa y familiar entre un hijo y el progenitor que no vive con él, ya que se debe entender que cada integrante del grupo familiar es un individuo autónomo, que está en posición de igualdad con el resto del grupo, relacionándose desde la cooperación,

⁸⁸ LEPIN, Cristian. 2014. Responsabilidad en las relaciones de familia. En su: Responsabilidad Civil y familia. Santiago, La Ley. P. 417.

⁸⁹ CORTE SUPREMA, Rol N° 778-2011, 6 de marzo de 2012. Legal Publishing, Cita Online: CL/JUR/507/2012; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol N° 890-2010, 4 de noviembre de 2010. Legal Publishing, Cita Online: CL/JUR/9007/2010; CORTE SUPREMA, Rol N° 263-2010, 13 de junio de 2012. Legal Publishing, Cita Online: CL/JUR/1094/2012; CORTE SUPREMA, Rol N° 778-2011, 6 de marzo de 2012. Legal Publishing, cita online: CL/JUR/507/2012; CORTE DE APELACIONES DE TALCA, Rol N° 133-2012, 30 de agosto de 2013. Legal Publishing, cita online: CL/JUR/5033/2012.

y por lo tanto goza de los mismos derechos que cualquier persona, por lo que no hay razón para negar la relación con el derecho de Daños, que, por lo demás, no contiene ninguna restricción a su aplicación en caso de que los daños se causen dentro del ámbito familiar.

De forma similar se expresa la abogada Javiera Verdugo, al considerar que “sobre todo en esta etapa del cumplimiento de una sentencia que ya se dictó, se puede generar un daño más allá de lo razonable en una relación familiar, puesto que los daños que se pueden generar en las relaciones de familia tienen un límite de lo aceptable, y más allá de ese límite, se debería generar responsabilidad. Además que los daños son comprobables mediante psicólogos, existen mecanismos para comprobarlo.”⁹⁰

5.2 DERECHO SANCIONATORIO

a) Multa

En la parte final del inciso cuarto del artículo 48 de la Ley de Menores⁹¹, se contempla una sanción para el padre o madre no custodio que debe mantener la relación directa y regular con el hijo y no lo hace, la cual consiste en aplicar los apremios del artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, que consisten en arresto y multa.

Asimismo, en la ley se contemplan sanciones para aquel padre o madre que tiene bajo su cuidado a los hijos. En el artículo 66, inciso 3° se establece que *“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*

⁹⁰ VERDUGO, Javiera. Entrevista. Pregunta 12.

⁹¹ Artículo 48 inciso 4°: En caso de que el padre o madre a quien corresponda mantener la relación con el hijo dejase de cumplir, injustificadamente, la forma convenida para el ejercicio del derecho o la establecida por el tribunal, podrá ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción, lo que no obstará a que se decreten apremios cuando procedan de conformidad al inciso tercero del artículo 66.

El artículo 543 del Código de Procedimiento Civil plantea: “Cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación. Cesará el apremio si el deudor paga las multas impuestas y rinde además caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar la indemnización completa de todo perjuicio al acreedor.”

señalado por el tribunal, o bien, infringiere las resoluciones que determinan ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal.”

En el caso de la imposición de una multa, la sanción consiste en que quien incumple con la obligación correspondiente debe pagar una suma de dinero a beneficio fiscal, como penalidad por no cumplir con el deber de mantener el régimen comunicacional o no permitir que esta relación se desarrolle. La ley, sin embargo, no indica el monto de la sanción ni la oportunidad en la que debe imponerse.

Este apremio pecuniario se debe entender como una sanción que desincentiva la conducta de resistirse al régimen comunicacional, de forma que lo que se busca es que, mediante un la amenaza o el acto de sufrir un perjuicio económico, la parte incumplidora cambie su conducta con el objetivo de que ese perjuicio no continúe.

Para que la sanción pecuniaria de multa tenga algún efecto, ésta debe ser significativa, de modo que provoque un cambio en la conducta. Sin embargo, en la práctica, esta medida es completamente ineficiente, debido a que se aplica en muy pocos casos y, en los casos que se aplica, no constituye un menoscabo significativo en el patrimonio. La abogada Verdugo entrega una aproximación al tema, señalando que “Se empieza con multas de media UTM, insuficiente porque, si en un año se va a fijar una multa de media UTM que son \$23.000 aprox., equivale más o menos a \$1.900 mensuales. Ese sería el precio por no permitir que el hijo vea a su padre, y eso es muy poco, es muy barato. Es un problema económico, se está comprando la voluntad de no cumplir por \$23.000 anuales.”⁹²

Por lo demás, en el caso de que se aplicara una multa de alto valor a quien tiene el cuidado personal del hijo o hija por no respetar el régimen comunicacional, se le está provocando un desmedro a la vida del propio niño, niña o adolescente involucrado, porque se afectaría el patrimonio de quien debe contribuir en su crianza,

⁹² VERDUGO, Javiera. Entrevista. Pregunta 9.

perjudicando la capacidad económica de la familia para darle sustento material al niño, y en consecuencia, generando un menoscabo en el interés superior del mismo.

b) Arresto

Una situación parecida a lo descrito en el apartado anterior se da con la sanción consistente en el arresto como forma de apremio para el cumplimiento del régimen comunicacional. El artículo 543 del Código de Procedimiento Civil dispone esta medida en el contexto del procedimiento ejecutivo en las obligaciones de hacer, lo que es una muestra de que lo necesaria que es una revisión de estas normas en su aplicación al derecho de familia, debido a las particularidades que implica esta materia.

Los tribunales, según la ley, pueden imponer el arresto de quien incumple hasta por 15 días, y luego pueden repetir la medida hasta lograr el cumplimiento cabal de la obligación. Sin embargo, en el caso del régimen comunicacional, la oportunidad en la que se debe realizar la conducta de permitir la relación directa y regular o de llevarla a cabo por parte del progenitor no conviviente es fundamental y parte esencial del deber, por lo que en estos casos nunca se alcanzará el estándar de cumplimiento cabal.

A pesar de lo anterior, los tribunales no aplican este tipo de sanciones, a modo de ejemplo, en un caso llevado ante el Juzgado de Familia de Coronel, iniciado en diciembre de 2006, ante los constantes incumplimientos de la madre del niño a respetar el régimen comunicacional decretado en favor del padre, se decretó arresto en marzo de 2009 y luego en agosto de 2009, ambos revocados por la Corte de Apelaciones de Concepción, para finalmente mantener la medida en diciembre de 2009, luego de tres años de conflicto en los tribunales.

En aquella oportunidad en que se decidió aplicar el apremio se argumentó que “teniendo en consideración el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño, puede concluirse que el apremio consistente en reclusión nocturna por cinco días por el incumplimiento de la recurrente del régimen de

relación directa y regular del padre con su hijo menor, establecido por sentencia ejecutoriada, ha sido decretado conforme al mérito del proceso y a las atribuciones que confiere el artículo 66 inciso tercero de la Ley N° 16.618, por lo que el recurso de amparo debe ser rechazado.”⁹³

Además, la ley, al no ser una norma destinada a materias de familia, no se hace cargo de los efectos que tiene esta sanción en el niño, tanto a nivel práctico como las consecuencias psicológicas que puede tener que se le separe de su padre o madre.

En el sentido práctico, no existe solución legal para el caso de que quien tiene el cuidado personal del niño deba cumplir con el arresto, dando respuesta a la interrogante de quién tendrá a su cuidado al niño o niña mientras se deba cumplir la sanción. En esta situación, sería labor del juez que ordena el arresto determinar quién debe tener el cuidado del niño, para lo cual se exige un análisis de la situación y circunstancias particulares que rodean el caso, poniendo énfasis en proteger de forma primordial el interés del menor.

Por otra parte, se debe tener en consideración las consecuencias emocionales o psicológicas que trae consigo esta medida, ya que hay que tener presente que el niño, niña o adolescente se encuentra en un escenario donde no convive con sus dos padres, y que además, si se aplica esta sanción, se verá apartado de su otro padre, quedando en una condición de vulnerabilidad al no tener cerca a sus figuras significativas.

c) Pena privativa de libertad

En cuanto a las sanciones de carácter penal que contempla la legislación nacional, no existe norma expresa para estos casos, salvo lo señalado anteriormente respecto de los apremios contenidos en la Ley de Menores, sin perjuicio de la remisión que se puede hacer al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, dentro del título XIX

⁹³ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Rol N° 136-2009. 21 de diciembre de 2009. Recurso de Amparo rechazado. Legal Publishing, Cita online: CL/JUR/8094/2009. Resolución confirmada por la Corte Suprema, en Rol N° 9644-2009, de fecha 30 de diciembre de 2009. Cita online: CL/JUR/8093/2009.

referido a la ejecución de las resoluciones, que dispone en el inciso 2° que *“El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”* conformando el delito de desacato. Sin embargo, no hay antecedentes referidos a que se utilice este mecanismo para sancionar el incumplimiento en el régimen de relación directa y regular.

Como respuesta a la situación descrita, en julio de 2016 mediante una moción parlamentaria se ingresó al Congreso Nacional para su discusión un proyecto de ley que modifica el código penal con el objeto de tipificar el delito de incumplimiento del régimen de relación directa y regular de los progenitores o de los abuelos con los hijos o nietos, según corresponda.

En este proyecto se señala como justificación que “El ejercicio de este derecho es muy manipulado por los progenitores, ya que en caso de incumplimiento o entorpecimiento, éstos saben perfectamente que sólo llegarán como condena máxima al pago de una multa, en razón de que los jueces no aplican la norma como corresponde, es más, como no hay una sanción concreta en materia de familia, los jueces se remiten a las normas del Código de Procedimiento Civil, para aplicarla. De acuerdo a esta realidad y vacío legal existente, donde no hay una sanción concreta a esta situación que cada día se agrava, el juez debe, de acuerdo al mandato de la Convención de los Derechos del Niño, responsabilizarse que dicho derecho se cumpla, y por ello se aplican las sanciones que se encuentran en otros cuerpos legales [...] No existe una sanción ejemplificadora, para que los padres tomen conciencia, mejoren sus relaciones y asuman el rol de padres como les corresponde, sin obstaculizar o entorpecer el cumplimiento de la relación directa y regular con sus hijos/as.”⁹⁴

Como modificación al código penal se propone la incorporación de 2 artículos en el Título Octavo referido a crímenes y simples delitos contra las personas, donde se

⁹⁴ BOLETÍN N° 10793-18. Proyecto de ley que modifica el Código Penal con el objeto de tipificar el delito de incumplimiento del régimen de relación directa y regular de los progenitores o de los abuelos con los hijos o nietos, según corresponda. Moción ingresada el 12 de julio de 2016. Primer trámite constitucional. [En línea] <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10793-18> (Fecha de consulta: 19-01-17)

castigue con la pena de presidio menor en su grado mínimo a quien entorpezca el régimen de relación directa y regular, ya sea que quien incurra en la conducta típica sea quien detenta el cuidado personal o quien debe cumplir con el régimen de comunicación, dando una definición de lo que se entiende por entorpecimiento en cada caso, aumentándose la pena en un grado en caso de que el incumplimiento sea reiterado.

Al respecto, cabe señalar que se vislumbran dificultades en la aplicación de una ley de estas características, debido a que en la legislación actual ya existen medidas que compelen a las partes a dar cumplimiento a sus obligaciones, sin que los tribunales las apliquen, de forma que esta modificación propuesta se sumaría al conjunto de medidas que están en desuso por los tribunales, tal como expone Verdugo quien expresa que “a la solicitud de que se deriven los antecedentes a fiscalía por desacato los tribunales resuelven “no ha lugar”. Yo creo que en materia de cumplimiento de relación directa y regular hay un tema de no tomarse en serio el problema, y no se hace porque es tedioso”.⁹⁵

A pesar de esto, siempre se debe tener en cuenta el fin educador de las leyes, por lo que la sola discusión de esta materia puede ser un importante punto de partida para la real preocupación que esta problemática merece.

d) Crítica

Según lo expuesto en el capítulo primero de este trabajo en relación al nuevo concepto de infancia y derechos de los niños, niñas y adolescentes, las sanciones revisadas en este párrafo parecen obsoletas o atrasadas, puesto que no consideran el interés superior del niño, así como tampoco buscan resolver el conflicto de fondo que desencadenan los incumplimientos de las partes.

Si se analiza un caso hipotético de constantes incumplimientos, la aplicación de penalidades tales como las revisadas generará un aumento en la conflictividad con la que se relacionan las partes, ya que se produce resentimiento hacia quien acusa el

⁹⁵ VERDUGO, Javiera. Entrevista. Preguntas 15 y 16.

incumplimiento, provocando aún más rechazo, lo que no ayuda en nada a analizar el fondo y las causas de la disputa que ocasionó el incumplimiento en primer término, y en consecuencia, el conflicto en lugar de disminuir, continua aumentando.

Ya sea en el caso de la sanción pecuniaria o en el de la privación de libertad de quien no respeta el régimen comunicacional, al aplicar estas medidas se produce un perjuicio inmediato al niño, niña o adolescente involucrado. En materia de multa, se provoca un daño económico respecto al menor, ya sea en el hogar en el que vive o al que acude esporádicamente, por lo que se le afecta igualmente.

Esto se ve acentuado en el caso de que se aplique el apremio de arresto, ya que el padre o madre que mantiene el cuidado del menor no estará disponible mientras dure el arresto para ejercer ese cuidado, quedando el niño o niña sin protección y sin la figura fundamental en su vida como es su madre o padre.

