

**ESTUDIOS DE DERECHO DE  
FAMILIA III**

**TERCERAS JORNADAS NACIONALES  
FACULTAD DE DERECHO PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE**

**CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO  
COORDINADORA**



**THOMSON REUTERS**

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: SENTENCIAS QUE MODIFICAN O  
RESTRINGEN EL RÉGIMEN DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS\*

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones paterno filiales han evolucionado con el paso del tiempo, estrechándose los lazos entre padres e hijos. La que antes era vista como una relación jerárquica, ha ido dando paso a una de mayor cercanía entre padre y el hijo o hija, con mayor involucramiento en su crianza y educación, mayor demostración de afectividad, y un deseo de estar presentes en el desarrollo de éstos. Hoy, no hay duda que los padres están mucho más presentes en la vida de sus hijos e hijas que hace 10 años.

Cuando el matrimonio, la convivencia o la relación afectiva termina, o bien, cuando nunca existió, pueden producirse situaciones conflictivas entre los padres. Las consecuencias de éstas son complejas, ya que involucran componentes extrajurídicos, como los afectos, la inseguridad, la rabia, el rencor, etc. Esta conflictividad, que no debiera influir a los hijos, lamentablemente, los involucra, afecta, y muchas veces, obstaculiza, restringe o impide la relación directa y regular entre el hijo o hija y el padre o madre que no vive con ellos.<sup>1</sup>

---

\* Profesora de Derecho Civil Universidad de Chile.

<sup>1</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680", en *Revista de Derecho de Familia*, Volumen I, 2014, p. 39.

Ha sido una preocupación global velar por la debida protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (N.N. y A.) cuando los padres viven separados, y por ello, esta situación se encuentra tratada en la Convención de los Derechos del Niño (CDN). Es así, que el principio de interés superior del niño involucra asegurar al niño, niña y adolescente la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3.2 de la CDN). El artículo 9.1 de la Convención, señala además que los Estados Partes deben velar por que el niño o niña no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Asimismo, el número 3 obliga a respetar el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior.

En este contexto, la Ley N° 20.680 introdujo modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, regulando materias relativas al cuidado personal de hijos e hijas, la relación directa y regular y la patria potestad, con aplicación de los principios de interés superior del niño, autonomía de la voluntad, igualdad de los padres, derecho a la vida familiar, corresponsabilidad parental y derecho del niño a ser escuchado.

Desde esta perspectiva, todo hijo o hija tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, cuestión que se conoce con el nombre de *coparentalidad*. Asimismo, ambos padres tienen derecho a participar activamente de la crianza y educación de sus hijos e hijas, con independencia del régimen de cuidado personal que se haya fijado. Este es el principio de la *corresponsabilidad*, que se materializa a través del cuidado personal y de la relación directa y regular.<sup>2</sup>

El artículo 229 del Código Civil señala que el padre o madre que no ejerza el cuidado personal del hijo o hija, tendrá el derecho y el deber de mantener con él o ella una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado, según las convenciones a que se refiere el inciso 1° del artículo 225 o, con las que el juez estimare conveniente para el hijo o hija.

<sup>2</sup> Corte Suprema, sentencia de 4 de septiembre de 2014, rol N° 21334-2014.

En el inciso 2° del artículo 229 del Código Civil se señala qué se entiende por relación directa y regular. Se indica que es aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre se mantenga con el hijo o hija a través de un contacto periódico y estable. Para establecerlo, deberán considerarse factores como la edad del niño o niña, la vinculación afectiva con el padre, y cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del niño.

Para la determinación del 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 o hija, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades.

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

Asimismo, la legislación también se ha preocupado de resolver la situación que se produce cuando, estando determinado un régimen de relación directa y regular, el padre que tiene el cuidado personal obstaculiza o impide el contacto entre el hijo o hija y el otro padre.

Para ello, la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia indica en su artículo 16 que la finalidad de la ley es garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional el ejercicio, goce pleno y efectivo de sus derechos, situación “*que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento*”.

## 2. ANÁLISIS

En este trabajo analizaré las situaciones que se producen entre quienes solicitan cambiar el régimen de relación directa y regular: la primera, cuando existe un régimen de relación directa y regular amplio, y el progenitor no custodio demanda el cuidado personal compartido, y la segunda, dice relación con las causales por las que uno de los padres solicita al tribunal

que suspenda o restrinja la relación directa y regular. Para ello, voy a revisar sentencias recientes de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, para analizar la fundamentación que utilizan las partes para argumentar su postura, y la que usan los jueces para decidir el asunto controvertido sometido a su decisión.