A pesar de lo anterior, existen razones para que estas medidas estén en la legislación, ya que no todas las personas responden a los mismos estímulos, es decir, si bien la educación de los padres para que siempre tengan en consideración el bien superior de su hijo es lo ideal, no en todos los casos se cumple esta premisa, razón por la cual se deben buscar medidas alternativas como las contenidas en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, se enfatiza en que el primer interés de todos los intervinientes en este tipo de problemáticas debe ser educar, dándole importancia al derecho de los niños de mantener una relación con sus padres aunque no vivan con ellos, y disponiendo de todas las herramientas posibles para llevarlo a la realidad. Sin embargo, cuando falla la educación hacia las partes y el conflicto ya está desatado, es preferible que las instituciones actúen aplicando las herramientas que la legislación dispone en lugar de permanecer en la inacción, dejando impune a quien no cumple con sus obligaciones.

Con todo, aunque las sanciones acá descritas no sean las más adecuadas para la protección al régimen comunicacional, mientras no se cuente con mejores

herramientas para lograr el respeto adecuado al derecho de relación directa y regular, estas medidas se pueden aplicar, sobre todo cuando se trata de casos extremos de incumplimiento, donde se afecta en el largo plazo el interés superior del niño.

En este sentido, Verdugo expresa que “se debe empezar la educación que puedan dar los tribunales, porque si el tribunal no le da importancia al incumplimiento, menos aún se la va a dar la parte. Porque finalmente, se actúa bajo la amenaza del castigo: en el ámbito patrimonial, se pagan las deudas porque se sabe que en caso de incumplir, procede el remate; en el caso del cumplimiento en visitas, la medida de la aplicación de multas efectivamente aplicada reduciría el problema. Cabe señalar que esto es lo contrario a una buena educación de base, es funcionar por miedo al castigo, pero es una de las vías. Obviamente es mejor educar que castigar, pero de todas maneras no se pueden descartar todas las posibilidades, porque siempre va a haber gente que se niegue sin razón, y con ellos puede funcionar el mecanismo de que el incumplimiento les genere un perjuicio económico real y en ese caso, actúen de acuerdo a lo que se quiere lograr.”⁹⁶

⁹⁶ VERDUGO, Javiera. Entrevista. Pregunta 14.

CAPÍTULO III: CONSECUENCIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN COMUNICACIONAL CONTEMPLADAS POR ORDENAMIENTOS EXTRANJEROS

Se concuerda en el Derecho comparado con el hecho de que en las relaciones de familia existen componentes extrajurídicos que el Derecho, a través de dictación de normas y mediante la participación de los Tribunales de Justicia, no puede solucionar.

Muestra de ello es el trabajo de la profesora Makianich de Basset, quien explica que el Derecho cuenta con medios escasamente idóneos para solucionar pacíficamente conflictos familiares, lo que se ve reflejado en la práctica de los tribunales, donde se exhibe a diario el escaso margen de actuación que le cabe a la razonabilidad judicial frente a las batallas de los padres. Sin embargo, se agrega que no por ello se puede abandonar esta lucha, sino que se deben buscar todos los mecanismos posibles para la efectiva protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y sus padres.

Al hablar propiamente de cumplimiento, la doctrina concuerda en que no hay suficientes antecedentes para obtener conclusiones al respecto, ya que no se han realizado estudios sociológicos al respecto. A modo de ejemplo, Rivero Hernández cita en su trabajo un estudio realizado por un Tribunal de Familia de Barcelona, haciendo hincapié en lo acotado del mismo, ya que es un solo tribunal y durante un año, pero que sirve como una pequeña muestra de la realidad judicial al respecto.⁹⁷

Respecto a la protección efectiva del derecho de relación directa y regular, en Derecho comparado existen países que han avanzado hacia regular legislativamente los aspectos del cumplimiento o fase de ejecución del régimen comunicacional, y otros que han dejado esa tarea en mayor medida a la práctica jurisprudencial, pero siempre poniendo especial atención en que este derecho sea efectivamente resguardado.

⁹⁷ RIVERO HERNANDEZ, Francisco. 1997. Op. Cit P. 35.

1. CONSECUENCIAS SIMILARES A LAS CONTEMPLADAS POR EL ORDENAMIENTO CHILENO

En general, las consecuencias a las que se ven expuestos los padres que no dan cumplimiento a su deber de mantener o permitir el desarrollo de la relación directa y regular con los hijos son similares a las contempladas en el ordenamiento chileno. A modo de sistematización, se pueden dividir en protección de carácter civil y penal.

Dentro de la protección civil, Rivero diferencia entre defensa preventiva, es decir, medidas que tienden a evitar que se produzca el incumplimiento, y defensa del derecho de visitas ya vulnerado.

Como medidas preventivas, el autor habla de (1) la imposición de una pena convencional, tal como una cláusula penal acordada por las partes o como sanción prevista en la resolución judicial al determinar el régimen de visitas, donde se fije una multa en caso de incumplimiento, medida utilizada, por ejemplo, en Alemania; (2) medidas preventivas de índole judicial, tales como cualquier garantía real o personal que requiera el cumplimiento, ya sea apercibimiento de modificación, suspensión o supresión del régimen, o como contempla el ordenamiento alemán, donde se contempla una especie de multa para cada una de las ocasiones en que se incumpla la obligación de poner al niño a disposición del visitador; y, (3) la vigilancia del cumplimiento de las relaciones personales por una autoridad o persona ad hoc, tales como un equipo técnico del Tribunal, intervenciones de lo que en España se llama Punto de Encuentro Familiar, que son lugares habilitados para que se lleven a cabo las visitas o para que sea el lugar de “intercambio del niño o niña”, o también la presencia de un mediador, que en Suiza, por ejemplo, puede ser un servicio social o una persona particular que tenga algún antecedente o autoridad moral sobre las partes.

Ahora bien, como defensa propiamente tal del derecho de visita ya vulnerado, se hace una distinción entre medidas directas, que están dirigidas a obtener el

cumplimiento del derecho de visita, y medidas indirectas, o consecuencias derivadas de su vulneración, a modo de sanción o como medio de coerción indirecta al cumplimiento.

Dentro de las medidas directas, se encuentran la ejecución forzada del régimen de relaciones personales, práctica que va en declive por la violencia que acarrea (aunque utilizada, con poca frecuencia igualmente, en Alemania, Suiza, Italia y Francia) y aquellas medidas judiciales amparadas en artículos de legislaciones amplias, de redacciones que siguen el estilo: *“todas las medidas o disposiciones que el juez considere oportunas para evitarle perjuicios al niño”*.

En tanto que como medios indirectos de defensa derivados del incumplimiento se mencionan aquellos que dicen relación con un cambio permanente en las condiciones de convivencia del niño en relación a sus padres, que van más allá del cumplimiento concreto del régimen comunicacional.

Respecto a aspectos procesales, cabe destacar que el ejemplo de Argentina, puesto que con la dictación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se hace necesaria la actualización de las normas de carácter procesal que regulan la materia. Para ello, se elaboró un Código Procesal Modelo de Familia, que sirva de ejemplo para todas las provincias de Argentina ya que sobre éstas recae la facultad de dictar sus propias regulaciones procesales, donde se contemplan medidas para asegurar la efectividad en la etapa de ejecución de las resoluciones, dentro de las que se encuentran medidas como la ejecución parcial y provisoria cuando sea posible, y también la ejecución con apoyo multidisciplinario.

2. FACULTADES Y DEBERES DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

En el derecho comparado, existe un amplio desarrollo de este tema, siendo más avanzados los demás países en comparación a Chile. Respecto a la evolución del cuidado personal y la correspondiente relación directa y regular, Barcia Lehmann⁹⁸ entrega una reseña de cómo en otros países se ha tendido a preferir la asignación

⁹⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio. Revista de Derecho Volumen XXVI N°2, diciembre 2013. P 13.

conjunta del cuidado personal y predominancia de la corresponsabilidad parental, lo que incide directamente en el contenido derivado del derecho de relación directa y regular con el padre/madre no cuidador.

En este sentido, se entiende que uno de los elementos fundamentales a la hora de abogar por el interés superior del niño en casos en que no viva con ambos padres, es preferir la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares, basados principalmente en los principios de interés superior del niño, igualdad entre los padres y no discriminación.

Como consecuencia de lo anterior, se ha evolucionado de sistemas donde se entregan facultades ligadas al cuidado personal exclusivo de uno de los padres, donde los derechos del padre no cuidador están delimitados y se continúa con cierta asignación de roles, como ocurre en Chile, a sistemas que establecen facultades y derechos compartidos, donde existe una mayor igualdad en los roles, y por lo tanto, mayor grado de corresponsabilidad, para llegar a sistemas de cuidado conjunto, que mantienen gran parte de las legislaciones comparadas.

Antes de que en el derecho comparado se llegara a los sistemas de cuidado conjunto como norma preferente, las legislaciones establecieron un conjunto de facultades y derechos del padre no conviviente con los hijos, a modo de ser una especie de contrapeso al poder del padre que mantenía la custodia de los hijos, y así, preservar el principio de igualdad entre los padres.

Ejemplo de lo anterior es el caso italiano y francés, donde se establecía que las decisiones de carácter cotidiano las debe tomar quien tiene el cuidado del menor, pero las determinaciones que fueran de mayor relevancia para el interés del niño, debían ser tomadas por ambos padres, en el entendido que el padre que no convivía con el niño o niña sigue siendo titular de la patria potestad, y por lo tanto, mantiene el deber y derecho de cuidar y velar por el mejor interés de los hijos.

Por otra parte, el derecho español, antes de la reforma de 2005 donde se estableció el cuidado personal conjunto, incluía dentro de los derechos del padre no custodios

todos aquellos derivados de la titularidad de la patria potestad, dentro de los que se destacan el derecho a reunión con el hijo en el lugar que éste habite, el derecho de relacionarse y comunicarse con él o ella, el derecho de vigilancia y control y el derecho de información respecto del hijo. Todos estos derechos constituyen en definitiva un derecho a veto del padre no custodio para oponerse a las acciones que considere perjudiciales para su hijo o hija.⁹⁹

3. CONSECUENCIAS DEL DERECHO DE FAMILIA Y CIVILES

3.1 Suspensión

En el derecho comparado se encuentran una serie de medidas que tienen que ver con la modificación del régimen de visitas, lo que incluye su reducción, ampliación, suspensión o supresión del régimen. La decisión respecto a cuál de estas alternativas se debe considerar en cada caso corresponde al organismo jurisdiccional que conozca el conflicto. Para ello las legislaciones son lo suficientemente amplias para no imponer restricciones innecesarias a los jueces y que éstos puedan tomar la decisión que se adecue de mejor manera al caso concreto.

En España, la legislación contempla norma expresa respecto al incumplimiento del padre no custodio, pero no así para el caso de quien no respete la relación sea el padre cuidador. Así, el artículo 94 del Código Civil español indica que “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.”

Como se concluye del texto de la ley, el régimen comunicacional se suspende bajo supuestos restrictivos, donde se vea perjudicado el interés superior del niño y bajo la hipótesis de reiterados incumplimientos de parte del progenitor no conviviente. Sin

⁹⁹ *Ibíd.* P. 18.

embargo, no se contempla esta sanción en caso de que los incumplimientos sean de parte del padre cuidador del niño o niña.

3.2 Restricción

En cuanto a este tipo de sanciones, el derecho comparado no difiere sustantivamente de lo dicho respecto de la legislación nacional, lo que se debe a que las legislaciones en estas materias dejan a criterio jurisprudencial las medidas que se deben adoptar para proteger de la mejor manera el interés superior de los niños. Lo anterior, implica la adopción de medidas de carácter restrictivo del régimen comunicacional en caso de que ese interés sea vulnerado debido a incumplimientos de parte de los padres en conflicto.

Sin embargo, ya sea que se restrinja o suspenda el régimen comunicacional, estas medidas no son de gran utilidad en la práctica, porque es necesario recordad que ya existen obligaciones previas que las partes no están dispuestas a cumplir, por lo cual no hay muchas razones para esperar que resoluciones judiciales de este tipo tengan gran influencia en el comportamiento de las partes sin otro tipo de intervención o adopción de una medida más sancionadora.

3.3 Suspensión y modificación del cuidado personal

El cambio en la titularidad del cuidado personal también es una medida que se adopta en el derecho comparado. Se entiende que si hay un padre reticente a permitir que el niño o niña mantenga relación con el otro padre sin razones que lo justifiquen, no está velando por el derecho del niño o niña, sino que está actuando según sus propios resentimientos, dejando de lado el interés superior del niño.

En el derecho español, se contempla la modificación del régimen de cuidado personal o derechamente el cambio en el titular, otorgándose al otro progenitor Así, la Ley de enjuiciamiento civil, que regula los aspectos procesales de los procedimientos que se llevan ante tribunales civiles y de familia contempla en el artículo 776 una norma expresa para el incumplimiento en el régimen comunicacional, al exponer en el numeral 3° que: El incumplimiento reiterado de las

obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas.¹⁰⁰

3.4 Responsabilidad civil

En cuanto al remedio de la indemnización de perjuicios, esta forma de resarcimiento ha tomado fuerza en la actualidad. La justificación para ello es que, por ejemplo en el derecho anglosajón, se entiende que la protección que garantiza la ley a todas las personas respecto de los daños provocados por terceros no se altera solo por existir un vínculo de parentesco entre quien ha causado el daño y el dañado, sobre todo si se piensa en relaciones entre padres e hijos más que en el vínculo de pareja donde las partes se enmarcan dentro de un plano de mayor igualdad.¹⁰¹

La utilidad de la aplicación de la responsabilidad civil en estas materias es que sirve no solo como medida reparativa, sino que también cumple otras funciones, tales como un trabajo de carácter preventivo, disuasorio de futuros comportamientos análogos no solo dentro del propio ámbito familiar, sino sobre todo al exterior. Además, se puede entender también una utilidad reparadora, haciendo notar eso sí,

¹⁰⁰ Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 776: Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas.

Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de esta ley, con las especialidades siguientes:

1.^a Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele por el Secretario judicial multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.

2.^a En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto.

3.^o El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas

4.^a Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto.

¹⁰¹ PATTI, Salvatore. 2014. Familia e inmunidad. En: LEPIN, Cristian (dir.). Responsabilidad Civil y Familia. Chile, La Ley. P. 8.

la particularidad de que en estos casos de incumplimiento, los daños que se provocarán son principalmente de carácter moral y además irreversible, lo que no es razón en todo caso, para desconocerlos ni para dudar del carácter reparador de la indemnización de perjuicios.¹⁰²

En el derecho comparado, el tema de la responsabilidad civil en materia de relaciones paterno-filiales ya se ha discutido latamente, al punto de haber jurisprudencia al respecto. Tal es el caso de Italia, que en el año 2007 condenó a una madre a resarcir el daño moral provocado a su hijo por el hecho de haber impedido el contacto con su padre.¹⁰³ Lo mismo podría concluirse a partir de la redacción del derecho de relacionarse con su familia que se da en el derecho francés, toda vez que a partir de la redacción del año 2002 se coloca como sujeto del derecho al niño, puesto que se señala que “el niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. Solo motivos graves pueden impedir el ejercicio de ese derecho. Si el interés del niño así lo exige, el juez de asuntos familiares fijará la forma y modo de relacionarse entre el niño y un tercero, sea éste pariente o no”.¹⁰⁴

Asimismo, en España existe doctrina que plantea que el incumplimiento por parte del padre o madre que tiene el deber de mantener el régimen de comunicación genera daños que pueden ser objeto de indemnización, debido a que se está lesionando no solo el derecho subjetivo del niño o niña a mantener una relación con sus padres, sino que también se daña su integridad psíquica. De este modo, se argumenta que de la lesión de esos derechos se derivan daños morales para el menor que pueden

¹⁰² RODRÍGUEZ GUITAN, Alma María. 2011. Remedios jurídicos frente a la obstaculización del derecho de visita del progenitor no custodio. En: CONGRESO IDADFE. Patria, potestad, guarda y custodia. Vol. 1. p. 211.

¹⁰³ Caso citado por Alma María Rodríguez con el propósito de señalar esta medida puede reforzar el interés superior del niño debido a que, aunque se le haya privado de mantener contacto con su padre, de todas maneras ayuda a reparar en algo este daño, al poder demandar directamente al progenitor incumplidor. *Ibíd.* P. 207.

¹⁰⁴ Traducción del artículo 371-4 del Código Civil francés contenida en: RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. 2010. *Op. Cit.* P. 157. 139-162

ser objeto de indemnización, al amparo del artículo 1902 del Código Civil español que trata la responsabilidad civil extracontractual.¹⁰⁵

Así también se plantea en el caso de que el incumplimiento venga del padre o madre que tiene el cuidado personal del niño o niña y que mediante sus conductas impide, obstaculiza o dificulta la comunicación entre el niño y su otro padre. En este caso, hay doble daño, ya que se afecta tanto al niño como al padre no custodio, de lo que se deriva que el niño también podría demandar a quien tiene su cuidado personal, bajo la figura de un defensor judicial, que represente sus intereses.

En el ámbito jurisprudencial, hay un fallo del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que condena a Alemania al resarcimiento de daños y perjuicios causados por negar el régimen de visitas a un padre cuyo hijo había sido víctima de síndrome de alienación parental por parte de su madre, por lo que se negaba a mantener una relación directa y regular con su progenitor, sin que el Estado Alemán indagara en los motivos de esta negativa, provocándole graves consecuencias psicológicas al padre.¹⁰⁶

Por otra parte, a nivel latinoamericano, en Argentina la responsabilidad civil está reconocida tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia¹⁰⁷, lo que va de la mano con el reconocimiento de los derechos humanos para todos los integrantes de la sociedad, incluidos los niños, así como también el avance hacia una concepción moderna de la familia, donde no hay un patriarca todopoderoso sino que cada miembro del grupo familiar mantiene condiciones de igualdad de derechos y respeto.

Según lo anterior se plantea que “el sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ GUITÁN, Alma María. 2009. Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Navarra, España. Civitas, Thomson Reuters. P. 273.

¹⁰⁶ Asunto Elsholz contra Alemania, demanda número 25735/1994. TEDH sentencia 13 de julio de 2000, citado en RODRÍGUEZ GUITÁN, Alma María. *Ibíd.* P. 283.

¹⁰⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. 2014. La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el derecho de daños. En: LEPIN, Cristian (dir). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago, La Ley. P. 208 y ss.

familia cause daño dolosa o culposamente a otro, y se exima de responder en virtud del vínculo familiar.”¹⁰⁸

En virtud de lo anterior, si bien se reconocen las características particulares del derecho de familia, no por ello se deja de lado la obligación del Estado de Derecho de proteger y garantizar la convivencia de todos los miembros de la sociedad bajo iguales parámetros de respeto, pues si bien en el ámbito específico del derecho de relación directa y regular a veces es difícil la coerción e imposición de un deber jurídico, ello no significa que sea incoercible, como sí lo es el deber de fidelidad entre los cónyuges.

De esta forma, se plantea que “el Estado debe tomar las medidas positivas aptas para ejecutar las sentencias firmes dictadas por los jueces, y la falta de remedios idóneos para la ejecución de las relaciones derivadas del derecho de visitas importa un acto ilícito cuyas consecuencias dañosas el Estado debe reparar, como ha aceptado la Corte de Derechos Humanos Europea, en variadas condenas a múltiples Estados que no proveyeron los instrumentos eficaces para que el derecho de visitas no fuera una mera expresión de deseo.”¹⁰⁹

En el caso particular del cumplimiento de la relación directa y regular, en Argentina es aceptado que si las medidas contempladas por el juez de familia para lograr el efectivo cumplimiento del régimen, nada obsta a que se aplique la indemnización de perjuicios, puesto que “se trata de una conducta antijurídica que puede causar un daño al niño o adolescente y al progenitor no conviviente y, por tanto, hace nacer la responsabilidad civil de quien detenta la guarda del hijo. Igual responsabilidad incurre quien en forma injustificada no cumple con el régimen de comunicación con el hijo que se ha pactado o acordado. Es cierto que, como se ha señalado en la doctrina argentina, no se puede pretender el resarcimiento del desamor o la carencia afectiva porque los sentimientos no pueden imponerse. Pero sí es admisible la reparación si

¹⁰⁸ MEDINA, Graciela. 2008. Daños en el Derecho de Familia. 2° edición, Santa Fe, Argentina. Rubinzal Culzoni. P. 600.

¹⁰⁹ *Ibid.* P. 596-597.

tal sentir se traduce en incumplimiento de los deberes que la ley impone a los padres.”¹¹⁰

A nivel latinoamericano existe jurisprudencia que reconoce la obligación de indemnizar los perjuicios provocados por no cumplir con los deberes parentales, ya sea de parte de quien tiene el cuidado personal tanto como de quien debe cumplir con mantener la relación directa y regular. Ejemplo de ello es el caso de Uruguay, donde se condenó al padre a pagar una suma de dinero por concepto de indemnización de perjuicios a su hijo, debido a que incurrió en negligencia al ejercer los deberes de protección y formación, ya que, si bien había pagado la pensión de alimentos, el padre estuvo ausente y no mantuvo una comunicación adecuada con el hijo.¹¹¹

3.5 Cláusula penal

Debido a que las legislaciones en esta materia son lo suficientemente amplias, se reconoce en el derecho comparado, la posibilidad de acordar y aplicar sanciones de carácter pecuniario para el caso de incumplimiento. De esta forma, cuando el régimen comunicacional y las sanciones para quien no lo respete son establecidos por las partes con anterioridad, se habla de cláusula penal, y; en caso de que sea acordado en un tribunal, se puede establecer cualquier caución que disuada a las partes a incumplir con sus respectivas obligaciones.

El objetivo de estas medidas es que la aplicación de sanciones de tipo pecuniario tales como las multas o astreintes no sean ilusorias, y tengan un real efecto en la conducta de quien está incumpliendo. De esta forma, se plantea que la cláusula penal debe estar regulada como una sanción al incumplimiento o como una sustitución a la indemnización de perjuicios, siendo compatible con la exigibilidad de la relación directa y regular.

¹¹⁰ GROSAN, Cecilia. 2009. La guarda de los hijos después de la separación o divorcio de los padres. Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados (43). P. 228.

¹¹¹ RAMOS CABANELLAS, Beatriz. 2014. Daños originados en las relaciones de familia: situación en Uruguay. En: LEPIN, Cristian (dir.). 2014. Responsabilidad Civil y familia. Santiago, La Ley. P. 263.

Sin embargo, se debe tener especial cuidado en no considerar la imposición de una cláusula penal o una caución acordada jurisprudencialmente como sustitutiva del cumplimiento del régimen comunicacional, puesto que pasaría a ser una especie de precio por incumplir, permitiendo optar a quien no desee respetar la relación directa y regular entre cumplir o pagar la pena, lo que haría que esta cláusula fuera ilícita, puesto que se está hablando de derechos de carácter personalísimo e intransferible.¹¹²

4. CONSECUENCIAS DEL DERECHO SANCIONATORIO

4.1 Multa

La aplicación de este tipo de sanciones se dan en el caso de que el derecho a mantener la relación ya ha sido vulnerado, y consisten en condenar al incumplidor al pago de una suma de dinero al Fisco por cada día o mes de retraso en la ejecución de su obligación. Se encuentran presentes en el derecho francés, belga y mayormente en el alemán.

Esta sanción corresponde a una medida genérica que contempla el Derecho para las obligaciones de hacer o no hacer, y en virtud de ella, el derecho de familia las hace aplicables a estos casos, entendiendo que la obligación de permitir y mantener la relación directa y regular entre padres e hijos es una obligación de hacer.

Al respecto, se comparte la opinión por la doctrina de que este tipo de sanciones no resulta satisfactoria por si sola para asegurar el respeto de la relación, y que por lo mismo, debe ir acompañada de otras medidas que lleven a quien está incumpliendo a cambiar su actitud y velar por el mejor interés del niño.

4.2 Arresto

La doctrina concuerda en que además de las tradicionales astreintes pecuniarias, debe agregarse conminaciones personales, que se refieren a un apercibimiento que hace el tribunal a quien ha incumplido cuyo contenido consiste en una amenaza de

¹¹² RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Op. Cit. P. 289.

sufrir un desmedro que, en un principio, podría llegar a ser de mayor entidad que la obligación a la que se encuentra obligado actualmente. En otras palabras, lo que se busca es lograr el acatamiento de las órdenes judiciales desobedecidas bajo la advertencia de que, en caso de persistir en el incumplimiento, se le infringirá un mal significativo.

En este sentido, el Código procesal modelo de Familia argentino recoge estas medidas en las disposiciones de los artículos 366, 367 y 368, expresando que “En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus resoluciones, el juez, de oficio o a pedido de parte, puede disponer las medidas de conminación necesarias, cualquiera sea el sujeto a quien se impongan”.¹¹³

Se entiende por la doctrina que estas medidas, aun cuando son indeseables, son necesarias en casos en que el incumplidor no responde a otras sanciones menos gravosas. Es por ello, que las sanciones de carácter penal se ponderan como más eficaces.¹¹⁴

4.3 Pena privativa de libertad

Como protección penal ante la ineficacia de las medidas antes mencionadas, en casi todos los países se recurre a este tipo de medidas, en algunos tipificando la conducta en un delito específico o en preceptos más o menos genéricos. Dentro de los primeros se encuentra Argentina, Francia, Alemania, Italia y Noruega, entre otros,

¹¹³ CÓDIGO PROCESAL MODELO PARA LA JUSTICIA DE FAMILIA. 2016. [En línea] <http://editorial.jusbairees.gob.ar/download/56.pdf> (fecha consulta: 23-01-2017)

Los artículos 367 y 368 disponen: Artículo 367. Sanciones conminatorias pecuniarias. Las conminaciones económicas o astreintes se fijan por el juzgado en una cantidad de dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de modo que signifiquen una efectiva constrictión al cumplimiento.

El juez puede, en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, aumentar, moderar o suprimir la sanción pecuniaria fijada. Una vez liquidada y firme es ejecutable contra el obligado.

El destino de las sanciones pecuniarias compulsivas es establecido por el juez, por resolución fundada, a favor de la contraparte o de algún organismo estatal de protección de la niñez y adolescencia. En cualquier caso, la sanción es independiente del derecho a obtener el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento.

Artículo 368. Sanciones conminatorias no pecuniarias. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento de las decisiones judiciales las medidas más idóneas para persuadirlo a cumplir la orden judicial en tiempo razonable. Estas medidas no deben lesionar los derechos de las personas vulnerables involucradas.

¹¹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Op. Cit. P. 307.

donde existe un delito específico para el caso de negativa a dar cumplimiento al régimen de relación. Por otra parte, dentro de aquellos que no tienen regulación específica, pero si un delito de “desobediencia a la autoridad” encontramos a España y Suiza.

La legislación española contempla el delito de desobediencia a la autoridad, en el artículo 556 del Código Penal español, dado que en casos de relación directa y regular dictados por un tribunal, el juez emite una orden de mantener un régimen, bajo la cual se encuentran obligados tanto el padre o madre cuidador como aquel que debe mantener la relación con su hijo. Así también lo contempla la legislación suiza, donde la infracción no es un delito, sino una simple contravención a una orden dada por una autoridad competente.

En los casos de Italia y Francia, el derecho penal contempla delitos específicos para quien elude o incumple el deber de poner a disposición o entregar al menor a quien corresponde, según deba mantener el régimen comunicacional o deba permitir y posibilitar que éste ocurra.

Así en el caso francés, el delito de “non représentation” contempla sanciones para el caso en que quien debe entregar al niño o niña al otro padre no lo haga. Dentro de los requisitos que se exigen para la existencia del delito, es la presencia del hecho material de no presentación del menor a quien tiene que recibirlo, lo que no consiste solo en una oposición activa al derecho de visitas, sino que también se incluye la conducta de abstención respecto de un acto que permitiría el ejercicio de la relación.