### 2.1. *Modificación de la relación directa y regular y su paso al cuidado personal compartido*

Cuando los padres viven separados, la determinación del cuidado personal puede ser convencional, legal o judicial. El artículo 225 del Código Civil establece que si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida, cumpliendo con las solemnidades y formalidades establecidas. Al mismo tiempo que los propios padres determinen quién ejercerá el cuidado personal, también deberán establecer el régimen de relación directa y regular que tendrá aquel de los padres que no lo ejerza. En consecuencia, en la atribución convencional, son los propios padres quienes pactan cuál de ellos va a ejercer el cuidado personal y el régimen de relación directa y regular, aplicando los principios de autonomía de la voluntad, corresponsabilidad e igualdad entre los padres.

A su vez, el inciso 2° del artículo 225, define el cuidado personal compartido como “*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*”. En este punto, podemos apreciar que el cuidado personal y el principio de corresponsabilidad parental son dos figuras diferentes. La norma reconoce que el cuidado personal compartido estimula la corresponsabilidad, pero no la identifica con ella.<sup>3</sup> Por tanto, establecer un régimen de cuidado personal compartido es una de las maneras de concretizar el principio de corresponsabilidad parental. Pero sin duda, no es la única forma. Un régimen de relación directa y regular con

<sup>3</sup> Ver Tribunal Constitucional, sentencia de 16 de junio de 2011, rol N° 2699-2014, Considerando 6°; Corte Suprema, sentencia de 10 de noviembre de 2015, rol N° 4889-2015.

los hijos o hijas, que sea amplio y se desarrolle en el marco de una relación respetuosa, sin conflictividad entre los padres, también puede contribuir a concretizar este principio.

Ahora bien, en caso que los padres pacten el cuidado personal compartido, ¿será necesario también pactar un régimen de relación directa y regular?

Una sentencia grafica lo señalado. Es un caso en que los padres regularon de común acuerdo un régimen comunicacional amplio, con cierto parecido al régimen de custodia compartida. El padre que no tiene el cuidado personal solicita al juez establecer dicho régimen con el objeto de obtener mayores instrumentos legales para colaborar con la crianza y educación de su hija. Pareciera que el padre ante una situación de hecho necesita una declaración de certeza del tribunal. No obstante, la niña siempre ha vivido con la madre bajo su cuidado personal, de lo contrario no habría existido necesidad de regular un régimen comunicacional<sup>4</sup>

Tanto su demanda en primera instancia como la apelación de la sentencia son rechazadas. En contra de esta última, el demandante dedujo recurso de casación en el fondo. Indica en su fundamentación que en la práctica existe un verdadero régimen de cuidado personal compartido, puesto que su hija permanece o convive, alternadamente, siete días de la semana con él y luego siete días con su madre, reconoce que este régimen se ha desarrollado sin mayores dificultades. Sin embargo, en la sentencia los jueces señalan que la relación entre los padres presenta un nivel de conflictividad.

La Corte Suprema en su sentencia señala que es “un hecho de la causa la conclusión fáctica de que históricamente la madre ha tenido el cuidado personal de la niña y que en el progresivo aumento de la intensidad de la relación directa y regular, el padre ha obtenido un régimen por el cual permanece o convive siete días la semana, pero aquello no modifica la circunstancia fáctica referida”.<sup>5</sup> Agrega, que a mayor abundamiento, incluso en la eventualidad que se considere plausible el recurso deducido. Esto es la existencia en la práctica de un régimen de cuidado personal compartido,

<sup>4</sup> Corte Suprema, sentencia de 27 de octubre de 2015, rol N° 3335-2015.