En Argentina, a nivel de protección penal, en 1993 se dictó la ley 24.270 sobre contacto de menores con sus padres no convivientes, en la cual se sanciona con prisión de un mes a un año al padre o tercero que ilegalmente impida u obstruya el contacto del menor con sus padres. Además, impone al juez penal un plazo de diez días para que disponga de los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres, y luego, le impone la obligación de remitir, en todos los casos, los antecedentes al juez civil para que se revise el caso concreto.

Al respecto, existe doctrina que considera como un aporte valioso de la ley antes citada el hecho de que se establece un procedimiento de carácter sumarísimo que otorga facultades al juez de instrucción, en este caso el juez penal, para que de forma inmediata permita que el padre que no podía tener contacto con su hijo o hija lo haga.¹¹⁵ En este sentido, se entiende que es un punto favorable el hecho de que la legislación le entregue a los tribunales herramientas que permitan reducir el daño que se le hace al niño al mínimo, antes de tomar otras medidas más gravosas.

Sin embargo, esta ley ha tenido aplicación prácticamente nula, ya que existe consenso en que penalizar la conducta de impedimento de contacto, no es el camino adecuado para abordar esta problemática, puesto que no se toman en consideración todos los intereses de la totalidad del grupo familiar, sobre todo de los niños, que es lo que se busca resguardar, concordando los autores en que es necesario el tratamiento interdisciplinario del problema.¹¹⁶

De modo que tanto la doctrina como los jueces están contestes en que adoptar políticas públicas que se acerquen más a sanciones que a tratar los conflictos de fondo no parecen ser la solución adecuada en temas de derecho de familia, debido a que en estos casos siempre se debe mirar al interés superior del niño, interés que difícilmente se protege cuando se aplican sanciones que se traducen en un aumento del conflicto entre los padres o con el alejamiento de uno de ellos respecto a su hijo.

En este sentido, se rescata la opinión de Grosman, al señalar que “Las sanciones civiles aplicadas a la progenitora no han logrado, las más de las veces, vencer su resistencia, que va acompañada del desmerecimiento de la figura paterna, hecho éste que, sin lugar a dudas, compromete el desarrollo emocional del niño. Tampoco

¹¹⁵ NOVELLINO, Norberto. 2008. Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvínculo matrimonial: normativas aplicables, concepto, caracteres y clases de tenencia, asignación de la tenencia, casos especiales, regulación, derecho a visitas en favor de los parientes que se deben alimentos recíprocamente, obstrucción ilegal a las visitas, jurisprudencia seleccionada por temas, modelos de escritos judiciales. García Alonso, Buenos Aires. P. 112.

¹¹⁶ BENZAQUEN, Alicia. 2009. Alimentos y visitas. Una guerra interminable. Argentina, 2° edición. Ediciones D&D. p. 81

la normativa penal ha podido superar estas conductas de fuerte contenido emocional.”¹¹⁷

Por último, cabe señalar que todas las legislaciones contemplan el delito de sustracción de menores, y, en casos como el de Alemania, donde el derecho de mantener relaciones personales es considerado un aspecto dentro de la patria potestad, el código penal de ese país contempla el incumplimiento al régimen comunicacional como sustracción del menor y se puede invocar esa norma contra cualquiera que impida el ejercicio del derecho de mantener la relación directa y personal, incluido quien tiene el cuidado personal.¹¹⁸

Asimismo, en el supuesto de una sustracción internacional del menor, existen tratados internacionales en esta materia. Dentro de los que se destacan: el Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980), el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de su custodia (1980), y el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores

5. LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Respecto a las soluciones no jurisdiccionales, como ya se ha señalado, la más importante en materia de familia es la mediación. Reconociéndose en este mecanismo la finalidad de entregar una salida pacífica a conflictos familiares, que de seguir la vía jurisdiccional solo se profundizan y se eternizan. En este sentido se entiende en la doctrina que los medios compulsivos no suelen ser eficaces para lograr vencer la resistencia del progenitor incumplidor, a lo que se suma el hecho de que muchas veces estos medios producen daños a los niños involucrados. Es así como la mediación terapéutica ayuda no solo a los padres protagonistas del conflicto

¹¹⁷ GROSMAN, Cecilia. 2009. Op. Cit. P. 225.

¹¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Op. Cit. P. 308.

sino que fundamentalmente al hijo, quien con la intervención de un tercero, se ve más protegido de distorsiones y perturbaciones en el funcionamiento familiar.

La mediación como alternativa pacífica a la resolución de conflictos surgió en el derecho anglosajón, siendo el pionero Estados Unidos donde no existe una regulación única en todo el país, para luego adoptar esta práctica Canadá y posteriormente el Reino Unido (family lay act, 1996). En Francia, al igual que en el Reino Unido, el mecanismo de mediación fue incorporado por organizaciones privadas interesadas en el derecho de familia, pero no fue hasta 1995 cuando se reconoció por la legislación como medio para solucionar los conflictos, no solo familiares, sino que de toda índole. Posteriormente, en 2002, entró en vigencia una reforma al Código Civil francés, donde se incorpora expresamente la mediación familiar, además de que el Estado francés reguló la formación de los mediadores, mediante un decreto que norma la forma en que se puede obtener el grado de mediador, de manera tal que los mediadores reciban la misma formación en todo el país.

A pesar de que en la mayoría de los países en la actualidad se reconoce la mediación en su legislación, existen diferencias en cuanto a los principios de la misma, particularmente en cuanto a la voluntariedad y a la confidencialidad de la misma, lo que hace que sea percibida como un mecanismo más o menos eficiente o simplemente como un trámite más dentro de las disputas judiciales que se estén desarrollando.¹¹⁹

A nivel europeo, se encuentran varias iniciativas que promueven la mediación como mecanismo de solución de los conflictos familiares. Así por ejemplo el Consejo de Europa dictó una recomendación a los países miembros de la Comunidad Europea a que el ámbito de aplicación de la mediación se extienda a “todos aquellos conflictos que puedan surgir entre los miembros de una misma familia, ya estén ligados por

¹¹⁹ SOTO MOYA, Mercedes. 2009. Aspectos jurídicos de la gestión de conflictos familiares en países con experiencia mediadora. En: GARCÍA GARNICA, María del Carmen (dir.). España, Aranzadi. P. 443.

lazos de sangre o de matrimonio, o entre aquellas personas que tienen relaciones familiares.”¹²⁰

Asimismo, la Directiva 2008/52, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, al respecto, se señala que no obliga a los Estados prácticamente a nada, sin embargo, de todas maneras se reconoce el esfuerzo por promover la mediación en los Estados Miembros exigiéndoles asegurar que el acuerdo alcanzado sea homologado por un órgano jurisdiccional. Además pone de manifiesto, la intención de la UE de comenzar a legislar en este ámbito y es la primera norma europea que regula un modo de solución de litigios que prescinde de la intervención de un Juez.¹²¹

En España se han desarrollado políticas tendientes a garantizar el cumplimiento del derecho de relación entre padres e hijos, pero solo a nivel de las Comunidades Autónomas, faltando todavía una regulación integral. Un ejemplo de ello es la implementación de los denominados Puntos de Encuentro Familiar, que son lugares especialmente acondicionados y con profesionales preparados, para que se desarrollen las visitas cuando, por determinadas circunstancias, este derecho no lo pueden cumplir las partes por sí solas.

El fundamento de la implementación de estos lugares es facilitar la relación paterno-filial, asegurando primero la existencia de la misma, para luego garantizar que ésta se desarrolle con las medidas de seguridad y bienestar necesarias.¹²²

Se debe entender además, que la derivación a estos Puntos de Encuentro no suponen necesariamente la implementación de otras medidas descritas anteriormente, tales como la modificación del régimen o alguna sanción de carácter civil o penal, sino que se pueden utilizar en la etapa de ejecución de la sentencia, ya

¹²⁰ RECOMENDACIÓN N° R (98) 1 DEL COMITÉ DE MINISTROS DE ESTADOS MIEMBROS, 21 DE ENERO DE 1999. Sobre mediación familiar del Consejo de Europa. [En línea]. <http://www.atymediacion.es/sites/default/files/Recomendacion-98-Consejo-Europa.pdf> (fecha de consulta 01-04-2017).

¹²¹ SOTO MOYA, Mercedes. Op. Cit. P. 455.

¹²² PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita. 2009. La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar. En: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Custodia compartida y protección de menores. Madrid. Cuadernos de Derecho Judicial II. 2009. P. 277.

sea desde un principio, para garantizar el éxito de la medida o ante un caso de incumplimiento, para evitar que éste se siga dando y traiga consecuencias negativas para el menor.

De esta manera, en relación al cumplimiento, se verifica que estos Puntos de Encuentro Familiar no solo facilitan un lugar neutral y pacífico, a diferencia de los Tribunales que son lugares de conflictos y controversias, sino que también en ellos se realiza una labor de mediación que permite reducir el conflicto. Se expone por la doctrina que, uno de los beneficios más claros y fáciles de notar es los conflictos en la fase de ejecución de las sentencias se reducen, debido a que antes se solían desencadenar por pequeñas diferencias tales como el lugar de entrega del menor o el lugar a dónde se va a desarrollar la relación, las que se ven reducidas al mínimo con la puesta en marcha de los Puntos de Encuentro Familiar, evitando que las partes recurran sistemáticamente a los Tribunales.¹²³

De la misma forma, dentro de las ventajas de la existencia de esta institución dentro del marco de resolución de conflictos familiares, se encuentran la ayuda a los padres a fomentar actitudes positivas; existe control del cumplimiento de lo establecido judicialmente; los progenitores pueden obtener información objetiva sobre los encuentros, evitando que alguno de ellos o el menor falsee y manipule dicha información; se promueve y facilita el clima de consenso y responsabilidad, llegando a la realización de acuerdos entre progenitores que eviten que sigan judicializando sus vidas; el menor recibe apoyo durante todo el proceso lo que facilita su adaptación a la nueva realidad familiar, procurando que los padres reconozcan y consideren sus necesidades y características personales; garantizan el derecho del niño a mantener contacto con los padres y respectivas familias extensas; se permite al menor expresar sus sentimientos y necesidades sin temer que sean contrarios a lo indicado por sus padres; se hace ver a los padres la importancia de ambos progenitores para el crecimiento de sus hijos, sin necesidad de competencia; se les ayuda a adquirir y desarrollar un bagaje de conocimientos, habilidades más adecuadas que favorezcan el trato y la comunicación; se orienta en habilidades de

¹²³ *Ibíd.* P. 278.

crianza y pautas educativas; se garantiza la estabilidad emocional y afectiva del menor y; se dispone de información fidedigna sobre las actitudes y aptitudes parentales lo que ayuda a defender los derechos del menor.¹²⁴

Algunos problemas que se identifican en las medidas de soluciones extrajudiciales que van de la mano con el proceso llevado en tribunales, dicen relación principalmente con la coordinación y comunicación entre el Tribunal y quien está realizando el trabajo extra-jurídico, como puede ser de asistencia social, mediación, etc., esto se ve reflejado en los diferentes tiempos de respuestas, ya que los conflictos se presentan como urgentes, puesto que la situación familiar puede variar drásticamente de un día a otro, donde el trabajador social que esté interviniendo puede dar respuesta más inmediata a estas variaciones, ya que por el tipo de funciones que realizan, están más adaptados a los tiempos de urgencias de los usuarios, a diferencia de lo que ocurre con el sistema jurisdiccional.

En segundo lugar se reconoce la ausencia de una intervención integral, debido a que los Tribunales generalmente recurren a este tipo de sistemas de ayuda para determinar un diagnóstico y evaluación, pero no para seguir un proceso de terapia psicológica familiar que vaya de la mano con el proceso judicial.

Como tercera deficiencia, se describen las diferencias en el lenguaje utilizado por los tribunales en comparación al usado por los ciudadanos, lo que incide en que la etapa de intervención del trabajador social tenga la función de explicar conceptos jurídicos, crear lazos de confianza y lograr descifrar, a partir del lenguaje utilizado por los usuarios, las preocupaciones de fondo de los intervinientes, además de emociones, frustraciones y sentimientos que las partes expresen según su manejo del lenguaje.

En cuarto lugar, en España se reconoce como problema para una política de intervención extrajudicial en los conflictos familiares judicializados el hecho de que exista gran diversidad territorial, lo que se ve reflejado en que cada Comunidad Autónoma sigue sus propios criterios tanto para la organización de los equipos de

¹²⁴ RODÍGUEZ ARREDONDO, María Paz. 2009. Padres de primera y segunda categoría: Los puntos de encuentro familiar. En: GARCÍA GARNICA, María del Carmen (dir.). La protección del menor en las rupturas de pareja. España, Aranzadi. P. 229-230.

trabajo, como para las funciones que se debían desempeñar lo que desencadena que existan diferentes en las metodologías de trabajo, que llevan a diferentes resultados en las intervenciones judiciales y extrajudiciales.¹²⁵

A pesar de lo anterior, los autores coinciden en que ante un conflicto familiar, la mejor manera de abordarlos, además de la intervención judicial que en muchos casos es necesaria y el primer paso, es mediante una intervención integral, en un ambiente de terapia familiar, donde se busquen soluciones colaborativas entre las partes para llegar al fondo de los problemas y así poder seguir adelante con sus vidas en la nueva realidad familiar que enfrentan, evitando que los niños, niñas o adolescentes involucrados se vean perjudicados.

Esto se ve reflejado en que “la actitud que mantenga un progenitor de colaboración respecto a las relaciones de los menores con el otro/a en su desarrollo socioemocional resultarán determinantes para el mantenimiento de unas relaciones de calidad. Tampoco se puede dejar de señalar que los acuerdos más equilibrados que propician la participación activa del progenitor no residente en la educación de los hijos también se relaciona positivamente con una mayor regularidad en pago de pensiones por alimentos a los hijos”¹²⁶.