<sup>5</sup> Corte Suprema, sentencia de 27 de octubre de 2015, rol N° 3335-2015, Considerando 6°.

que es lo que pretende el recurrente, el arbitrio impetrado tropezaría con un segundo escollo fáctico, que corresponde a la inferencia de los sentenciadores de que el nivel de conflictividad de los padres coloca en riesgo el adecuado desarrollo psico-emocional y de la personalidad de la niña, que se agudizaría en el caso de declarar el cuidado compartido pues atenta contra su interés superior.<sup>6</sup>

El interés superior de la niña exige el principio de la corresponsabilidad que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de la educación y crianza de los hijos, el cual puede cumplirse tanto con un régimen de cuidado personal compartido o con un régimen de relación directa y regular amplio, fluido para el padre que no tiene la custodia.<sup>7</sup> Los deberes y facultades que poseen los padres respecto de sus hijos, deben tener como finalidad el desarrollo, promoción y protección de los derechos de la personalidad del niño o niña, lo que no es posible de satisfacer, sino con el ejercicio de la parentalidad conjunta que permita al hijo o hija común relacionarse de la manera más directa y regular en el tiempo con ambos progenitores, y en particular con aquel que en la práctica no tiene su custodia o convivencia diaria.<sup>8</sup>

Por su parte, la Corte Suprema ha manifestado que “la corresponsabilidad a que alude el artículo 229 del Código Civil no es que importe —como se pretende— el establecimiento de un determinado “régimen” de parte del juez de familia, ya que, en realidad, constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos padres asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación. En este contexto, el solo hecho de haberse dispuesto un régimen amplio en relación directa y regular entre el padre y la hija —como ocurrió en este caso— salvaguarda el principio que se cree vulnerado, no advirtiéndose, por tanto,

<sup>6</sup> Corte Suprema, sentencia de 27 de octubre de 2015, rol N° 3335-2015, Considerando 7°.

<sup>7</sup> ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela “El principio de la corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho* N° 2, Universidad Católica del Norte, 2013, p. 31.

<sup>8</sup> Juzgado de Familia de Talagante, resolución de fecha 25-10-2013, en causa Rit-C 687-2013, Considerando 9°.

contravención alguna al artículo 229 del Código Civil”.<sup>9</sup> Por tanto, son compatibles la corresponsabilidad y la atribución del cuidado personal en uno de los progenitores, siempre que los hijos mantengan un régimen de relación directa y regular.<sup>10</sup>

Asimismo, la Corte ha señalado que “cuidado personal compartido y corresponsabilidad no son conceptos sinónimos, como parece sugerirse en el recurso, pues el primero es un sistema de vida que persigue mantener activa la participación del padre y de la madre en los aspectos señalados durante la vida separada —crianza y educación—, luego, es una de las tantas formas de ejercitar la corresponsabilidad parental en ese caso, y el segundo es un principio informador en lo tocante a la crianza de los hijos”.<sup>11</sup>

Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que el cuidado personal compartido requiere del mutuo acuerdo de los padres.<sup>12</sup> Cuando se demanda ante un tribunal es porque los padres no están de acuerdo con compartir el cuidado personal.

## 2.2. Suspensión o restricción de la relación directa y regular

La relación directa y regular, establecida en el artículo 229 del Código Civil, tiene por finalidad mantener la relación familiar entre el progenitor que no ejerce el cuidado personal y el hijo o hija a través de un contacto periódico y estable, de manera que se fomente una relación sana, cercana y afectiva, a través de un contacto periódico y estable y velando por el interés superior del menor. El inciso final del artículo señala que este derecho-deber se suspenderá o restringirá cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo o hija, lo que declarará, fundadamente, el tribunal. Esta norma debe aplicarse restrictivamente porque se suspende o restringe un derecho que

<sup>9</sup> Corte Suprema, sentencia de 4 de diciembre de 2014, rol N° 21334-2014, Considerando 3°.

<sup>10</sup> QUINTANA VILLAR, María Soledad, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 379

<sup>11</sup> Corte Suprema, sentencia de 10 de noviembre de 2015, rol N° 4889-2015, Considerando 6°.