A nivel latinoamericano, en Brasil, con la dictación del Estatuto del Niño y del Adolescente en 1990, que es una normativa que concretiza lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño al Derecho brasileño, se introdujo la noción de interdisciplinariedad en el derecho de familia, con la obligatoriedad de la presencia de psicólogos, asistentes sociales y otros profesionales en procesos donde se involucran niños, especialmente aquellos de cuidado personal, relación directa y regular y adopción.¹²⁷

¹²⁵ SIMÓN GIL, Marta. 2009. Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. En: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Custodia compartida y protección de menores. Madrid. Cuadernos de Derecho Judicial II. 2009. P. 180 y ss.

¹²⁶ JUSTICIA DÍAZ, María Dolores. 2009. Los hijos ante el proceso de divorcio de sus padres y su papel en la mediación familiar. En: GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Dir.). La protección del menor en las rupturas de pareja. España. Aranzadi. P. 407.

¹²⁷ DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. 2007. Cuando los padres se separan. El derecho de los niños/adolescentes en un escenario jurídico para el mercosur. En: GROSMAN, Cecilia (dir.). Hacia

En Argentina los tribunales han tomado una postura más activa que limitarse solo al contexto legal, en búsqueda de soluciones que atenúen los conflictos y que acorten su duración, para impedir que las partes vuelvan a judicializar sus problemas. De acuerdo a ello, es común que se ordene que las partes reciban ayuda terapéutica que los ayude a modificar sus comportamientos, corriente que va en sintonía con lo que se ha revisado en cuanto a que se vislumbra que los métodos alternativos y colaborativos de solución de conflictos parecen ser los que mejor se adaptan a estas problemáticas.

Esto se reflejado en el Código Procesal Modelo de Familia, donde en el artículo 361 se dispone que “El juez puede ordenar que las decisiones relativas a exclusión del hogar, re-vinculación parental, cumplimiento del régimen de comunicación u otras medidas análogas se cumplan con el auxilio de personas que integran el equipo técnico multidisciplinario del juzgado u otros profesionales que se estimen necesarios para otorgar eficacia plena a la resolución”.¹²⁸

Siguiendo esta práctica, dentro del proceso de familia de la provincia de Buenos Aires, el rol del Consejero de Familia es fundamental, puesto que interviene en una etapa obligatoria previa a la comparecencia ante un juez, donde las partes recurren a este funcionario, sin la necesidad de interponer una demanda, con el objetivo de que haya un primer acercamiento y se llegue a algún acuerdo. Esta parte del proceso es desformalizada, con el objetivo de que las partes comparezcan al juzgado sin la carga emocional que implica evidenciar por escrito todos los conflictos que los han llevado a recurrir a esta instancia.¹²⁹ Esta fase del procedimiento se puede homologar a la etapa de mediación previa y obligatoria a la que deben someterse las partes en el caso chileno.

una armonización del Derecho de familia en el Mercosur y países asociados. Buenos Aires, Argentina. Lexis Nexis. P. 283

¹²⁸ Artículo citado en: DE LOS SANTOS, Mabel Alicia. 2015. Hacia la efectividad del proceso de familia. Revista de Derecho de Familia, vol. 3(7). P. 154.

¹²⁹ RODRÍGUEZ CUZZANI, Daniel Alberto. 2014. El rol del consejero de familia en los juzgados de la provincia de Buenos Aires. En: GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica Infojus. P. 68.

Además, en la provincia de Chubut, se implementó por primera vez en Latinoamérica, en el año 2013, los Puntos de Encuentro Familiar, siguiendo el ejemplo Español, seguida por la provincia de Mendoza en el año 2014. La implementación de estos organismos administrativos dice relación con dar cumplimiento a lo ordenado en la Convención de los Derechos del Niño, que en el artículo 4° señala la obligación de los organismos estatales de adoptar distintas medidas para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, dentro de los que se encuentra el derecho a mantener una relación personal con su padre o madre no conviviente.

El fundamento de estos puntos de encuentro, es que con su incorporación al panorama, no se circunscribe solamente a garantizar la seguridad física de los niños o niñas en ocasión de la ejecución del régimen comunicacional, sino que “trasciende ampliamente esa perspectiva al enfocarse en la recomposición de las competencias parentales de los adultos que utilizan el espacio a través de las intervenciones de carácter psico-social orientadas a eliminar los obstáculos y actitudes negativas de los progenitores y otros familiares involucrados en la conflictiva, además de aplicar técnicas de mediación y de resolución de conflictos para la consecución de acuerdos que permitan la adecuación del régimen de comunicación a la realidad familiar y el favorecimiento del ejercicio de la coparentalidad.”¹³⁰

De acuerdo a esto, se siguen los principios de subsidiariedad y temporalidad de la intervención, en el sentido de que se derivará a estos centros aquellos casos en los que no se haya logrado una solución por otra vía, y que esta intervención es transitoria, y durará mientras las partes no logren normalizar sus relaciones de acuerdo a su nueva realidad. Una cuestión común, entre los Punto de Encuentro Familiar implementados en Argentina y España, es que el principio de voluntariedad que rige la mediación no se cumple a totalidad, debido a que en general, son los Tribunales de Familia, a través de una resolución los que derivan a las partes a estos

¹³⁰ ALESI, Martín. 2014. Los puntos de encuentro familiar en la provincia del Chubut. En: GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica Infojus. P. 512.

organismos, como una medida coactiva, que puede ser parte de una sentencia o que se dé durante el proceso judicial.

CONCLUSIONES

La importancia que se le ha dado en las últimas décadas a los derechos humanos y el desarrollo de éstos es todas las etapas de la vida de una persona han provocado que se logre un importante avance en la noción de la infancia como una etapa fundamental del ser humano. En la actualidad la idea de los niños como sujetos plenos que gozan de derechos fundamentales, tanto dentro de su grupo familiar como dentro de la sociedad toda, está cada vez más aceptada y arraigada.

En razón de lo anterior, se ha pasado a ver y analizar la infancia desde una perspectiva de protección especial, donde se tiene conciencia de que todo ser humano, independiente de su edad, goza de derechos fundamentales que se deben resguardar y tener en consideración en todo momento, especialmente en el caso de los niños, que por las características de la edad no cuentan todavía con todas las herramientas para ejercerlos y por lo mismo necesitan de orientación, protección y asistencia para desarrollar todas sus habilidades potenciales y participar activamente de la sociedad.

Uno de los derechos fundamentales que se le reconoce a todo niño es el ser criado por sus padres, quienes son los primeros llamados a entregarles todas las herramientas necesarias para que en el futuro se desenvuelva en la sociedad. Sin embargo, en caso de que los padres no convivan con el niño, niña o adolescente, también se le reconoce como derecho fundamental el de mantener una relación directa, permanente y regular con el padre con quien no convive, de modo tal que el niño en cuestión no sufra la ausencia de figuras significativas en su desarrollo.

Respecto a este derecho del niño de relacionarse con sus padres, aunque no conviva con ambos, se entiende que la relación directa y regular es un derecho-deber que permite el contacto y comunicación entre el hijo y el padre o madre que no convive con él, con el objetivo de que el niño, niña o adolescente no pierda el vínculo con esa persona significativa en su vida. Esta comunicación debe ser permanente, directa y fluida, de manera que permita que la relación se de en un contexto de normalidad y espontaneidad que permita una real vinculación.

Es por ello que se entiende como relación directa y regular no solo las visitas que hace el padre no conviviente al niño, sino que toda forma de contacto que posibilite la relación, sin perder de vista la importancia de las relaciones personales, puesto que es mediante el contacto directo y personal donde más fácilmente se pueden desarrollar las relaciones interpersonales, sobre todo, entre padres/madres e hijos.

Tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, el problema derivado del régimen de relación directa y regular y su cumplimiento está lejos de ser resuelto. Algunas razones de ello son la falta de interés para brindar e implementar soluciones que garanticen el completo ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debido a que si bien el derecho de la infancia ha cobrado relevancia en las últimas décadas, aún no se le otorga un lugar central dentro de las discusiones públicas respecto de nuestra sociedad.

A esto, se debe agregar la fuerte carga de elementos extrajurídicos relacionados al derecho de familia, lo que dificulta la tarea de hacer cumplir el derecho-deber de relación directa y regular, tanto al obligado a respetar y facilitar la relación, como a quien debe ejercerlo. La legislación en general recoge este inconveniente limitándose a establecer principios que pueden aplicarse en una diversidad y variedad de casos que no se vean restringidos en la práctica, de modo que se ve con buenos ojos que no se describan situaciones acotadas sino que se proporcione un margen de actuación al juez quien será el encargado de resolver estos conflictos.

En el caso chileno en particular, se identifica otra dificultad relacionada al derecho de la infancia, que es la falta de sistematización de la legislación relacionada al tema, ya que las normas se encuentran esparcidas en una serie de leyes y disposiciones que en algunos casos están bastante desactualizados en relación a las visiones vigentes sobre la infancia, como es la ley de menores, lo que dificulta aún más el complejo trabajo de resolver este tipo de conflictos.

Ante la problemática generada por el incumplimiento en el derecho de relación directa y regular, el ordenamiento jurídico considera como primera respuesta medidas que están dentro del ámbito del derecho de familia, relacionadas directamente con las decisiones que se deben tomar respecto al cuidado personal y a la relación directa y regular, y, en general, con todas aquellas relacionadas con las responsabilidades parentales referidas a la crianza y educación de los hijos.

Sin embargo, a pesar de que constituyen una ayuda fundamental para el cumplimiento del régimen comunicacional, no siempre son suficientes, principalmente debido a que los tribunales son reticentes a variar la situación del niño, por ejemplo el cuidado personal, porque esto puede ser fuente de nuevos conflictos y no una solución definitiva, de modo que se deben buscar más herramientas para resolver esta problemática.

Además, aun en el caso de que los tribunales apliquen estas medidas, se entiende que no siempre son suficientes para lograr la conducta deseada de parte de ambos padres, por lo que el conflicto original continúa y se le agregan nuevos componentes derivados de la variación del régimen comunicacional o del cuidado personal, lo que conlleva que todo el grupo familiar deba readaptarse a la nueva realidad sin haber resuelto el problema inicial.

Ante la problemática anterior, se vislumbran las sanciones de tipo penal, contempladas en todas las legislaciones, debido a la ineficacia de medidas de tipo civil. Respecto a ellas, existe consenso en que son las menos efectivas para cumplir con los objetivos del derecho de familia, y por sobre todo, para darle cumplimiento al interés superior del niño, debido a que con la utilización de estos medios, no se busca mejorar la situación de conflicto en la que se encuentra el grupo familiar, sino que se trata de medidas de castigo para quienes van en contra de lo resuelto o acordado previamente, sin tener en consideración lo que ocurre al implementar estas medidas con respecto a la vida e intereses del niño, niña o adolescente.

A pesar de lo anterior, la mayoría de las legislaciones incluyen por su carácter persuasivo, debido a que se entiende que no todas las personas reaccionan a los

mismos estímulos, y por muy penoso que sea, en muchas ocasiones es inevitable recurrir a ellas, pensando en que el Estado no puede quedarse inactivo ante el incumplimiento de obligaciones de parte de sus habitantes, sobre todo, si van en desmedro de un niño.

Ante esta situación, se debe tener presente que el derecho penal en general es más rápido en las respuestas que el derecho de familia o el derecho civil, y en casos de incumplimiento de relaciones personales, el tiempo es un aspecto fundamental para lo que se considerará interés superior del niño, en el sentido de que éste es dinámico y va variando según las circunstancias actuales en la que se encuentre. Es por ello que, mientras más tiempo pase sin que se respete el régimen comunicacional, más favorecerá la posición de quien desea que la relación personal no se dé, por lo que se deben buscar mecanismos que, ante el primer incumplimiento, actúen lo más rápido posible.

En este sentido, la idoneidad y adecuación de todas las medidas que el Estado pueda disponer y adoptar en estos casos muchas veces no va tan relacionada a priori con su entidad, calidad o contenido, sino que por la rapidez con la que se pueden poner en práctica, de modo que constituyan una mejora sustancial en la situación actual del niño o niña involucrada, sin que el paso del tiempo juegue a favor del padre incumplidor de sus obligaciones.

Es por ello, que se entiende que las medidas de carácter penal, como por ejemplo, el procedimiento de características sumarísimas ante el juez penal que contempla la legislación argentina, es una medida que podría ser aplicable en nuestra legislación, en el sentido que se restablece el imperio del derecho de la forma más inmediata posible, para después pasar a analizar más en profundidad ante un juez de familia todos los aspectos que puedan incidir en la situación.

Otra de las soluciones que el derecho contempla, es la aplicación de la indemnización de perjuicios como consecuencia de la responsabilidad civil que puede recaer sobre el padre o madre infractor, respecto de su obligación tanto de

facilitar la comunicación entre el padre/madre no conviviente con su hijo o hija, como de quien tiene el deber de participar activamente en su crianza.

Sin embargo, en Chile esto ha sido rechazado por la parte de la doctrina y la jurisprudencia, puesto que se ha planteado que en el derecho de familia no corresponde aplicar las normas del derecho civil de daños.

Esta respuesta nos parece equivocada, puesto que se debe tener en consideración que el derecho de relación directa y regular es un derecho fundamental del niño, quien pertenece a un grupo familiar compuesto por personas autónomas en un plano de respeto y solidaridad, quienes tiene la facultad de ejercer sus derechos con todas las garantías que ello supone. Por lo tanto, no debería haber razón para que el Estado no cumpla su rol de garantizar la posibilidad de hacer valer esos derechos a través de todas las herramientas que el ordenamiento jurídico contempla, siendo una de ellas, el derecho a que se le reparen los daños injustamente causados por quien debe cumplir una obligación para con ellos.

Por último, existe consenso tanto en el derecho comparado como en el nacional de que los conflictos familiares no tienen una única solución que pueda ser aportada por el derecho, sino que se deben buscar mecanismos interdisciplinarios que se enfoquen en las causas de estos problemas, que tienen un origen más bien emocional, y luego tratarlas con miras a resolver el conflicto que ha llegado a una instancia judicial o de intervención de un tercero.

Para ello, se han desarrollado herramientas ligadas a soluciones colaborativas para la resolución de conflictos, siendo la más importante de ellas la mediación. Se ha entendido que la mediación es uno de los mecanismos más idóneos para estas problemáticas debido a que permite que la solución del conflicto sea resultado de un acuerdo generado por las propias partes, con ayuda de un tercero imparcial que los lleva a acercar posiciones y a poner en el centro de interés al niño, niña o adolescente.

En cuanto a la forma de implementación del mecanismo de mediación como forma de resolver los conflictos, existe una realidad dispar entre el caso chileno y el derecho comparado, puesto que en Chile se identifican una serie de problemas o dificultades para que se resuelva realmente un conflicto familiar a partir de la mediación, dentro de las que se encuentran la falta de preparación de los mediadores; la falta de legitimidad del sistema por las partes, ya que es de carácter obligatorio y previo para luego llegar a los tribunales; también la falta de recursos a nivel institucional y de infraestructura; y la falta de políticas públicas que coloquen a la mediación y la terapia familiar como la etapa central para la resolución de conflictos, donde se busque que ese problema se solucione desde la raíz para evitar disputas futuras.

Estos problemas se han tomado en consideración en el derecho comparado, aunque con diferentes niveles de avance. Ejemplo de ello es que a nivel de derecho anglosajón, pionero en el tema, está más interiorizado en la sociedad la importancia de la mediación y negociaciones fuera de los tribunales de justicia.

Por otra parte, a nivel europeo se han dictado recomendaciones a los Estados para que incorporen la mediación dentro de sus formas de solución de conflictos, lo que ha tenido acogida, y se han implementado políticas públicas en esa dirección, poniendo atención por ejemplo, a la profesionalización y capacitación de los mediadores, a la infraestructura adecuada para desarrollar las mediaciones con el equipamiento apropiado para que todas las partes puedan desenvolverse.

Como ejemplo de estas políticas públicas se destacan los centros de encuentro familiar, que son lugares especialmente adaptados y que cuentan con personal capacitado, para que se lleven a cabo las visitas, para que se desarrolle la mediación, y para brindar apoyo a los miembros de la familia que se encuentren en un conflicto. Con ellos, se facilita la resolución del conflicto, porque se trabajan las confianzas entre las partes y se le brindan herramientas para que puedan superar por sí solas sus conflictos a futuro, lo que constituye un avance fundamental en términos de garantizar el cumplimiento y protección del derecho de relación directa y regular.

En Chile, el sistema de mediación es bastante precario, no siendo una herramienta considerada en toda su magnitud para resolver los conflictos derivados de los incumplimientos, de modo que siempre se tiene que recurrir a un Tribunal para que conozca y resuelva todos los conflictos en la etapa de ejecución de una resolución.

Esto es de vital importancia, ya que sin una modificación al sistema de mediación y la institucionalidad detrás, no se cumplen los objetivos que se plantearon, haciendo que los conflictos sigan siendo remitidos y expuestos en los Tribunales de Familia, con toda la carga emocional que significa ello, en lugar de resolver las disputas en un plano colaborativo, donde se ayude a las partes a superar las dificultades de comunicación para poder poner en el centro de atención los conflictos de fondo y darles una solución entre todos los involucrados, puesto que además de ayudar en el manejo de los conflictos emocionales y de comunicación, los mecanismos utilizados deben permitir el seguimiento del caso, reevaluación y modificaciones de sus acuerdos, conforme varían las circunstancias de la vida, lo que se ve favorecido cuando se ataca el origen y causas de los conflictos y no solo un acuerdo sobre un problema concreto que puede o no volver a ocurrir.

Del conjunto de soluciones que se han revisado, se puede concluir que ninguna por si sola es suficiente para garantizar el derecho del niño de mantener una relación directa y regular con sus padres en caso de que no viva con ellos. Si bien se han adoptado medidas para asegurar el cumplimiento de este derecho, mientras la sociedad en su conjunto no le dé la importancia que tiene a la infancia como etapa fundamental del desarrollo de una persona, es difícil que se pueda avanzar mucho más al respecto, puesto que todos los involucrados en un conflicto familiar, desde los padres hasta el Estado, son quienes deben tener conciencia del hecho de que quien se ve más perjudicado en este tipo de disputas es el niño, niña o adolescente que queda en medio.

Es por ello, que a lo que se debe apuntar es a la adopción de una serie de políticas públicas que tengan relación con la educación de la población, con la mejora en la forma de brindar justicia por parte de los tribunales y también, con la generación de nuevos espacios, con los medios adecuados, que permitan resolver estos conflictos

de manera pacífica y donde todas las partes vean satisfechos sus derechos e intereses. Los mejores acuerdos, favorecen a todos los involucrados, pero por sobre todo al niño, niña o adolescente que verá mejorada su situación actual debido a que se propician actitudes menos hostiles y se fomenta la participación de ambos padres en su crianza, lo que derivará en un adulto con más y mejores herramientas para enfrentar la vida en sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACUÑA SAN MARTIN, Marcela. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. [En línea] En: Revista de derecho, Universidad Católica del Norte 20(2). <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002> (fecha consulta: 6 de enero de 2017) P. 21-59.
2. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. 2008. El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos. [En línea] Estudios constitucionales. Centro de estudios constitucionales, Universidad de Talca, 6(1) <<http://132.248.9.34/hevila/Estudiosconstitucionales/2008/vol6/no1/9.pdf>> (fecha de consulta: 10 de enero de 2017)
3. ALEGRE, Silvina; Hernández, Ximena y ROGER, Camille. El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. [En línea] Cuaderno 05, Marzo 2014. SIPI. <http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf> (Fecha consulta: 3 de noviembre 2016)
4. ALESI, Martín. 2014. Los puntos de encuentro familiar en la provincia del Chubut. En: GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica Infojus.
5. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio. [En línea] Revista de Derecho Volumen XXVI N°2, diciembre 2013 <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v26n2/art01.pdf>> (fecha de consulta: 20 de enero de 2017) p. 9-37.
6. BENZAQUEN, Alicia. 2009. Alimentos y visitas. Una guerra interminable. Argentina, 2° edición. Ediciones D&D.

7. BOLETÍN N° 10793-18. Proyecto de ley que modifica el Código Penal con el objeto de tipificar el delito de incumplimiento del régimen de relación directa y regular de los progenitores o de los abuelos con los hijos o nietos, según corresponda. Moción ingresada el 12 de julio de 2016. Primer trámite constitucional. [En línea] <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10793-18> (Fecha de consulta: 19 de enero de 2017)
8. CANTÓN DUARTE, José. 2009. Adaptación de los hijos de divorciados. En: GARCÍA GARNICA, María del Carmen (dir.). La protección del menor en las rupturas de pareja. España. Aranzadi, Thomson Reuters.
9. CILLERO BRUÑOL, Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Justicia y Derechos del niño. UNICEF (1). P. 45-62.
10. CÓDIGO PROCESAL MODELO PARA LA JUSTICIA DE FAMILIA. 2016. [En línea] <<http://editorial.jusbaires.gob.ar/descargar/56.pdf>> (fecha consulta: 23-01-2017)
11. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. [En línea] <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>> (fecha consulta: 16 de enero de 2017).
12. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación general N° 14 sobre el derecho del menor a que su interés superior superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). [En línea] UNICEF. <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf> (fecha consulta: 20 octubre de 2016).
13. CONSEJO DE EUROPA. 2003. Convention on Contact concerning Children. [En línea] <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008370f>> (fecha consulta 25 de octubre de 2016).

14. CORONEL, Katherine. 2011. El rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la disolución de la pareja. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho* (4). Pp. 159-161.
15. DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. 2007. Cuando los padres se separan. El derecho de los niños/adolescentes en un escenario jurídico para el Mercosur. En: GROSMAN, Cecilia (dir.). *Hacia una armonización del Derecho de familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires, Argentina. Lexis Nexis.
16. DE LOS SANTOS, Mabel Alicia. 2015. Hacia la efectividad del proceso de familia. *Revista de Derecho de Familia*, vol. 3(7). P. 135-161.
17. DONOSO DÍAS, María de la Paz y LLONA RODRÍGUEZ, Sara. 2013. *Mediación Familiar. Conflictos severos posdivorcio. Relato de casos*. Chile. Espacio Editorial.
18. ETCHEBERRY, Leonor. 2013. Análisis crítico de la Ley N° 20.680. En: TURNER, Susan y VARAS Juan Andrés (coord.) *Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas nacionales de derecho civil*. Valdivia. Legal Publishing.
19. ETCHEBERRY, Leonor. 2014. Análisis crítico de la Ley N° 20.680. En: *Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas nacionales de derecho civil*, Valdivia, 2013. Santiago, Chile. Legal Publishing.
20. FERREIRO BAAMONDE, Xulio. 2010. La mediación familiar. Un tratamiento complementario al proceso para el conflicto familiar. En: JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL. *Derecho procesal contemporáneo: ponencias de las XXII jornadas iberoamericanas de derecho procesal*. Vol. 2. Santiago, Editorial Puntotex.
21. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. *El sistema filiativo chileno*. Santiago. Jurídica de Chile.

22. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2011. La relación directa y regular como efecto de la ruptura. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho* (4). P. 119-131.
23. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2014. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.680. *Revista de Derecho de Familia* (1). P. 39-58
24. GONZÁLEZ, María Nora. 2016. Aspectos relevantes de la mediación familiar en Chile. En: LEPIN, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (coord.), *Estudios de derecho familiar I. Actas primeras jornadas nacionales de derecho familiar*. Chile, Thomson Reuters.
25. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel. 2010. Mediación y solución colaborativa de conflictos familiares. Participación del niño en la solución colaborativa de los conflictos de su familia. *Revista Chilena de Derecho de Familia* (2). P. 269-292
26. GROSMAN, Cecilia. 2009. La guarda de los hijos después de la separación o divorcio de los padres. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados* (43). Pp. 199-231.
27. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina [et al]. 2009. Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales. España. Lex Nova.
28. HERRERA, Marisa. 2009. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legar de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. *Justicia y derechos del niño*. (11).
29. HISTORIA DE LA LEY 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. (En línea) Mensaje. 1° Trámite constitucional. <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5746/>> [fecha de consulta: 04-04-2017)

30. HISTORIA DE LA LEY N°20.680. [En línea] Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en sesión 140, 11 de enero, 2012. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4280/> (fecha consulta: 20-01-2017)
31. JARA, Eduardo. 2011. Derecho Procesal de Familia. Chile, Editorial Jurídica de Chile.
32. JUSTICIA DÍAZ, María Dolores. 2009. Los hijos ante el proceso de divorcio de sus padres y su papel en la mediación familiar. En: GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Dir.). La protección del menor en las rupturas de pareja. España. Aranzadi.
33. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. 2014. La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el derecho de daños. En: LEPIN, Cristian (dir). Responsabilidad Civil y Familia. Santiago, La Ley.
34. LATHROP, Fabiola. 2007. Custodia compartida de los hijos e igualdad entre los progenitores. En: FIGUERUELO BURRIEZA, A., IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M.L. y MERINO HERNÁNDEZ, R. M. Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Granada, España. Universidad de Salamanca.
35. LATHROP, Fabiola. 2008. La corresponsabilidad parental. En: ESTUDIOS DE DERECHO civil IV. Santiago, Chile. LegalPublishing. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho Y Fundación Fernando Fueyo Laneri.
36. LATHROP, Fabiola. 2011. Bases para una reforma de las relaciones filiales personales en Chile. Revista del Magister y Doctorado en Derecho (4). P. 91-97
37. LENON, Vivian y LOVERA, Domingo. 2011. ¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y

- comparado. [En línea] Revista Chilena de Derecho Privado. Diciembre 2011, (17) <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n17/art04.pdf>>. (fecha de consulta: 16 de noviembre de 2016)
38. LEPIN, Cristian. 2013. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado (3). P. 285-308
39. LEPIN, Cristian. 2014. Responsabilidad en las relaciones de familia. En su: Responsabilidad Civil y familia. Santiago, La Ley.
40. LEPIN, Cristian. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista chilena de derecho privado (23) [En línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n23/art01.pdf>> (fecha consulta: 23 de enero de 2017).
41. Ley de Enjuiciamiento Civil Española. [En línea] <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>> (fecha consulta: 17 de enero de 2017).
42. LOVERA PARMO, Domingo. 2009. Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. Justicia y Derechos del niño, UNICEF (11). P. 11-54
43. MAKIANICH DE BASSET, Lidia. 1993. Derecho de Visitas: régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. Argentina. Hammurabi.
44. MEDINA, Graciela. 2008. Daños en el Derecho de Familia. 2° edición, Santa Fe, Argentina. Rubinzal Culzoni.
45. MIZRAHI, Mauricio Luis. 2001. Familia, matrimonio y divorcio: divorcios causados e incausados, acuerdos conyugales, liquidación de bienes, daños y perjuicios en el divorcio, alimentos, guarda de los hijos, derechos del niño, aspectos procesales, comunicación paterno-filial, operatividad de los tratados internacionales. Buenos Aires, Argentina. Astrea.

46. MOLLEJA DE LA ROSA, María Jesús. 2013. El derecho de visitas, su incumplimiento por parte del progenitor custodio y la imposición de multas coercitivas. [En línea] <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/26/el-derecho-de-visitas-su-incumplimiento-por-parte-.aspx> (fecha de consulta: 20-01-2017).
47. NEGRONI, Gloria. 2011. Rol de los operadores del derecho en la resolución de los conflictos jurídicos derivados de la crisis de la pareja. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho* (4). P. 145-156.
48. NOTRIVA, Federico y RODRIGUEZ, Mariana. 2014. Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. *Saldando viejas deudas*
49. NOVELLINO, Norberto. 2008. Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvínculo matrimonial: normativas aplicables, concepto, caracteres y clases de tenencia, asignación de la tenencia, casos especiales, regulación, derecho a visitas en favor de los parientes que se deben alimentos recíprocamente, obstrucción ilegal a las visitas, jurisprudencia seleccionada por temas, modelos de escritos judiciales. Buenos Aires, García Alonso.
50. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. 2006. El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial. Madrid. Civitas.
51. PATTI, Salvatore. 2014. Familia e inmunidad. En: LEPIN, Cristian (dir.). *Responsabilidad Civil y Familia*. Chile, La Ley.
52. PERICICH, Rosana y MADOZ, Ingrid. 2007. El niño y el mayor como sujetos acreedores y deudores del derecho de visitas y las sanciones a aplicar ante la obstaculización o incumplimiento. En: CÚNEO, Darío L. y HERNÁNDEZ, Clayde U. *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*. Rosario, Argentina. Juris.
53. PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita. 2009. La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar. En: CONSEJO GENERAL

DEL PODER JUDICIAL. Custodia compartida y protección de menores. Madrid. Cuadernos de Derecho Judicial II.

54. PEREZ VALLEJO, Ana María. 2009. Régimen de visitas del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos. En: La protección del menor en las rupturas de pareja. España. Thomson Reuters/Aranzadi.
55. RAMOS CABANELLAS, Beatriz. 2014. Daños originados en las relaciones de familia: situación en Uruguay. En: LEPIN, Cristian (dir.). 2014. Responsabilidad Civil y familia. Santiago, La Ley.
56. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto. 2015. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. Revista Chilena de Derecho. 42(3). P. 903-934.
57. RECOMENDACIÓN N° R (98) 1 DEL COMITÉ DE MINISTROS DE ESTADOS MIEMBROS, 21 DE ENERO DE 1999. Sobre mediación familiar del Consejo de Europa. [En línea]. <http://www.atymediacion.es/sites/default/files/Recomendacion-98-Consejo-Europa.pdf> (fecha de consulta 01-04-2017).
58. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. 1997. El derecho de Visitas. España. J.M. Bosch Editor.
59. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. 2011. Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencias y protección. Revista del magister y doctorado en derecho. (4) p. 57-90.
60. ROCA TRÍAS, Encarna. 1999. Familia y cambio social (De la casa a la persona). Madrid, cuadernos Civitas. P. 86. CITADO EN: LEPIN, Cristian. 2014. Responsabilidad civil en las relaciones de familia. En su: Responsabilidad Civil y Familia. Santiago, La Ley.

61. RODRÍGUEZ ARREDONDO, María Paz. 2009. Padres de primera y segunda categoría: Los puntos de encuentro familiar. En: GARCÍA GARNICA, María del Carmen (dir.). La protección del menor en las rupturas de pareja. España, Aranzadi.
62. RODRÍGUEZ CUZZANI, Daniel Alberto. 2014. El rol del consejero de familia en los juzgados de la provincia de Buenos Aires. En: GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica Infojus.
63. RODRÍGUEZ GUITÁN, Alma María. 2009. Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales. Navarra, España. Civitas, Thomson Reuters.
64. RODRÍGUEZ GUITAN, Alma María. 2011. Remedios jurídicos frente a la obstaculización del derecho de visita del progenitor no custodio. En: CONGRESO IDADFE. Patria, potestad, guarda y custodia. Vol. 1.
65. RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. 2010. El derecho de visitas en Francia: un derecho de la persona en familia en la búsqueda del justo equilibrio entre derecho parental, interés del niño y prerrogativas de terceros. Análisis de su evolución y expansión positiva y de su manifestación jurisprudencial en Francia. Revista chilena de derecho de familia (3). P. 139-162.
66. SIMÓN GIL, Marta. 2009. Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. En: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Custodia compartida y protección de menores. Madrid. Cuadernos de Derecho Judicial II.
67. SOTO MOYA, Mercedes. 2009. Aspectos jurídicos de la gestión de conflictos familiares en países con experiencia mediadora. En: GARCÍA GARNICA, María del Carmen (dir.). España, Aranzadi

68. TAPIA, Mauricio. 2014. Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley N°20.680). Revista de Derecho de Familia. (1). P. 13-27.
69. TAPIA, Mauricio. 2014. Principios, reglas y sanciones del derecho de las familias. En: LEPIN, Cristian (dir.). Responsabilidad Civil y Familia. Monografías. Santiago, La Ley.
70. TAVIP, Gabriel Eugenio. 2010. ¿De qué hablamos cuando hablamos de “interés superior del niño?”. En: LLOVERAS, Nora (dir). Los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Argentina, Alveroni Ediciones.
71. TORO GONZÁLEZ, Raúl. 2010. Visitas virtuales: ¿hacia las premisas de la relación directa y regular en el siglo XXI? Revista Chilena de Derecho de Familia (3) P.163-174
72. UNICEF. 2004. La equidad se juega en la primera infancia. Infancia. [En línea] Documento de trabajo N° 4, mayo. <http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Infancia4.pdf> (Fecha consulta: el 26 septiembre de 2016).
73. ZEMARTTEN, Jean. El Interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico. [En línea] Informe de Trabajo 3-2003. <http://www.childsrighs.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf> (fecha consulta: 14 de octubre de 2016)

JURISPRUDENCIA

1. CORTE SUPREMA, Rol N° 778-2011. 6 de marzo de 2012. Legal Publishing, Cita Online: CL/JUR/507/2012.
2. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol N° 890-2010. 4 de noviembre de 2010. Legal Publishing, Cita Online: CL/JUR/9007/2010.
3. CORTE SUPREMA, Rol N°263-2010. 13 de junio de 2012. Legal Publishing, Cita Online: CL/JUR/1094/2012

4. CORTE SUPREMA, Rol N° 778-2011, 6 de marzo de 2012. Legal Publishing, cita online: CL/JUR/507/2012.
5. CORTE DE APELACIONES DE TALCA, Rol N° 133-2012, 30 de agosto de 2013. Legal Publishing, cita online: CL/JUR/5033/2012.
6. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Rol N° 136-2009. 21 de diciembre de 2009. Recurso de Amparo rechazado. Legal Publishing, Cita online: CL/JUR/8094/2009. Resolución confirmada por la Corte Suprema, en Rol N° 9644-2009, de fecha 30 de diciembre de 2009. Cita online: CL/JUR/8093/2009.
7. CORTE SUPREMA, Rol n° 41108-2016, 6 de septiembre de 2016. Recurso de casación en el fondo. Legal Publishing, Cita online: CL/JUR/6187/2016.
8. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol n° 1128-2016, 22 de agosto de 2016. Recurso de Apelación, acogido. Legal Publishing, cita online: CL/JUR/6061/2016.
9. CORTE SUPREMA, 20 de diciembre de 2016, Rol N°78923-2016, Legal Publishing. Cita online: CL/JUR/8396/2016.

ANEXO

Entrevista a Javiera Verdugo.

Abogada área de cumplimiento de la oficina de Familia de la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana

1. ¿Cuántas causas lleva la unidad de cumplimiento de la corporación de asistencia judicial área familia en Santiago? ¿Sabe más o menos a qué porcentaje del total corresponde?

En esta oficina se llevan causas de cumplimiento. Somos 5 abogados, un abogado jefe, que ve las causas que se tramitan con mandatos.

Además hay 4 abogados tramitadores, uno por cada tribunal de Santiago.

Yo veo cumplimientos de 4 tribunales, la causa termina y me la pasan a mí, generalmente con un mes de diferencia porque inmediatamente hay incumplimiento.

Además hay 4 abogadas más pero son curadoras ad litem.

2. ¿Cuántas causas llevan en área de cumplimiento?

450 causas aprox., multimateria.

3. ¿Cuánto tiempo se sigue tramitando una causa desde la dictación de la sentencia?

Tiempo de duración desde que obtienen sentencia y me lo traen a mí, es el primer incumplimiento, de ahí en adelante no se cierra nunca. El abogado tramitador inicia la demanda, tramita toda la causa y obtiene una sentencia. Desde ese momento, normalmente lo que debería hacer es renunciar al patrocinio y dar de baja la carpeta y esa persona oficialmente ya no tiene abogado.

En las causas de alimentos y en las de visitas, normalmente lo que pasa es que antes que alcancemos a renunciar al patrocinio, la persona ya está alegando incumplimiento. En el de visitas, es mucho más rápido porque generalmente (el

incumplimiento) es al tiro. En cambio en los alimentos, se debe esperar al mes siguiente a la notificación de la sentencia, y ahí generalmente pasa un tiempo. Pero es muy común que las causas de visitas no alcancemos a cerrarlas y ya me las pasan, con diferencia de una semana o dos.

Prolongación de la causa en el tiempo son años, lo que sea necesario, porque al final dependes de la voluntad de cumplir del deudor.

4. En general, ¿cuál de las dos partes es quien incumple con más frecuencia, quien tiene el cuidado personal o quien tiene la relación directa y regular?

El que más incumple es quien tiene al niño, porque para que tengas una relación directa y regular fijada por tribunales, quiere decir que en algún minuto la pediste y llevar adelante todo un juicio para finalmente no ir, mi percepción, no científica, sino solo lo que se ve en tribunales, es que el que más incumple es quien tiene al niño. Si es que se llega al punto en que quien tiene las visitas no las está cumpliendo, si se revisa para atrás, hay un año de visitas que trató de cumplir y que no pudo, porque lo que ocurre es que la paciencia se agota, los patrocinados que más insisten llevan 3 años tratando de ver a los niños y no pueden, pero son 2 patrocinados, porque los demás después de 6 meses o un año ya se cansan de insistir.

5. ¿Qué pasa cuando en la sentencia se deriva a terapia familiar o mediación? ¿Siguen llevando esa causa?

Como cumplimiento si, si es que el patrocinado lo pide o indica estar teniendo problemas, se piden oficios al centro para que informe si es que las partes han cumplido con la terapia. Esto se hace siempre que la persona reclame, porque de lo contrario, queda la idea de que están yendo a terapia y se resuelve el problema.

Esta situación se da mucho, porque si tienes una sentencia de visitas en la que el tribunal indica terapia, es porque ya hay un niño que de alguna forma ya está alienado de su padre.

Para mí, el síndrome de alienación parental no existe, pero si existe la situación donde intencionalmente se corta el vínculo del niño con su padre, entonces el niño

no conoce al padre. Entonces, un niño de 10 años que hace 8 no ve al papá, no tiene papa simplemente; no porque esté alienado psicológicamente, sino porque los niños se adaptan a todo y se adaptan a vivir sin papa, no están toda la vida sufriendo la ausencia del papa. Entonces si tu sentencia de visitas en realidad fue la derivación a terapia de acercamiento, ya se parte con un problema y las probabilidades de que las partes no puedan completar esa terapia son muy altas. Son muchas las terapias que están con informe favorable que dicen que se completó el tratamiento, el niño está totalmente re-vinculado y se recomienda fijar un régimen de visita. Pero en esos casos, lo que hay que hacer en la realidad es demandar nuevamente, porque no hay voluntad entre las partes, de acordar el régimen por si solas. Si una de las dos partes vuelve al tribunal, alegando que el informe del centro es favorable para fijar un régimen, el tribunal indica que es una causa terminada y que la sentencia ya se cumplió al hacerse la terapia, indicando que la parte haga lo que corresponda, que sería iniciar nuevamente una causa de relación directa y regular y previamente pasar por la mediación.

6. ¿Esa es una falla de los tribunales entonces? ¿En la forma en que cierran la causa antes de resolver el problema de fondo?

Exactamente, porque el tribunal no se hace cargo de la ejecución de la sentencia.

7. En la sentencia se podría dejar un periodo de tiempo para revisión, fijar una audiencia en un mediano plazo para revisión de las medias

Los tribunales no lo hacen porque significa dejar el juicio abierto. Y se indica que al momento de dictar sentencia, lo que corresponde es cerrar la causa para el tribunal. En resumen, hay una mezcla de mala voluntad del tribunal con mala voluntad de las partes, porque si las partes se pusieran de acuerdo, hecha la terapia, se podría desarrollar el régimen comunicacional. Entonces el problema es que sobre judicializa todo, que tiene su origen en la mala relación que tienen los padres entre sí.

8. ¿Cuál es la medida que a su juicio ocupan más los tribunales para lograr el cumplimiento?

Siempre es el apercibimiento.

9. ¿Qué ocurre luego del apercibimiento?

Los tribunales aperciben por lo menos 4 o 5 veces. Existen causas donde la persona ha sido apercibida durante 2 años y sigue sin cumplir. El principal problema que yo veo en el cumplimiento de las visitas, es que los tribunales no usan las herramientas que tienen, que ya son pocas, pero incluso así, el tribunal se niega a aceptarlo.

Se empieza con multas de media UTM, insuficiente porque, si en un año se va a fijar una multa de media UTM que son \$23.000 aprox., equivale más o menos a \$1.900 mensuales. Ese sería el precio por no permitir que el hijo vea a su padre, y eso es muy poco, es muy barato. Es un problema económico, se está comprando la voluntad de no cumplir por \$23.000 anuales.

He visto que se decreta orden de arresto por dos horas, después de un año solicitando la aplicación de la multa.

Es muy común, por eso te digo que la gente renuncia, porque llevan un año alegando el incumplimiento y el tribunal durante todo ese periodo de tiempo la respuesta que da es de revisar las posibilidades al respecto, pero no hacen nada. Entonces la parte se rinde, creyendo que el tribunal le da al favor a la parte incumplidora, que generalmente son las madres quienes no cumplen y quienes tienen el cuidado personal del niño. Entonces la sensación que queda en los padres es que los tribunales siempre protegen a la mujer y no hay nada más que hacer.

En el caso de medidas como la contemplada en la ley de menores de recuperar el tiempo perdido, los tribunales lo fijan, pero si no se cumplen las visitas normales ¿qué posibilidades hay que cumplan días adicionales? Entonces luego de eso, se vuelve al apercibimiento que no tiene ningún efecto.

10. ¿Se decreta el cambio del cuidado personal?

Se pide pero muy rara vez los tribunales acceden, tiene que ser una situación extrema, luego de años, y se necesita que hayan incumplimientos en los cuidados básicos de los niños para que se cambie el cuidado personal. Un ejemplo es que los niños no estén escolarizados y no reciban controles médicos, por lo que se decreta una medida de protección y en ese caso el tribunal accede. Pero en el caso de que el

incumplimiento sea solo respecto al régimen, el tribunal no accede al cambio, puesto que no se considera insuficiente incompetencia parental el incumplimiento del régimen de comunicación.

Además hay otro problema con esta medida, que es pedir el cuidado personal de un niño que no conoce a su padre, entonces al momento de escuchar su opinión, puede que ese niño no tenga problemas con su padre, pero simplemente no quiere vivir con él.

Entonces, lo que se obtiene en caso de solicitar el cambio en el cuidado personal, el tribunal hace a las partes a alcanzar una conciliación en el tema de relación directa y regular y desistimiento del cuidado personal, pero se vuelve a la misma situación anterior, que es la de obtener una sentencia con un régimen de relación directa y regular, que puede que se cumpla o no.

11. ¿Se aplica la indemnización de perjuicios, como en el derecho comparado?

En Chile no, no existe responsabilidad civil en materia de familia para nada. Ha sido rechazado explícitamente. Existen algunos casos donde se ha discutido el problema, pero se ha negado, porque no está en la ley, no está considerado en la doctrina, ni nada.

El argumento es que no puede haber responsabilidad civil en términos de indemnización de perjuicios porque dentro de una familia o en las relaciones personales, siempre se va a causar algún daño, es normal que ocurra, así es la vida.

12. ¿Está de acuerdo con eso?

No, yo creo que debería incorporarse. Porque sobre todo en esta etapa del cumplimiento de una sentencia que ya se dictó, si se puede generar un daño más allá de lo razonable en una relación familiar, puesto que los daños que se pueden generar en las relaciones de familia tienen un límite de lo aceptable, y más allá de ese límite, se debería generar responsabilidad. Además que los daños son comprobables mediante psicólogos, existen mecanismos para comprobarlo.

Ahora bien, en el caso chileno, para el cumplimiento de visitas, no se necesitaría de manera urgente la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual si se aplicara la ley vigente. La aplicación real de multa a beneficio fiscal bastaría.

13. En otros países existen Puntos de Encuentro Familiar ¿son asimilables estos puntos a los centros de mediación que hay en Chile?

No es asimilable, porque el centro de mediación ni siquiera está pensado para resolver el conflicto, sino que para ofrecerle a las partes un espacio para que ellos mismos resuelvan el problema. Esos centros de reunión familiar son para tener un espacio neutral donde se pueda desarrollar la relación directa y regular y que haya un experto que pueda facilitar la relación.

Son mucho más completos, un mediador es una persona que, primero, está habilitado para trabajar con adultos, no con niños; menos aún en una relación adulto – niño o adulto-adulto-niño.

En Chile existen centros que hacen ese trabajo, específicamente el centro transforma, pero incluso ahí están a años luz de lo que se necesita, debido a que ese centro no tiene por ejemplo, un espacio donde dejar a la persona que está esperando que se desarrolle la visita, o sea, yo llevo a mi hijo para que vea al papá, tengo que entregarlo, y luego irme, no hay una sala donde se pueda esperar. Existen causas donde, por ejemplo, el centro renuncia a la terapia porque la mamá hizo un escándalo muy grande y no la pudieron contener. Eso es falla del centro, es un servicio incompleto, y eso es lo mejor que hay en nuestro país.

14. ¿Cuánto falta para que haya en nuestro país algo así?

Yo tengo mucha fe en esos centros de encuentro familiar, porque cuando hay un incumplimiento de visitas, el principal motivo para no cumplir es sentir que el niño no va a estar seguro en el desarrollo de esa relación, entonces lo que se necesita es, primero, un espacio donde poder observar y ver que el niño está bien con el padre o la madre; segundo, ver que el padre o madre le está dando un trato adecuado y tercero, alguien que le explique a la persona, que contenga a quien no está

manteniendo el régimen comunicacional; se necesita que se le enseñe a las partes a “soltar” y eso se hace en esos centros.

En Chile, para llegar a eso, primero habría que partir por darle importancia a la relación directa y regular como tal, porque todavía, pese a la ley amor de papá, existe el criterio de que las visitas son casi que un premio para el padre y que si no se cumple, no hay nada mucho que hacer y no tiene tanta importancia, ya que se entiende que es una pequeñez, de hecho, lo primero que preguntan es si quien tiene el derecho de relación ha pagado la pensión de alimentos, cuando no tiene relación una cosa con la otra. La coparentalidad que se incorporó en la ley amor de papá es una palabra que está en la ley, y no sirve de nada más, porque tampoco se incorporó una forma de hacer ejecutable. Un ejemplo de ello, es la acción de elegir el colegio en el que estudia el hijo, puesto que todavía el que tiene el cuidado personal del niño lo controla y decide su crianza, sin que el otro padre tenga una acción para exigir participar en esas decisiones, entonces hay que partir por crear una coparentalidad real, y logrando eso, disminuirán los incumplimientos de visita porque vas a entender esta relación no como una “visita” donde se va a buscar al niño por dos horas para jugar con él, sino que se entenderá como el ejercicio de un rol parental, segundo, se modificaría también la forma en que se decretan las visitas, porque actualmente la costumbre es que sean bajo la modalidad de un fin de semana por medio y eso es ridículo, no es suficiente. Sin caer en el cuidado personal compartido, porque a lo mejor esa modalidad no funciona para todo el mundo, pero tiene que haber una crianza compartida más allá de solo visitar al niño, y ahí, hay que partir por un cambio cultural, y luego de eso, destinar recursos al problema y crear los centros, capacitar gente, diseñar estrategias, etc.

Respecto al rol del mediador familiar y su formación, en otros países, esto está regulado por Estado con el objetivo de que todos los mediadores tengan las mismas competencias. Acá no es esa la situación, ya que para ser mediador licitado solo hay que dar una prueba de conocimientos básicos y luego no hay control. La licitación tiene un tiempo limitado, pero no se condice con la preparación que se requiere.

Los mediadores no están preparados para lidiar con ejercer ese tipo de servicios, sino que están apenas preparados para ser mediadores, además de que actúan antes del juicio, pero no en la etapa de cumplimiento de la sentencia, entre otras razones, porque los centros de mediación tienen las materias que tratan determinadas y son rígidos al respecto. Por ejemplo, al llamar a un centro de mediación para que ayudara a resolver un tema respecto al colegio al que asiste el hijo, el centro no interviene en este tipo de conflictos, porque no hay código o nomenclatura, independiente de si es una mediación de carácter privado, donde se pague la tarifa que determine el centro, sin que ese conflicto provenga o llegue a los tribunales.

En conclusión, es un problema de educación y de políticas públicas de educación, es una de las vías de solución.

Sin embargo, antes de llegar a estos centros familiares, se debe empezar la educación que puedan dar los tribunales, porque si el tribunal no le da importancia al incumplimiento, menos aún se la va a dar la parte. Porque finalmente, se actúa bajo la amenaza del castigo, en el ámbito patrimonial, se pagan las deudas porque se sabe que en caso de incumplir, procede el remate; en el caso del cumplimiento en visitas, la medida de la aplicación de multas efectivamente aplicada reduciría el problema. Cabe señalar que esto es lo contrario a una buena educación de base, es funcionar por miedo al castigo, pero es una de las vías. Obviamente es mejor educar que castigar, pero de todas maneras no se pueden descartar todas las posibilidades, porque siempre va a haber gente que se niegue sin razón, y con ellos puede funcionar el mecanismo de que el incumplimiento les genere un perjuicio económico real y en ese caso, actúen de acuerdo a lo que se quiere lograr.

15. En el ámbito penal, existe el delito de desacato ¿Se aplica?

No se aplica nunca, a la solicitud de que se deriven los antecedentes a fiscalía por desacato los tribunales resuelven “no ha lugar”.

16. ¿Cuál es la razón de esto?

Yo creo que en materia de cumplimiento de relación directa y regular hay un tema de no tomarse en serio el problema, y no se hace porque es tedioso. Yo una vez haciendo clases en la academia judicial les dije a los jueces que debía tomarse en serio este tema, y la respuesta que entregó una jueza fue que era exagerado tomar medidas para cada vez que hubiera un incumplimiento. Ante esa respuesta, les hice ver que era lo mismo que un incumplimiento de pensión de alimentos, y respondieron que liquidar una deuda es mucho más fácil, ya que solo se actualiza la libreta.

Al ser la relación directa y regular un intangible, donde juegan muchos más factores, no es blanco y negro, en el 90% de los casos, quien incumple aduce la razón de que es el niño el que no quiere ver a padre, y dependiendo de la edad, el tribunal toma en cuenta o no esa razón, pero en estado de cumplimiento, el tribunal no cita al niño para oír su opinión.

17. ¿Cuál cree usted que es la mejor solución?

Yo creo que primero hace falta un procedimiento de cumplimiento establecido en los tribunales de familia. Porque los tribunales han inventado normas que no están en ninguna parte, por ejemplo, indican que solo se puede solicitar el apremio cuando hay 3 incumplimientos, presentar 3 constancias, y ahí recién se puede pedir los apremios, o que no basta con presentar las constancias, sino que hay que explicitar en qué consistió el incumplimiento. Entonces, cada tribunal inventa su propio procedimiento, cada proveedor que te toca ese día inventa su propio procedimiento, entonces ni siquiera es un problema caso a caso, es un problema resolución a resolución y eso es absurdo. Este problema es transversal a todos los tipos de causas, alimentos, visitas, etc. Solo que en visita es excepcionalmente grave porque además el tribunal no está aplicando la ley. En alimentos no cuesta nada pedir una orden de arresto, basta un mes de incumplimiento, pero en visitas, que decreten efectivamente el apremio es casi imposible.

El procedimiento que siguen los tribunales no corresponde. De partida, hay que juntar 3 incumplimientos, si se piensa que las visitas lo normal es que se den fin de semana por medio, 3 incumplimientos es un mes y medio que el niño no ha visto a uno de sus dos padres, para un niño de 5 u 8 años es una eternidad. Un niño de 5

años, un niño de 10 años no se acuerda qué pasó hace 2 meses atrás. Entonces, tienes un niño que hace 2 meses que no ve al papá, presentas las 3 constancias de incumplimiento, pides multa, apremio, etc. El tribunal dice traslado, notifíquese por cédula, luego hay que encontrar a la mamá, que es muy difícil, suponiendo que se logra notificar, que entre paréntesis, esas notificaciones se demoran en tramitarlas de parte del tribunal, si la otra parte pasados los 3 días no hizo nada, el tribunal lo que hace es apercibir a que el próximo incumplimiento se hará valer la ley. Ese mismo ciclo se puede vivir por años. Existen causas de años donde jamás se ha apercibido a la demandada.

El tribunal no hace nada más, no cita a audiencia para conocer por qué las partes incumplen, simplemente señalan que es una causa terminada y que se pida lo que en derecho corresponda, que en definitiva significa pedir la suspensión del régimen o la modificación, pero no resuelve el problema, porque quien incumple es la parte interesada en que no se lleve a cabo la relación directa y regular y se ve beneficiada con la inactividad.

En algunas causas el tribunal accede a citar a audiencias con consejeros técnicos, que no sirven de mucho porque la consejera no es un juez, no puede resolver nada, entonces lo que hacen es una especie de apercibimiento a quien incumple, pero nada más. En resumen, cualquier persona que incumple ante tribunales de familia ya sabe que no le va a pasar nada.

Y lo otro, es que si la contraparte llega a alegar un incumplimiento cruzado, es decir, que se alega que la otra parte también incumplió, el tribunal apercibe a las 2. Existen casos en que los demandantes han tenido que pagar multa porque la mamá del niño, el día que correspondía la visita, va con el niño a la comisaría, a la misma hora, a hacer constancia de incumplimiento. Entonces cuando el papá llega a buscar al niño, éste no está en la casa. Luego la mamá presenta las constancias, con el día y hora que correspondía la visita y el tribunal da la razón a la madre y dictamina aplicar multa para el padre, por no cumplir.

Entonces es un problema del tribunal, que tampoco revisa la historia hacia atrás, es evidente que no se revisa el escrito hasta el final.

18. ¿Conoce algún exitoso donde se han implementado medidas que sirvan para reducir este tipo de conflictos que se podrían tomar en cuenta en nuestro ordenamiento?

No específico, pero sí creo que los puntos de encuentro familiar y visitas vigiladas por un tercero son medidas útiles.

Hay modelos que creo que no se deben copiar por ningún motivo, como son las visitas en las dependencias del tribunal o visitas en comisarías, que son peores, porque es rol del tribunal motivar esa relación, y aunque al niño no se le inflencie negativamente por ninguno de sus dos padres, de todas maneras, el ambiente de una comisaría es un ambiente hostil para un niño.

El acompañamiento es una muy buena medida, con una persona (tercero) que intervenga y que sepa cómo y cuándo hacerlo sin interferir. Es decir, que permita el desarrollo de la relación, que le pueda enseñar a ambos padres a desarrollarse. Esta medida los tribunales no toman esa medida, como si lo hacen cuando el juicio está en desarrollo. Lo que ocurre en la actualidad en nuestra realidad es que si no se tiene éxito en las terapias que siguen las partes ordenadas en un tribunal, éste no hace nada respecto a los informes que envían los terapeutas, es decir, no toman otras medidas que pudieran ser efectivas en esos casos y se cae en la inactividad.

A modo de conclusión, no existe una sola solución, lo ideal es educar, pero también que los tribunales apliquen la legislación que está vigente, porque existen medidas pero no se toman en consideración. No sabemos cómo funcionan nuestras y los problemas que pueden surgir, porque no se aplican.