<sup>12</sup> Véase Corte Suprema, Sentencias de 4 de septiembre de 2014, rol N° 21334; de 10 de noviembre de 2015, rol N° 4889-2015; de 17 de diciembre de 2015, rol N° 6320-2015.

no solo compete al padre que no tiene el cuidado personal sino que también al hijo o hija, ya que también es un derecho consagrado en la CDN, la que establece como imperativo legal y deber del Estado velar por el resguardo y derecho de los hijos de mantener vínculos permanentes con sus progenitores, relación que no solo implica una obligación para éstos, sino un deber para con aquellos, que mira a la formación futura e integral de los jóvenes de saberse hijos de determinados sujetos en miras al establecimiento de la propia identidad. Además, la expresión “manifiestamente” unida a la exigencia de que el tribunal declare la existencia del perjuicio fundadamente es una suerte de garantía de que las circunstancias que hagan procedente esta limitación deben ser reales e importantes. En consecuencias, solo se podrá negar, restringir o suspender la comunicación directa y personal de los padres con sus hijos, cuando existan causas graves que así lo aconsejen. El interés superior del niño debe orientar la solución judicial en el sentido que cause el menor daño posible al niño o niña.<sup>13</sup>

Por su parte, el artículo 48, inciso 5º, de la Ley de Menores, indica que el tribunal podrá suspender o restringir el ejercicio de la relación directa y regular cuando manifiestamente perjudique el bienestar del menor. Y el artículo 229, inciso 5º prescribe que el padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre. Y que sólo se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique al bienestar del hijo, lo que declarará el Tribunal fundadamente (artículo 229, inciso final).

¿Con qué parámetros se mide el grado de idoneidad de los progenitores para ejercer su rol? La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que resulta imprescindible realizar “una evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar

<sup>13</sup> Véase Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 17 de diciembre de 2015, rol Nº 2229-2015 y Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 28 de diciembre de 2016, rol Nº 933-2016.

y desarrollo del niño según su caso, los daños o riesgos reales y probados, no especulaciones o imaginarios”<sup>14</sup>

En estos casos, por regla general es el progenitor que ejerce el cuidado personal quien solicita la suspensión o restricción de la relación directa y regular, argumentando que ésta perjudica el bienestar del hijo o hija. Los casos más comunes son por abuso sexual o violencia contra el hijo o hija, ejercida por el padre no custodio o por algún familiar de éste. En esta situación, se produce un problema de competencia, debido a que este tipo de asuntos puede dar lugar a delitos, iniciándose dos procedimientos distintos: uno por el delito de abuso sexual ante los Tribunales de Garantía y de Juicio Oral en lo Penal, en que además interviene la Fiscalía, y otro en sede familiar para la suspensión o restricción de la relación directa y regular, produciéndose un problema cuando existen decisiones contradictorias entre ellos.

De las sentencias analizadas se constata una contradicción entre los informes de peritos que se decretan en sede penal con los informes decretados en sede de familia. Ante esta contradicción, corresponde al juez lograr un equilibrio entre la protección que debe otorgarse a un niño o niña ante situaciones que puedan exponerlo a peligros para su integridad física o moral y su derecho a tener una relación directa y regular con su progenitor.

Un ejemplo de lo señalado es el caso en que un padre demanda ante el tribunal de familia a la madre de su hijo para que se determine un régimen de relación directa y regular suspendido porque la demandada lo había acusado ante el Tribunal de Garantía y de Familia de abusar sexualmente del niño. El juzgado de familia acoge la demanda, otorgando un régimen comunicacional previo a someterse a una terapia. La Corte de Apelaciones confirma la sentencia.

Al respecto señala la Corte de Apelaciones: “Que las contradicciones en esas evaluaciones dicen relación con la presencia o no de indicadores en el niño del abuso sexual atribuido al padre, en las cuales la ordenada por la

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párrafo 111.

Fiscalía no da cuenta del abuso. Esos informes de vulneración en la esfera de la sexualidad de su hijo, sino más bien se hace a partir de las conclusiones que se desprenden de conjeturas de hechos que ella aprecia en la relación filial entre padre e hijo y la hace en el marco de la ruptura y separación en la relación de pareja de ambos padres del niño y donde se aprecian importantes niveles de tensión en las relaciones vinculares post separación en las figuras parentales del niño. En cambio, el informe de la Prevención de la Violencia Infantil (PREVIF) estimó que el relato del menor es creíble y su testimonio es válido en cuanto refiere haber experimentado conductas de transgresión en el ámbito de la sexualidad efectuadas por su padre, de acuerdo al análisis de la SVA, así como la credibilidad a partir del CBCA y manifiesta que existe un nivel de daño emocional” (Considerando 7°).

La demandada recurre de casación en el fondo, donde la Corte Suprema rechazará el recurso indicando “Que sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento, del análisis de la sentencia se advierte que los jueces del grado sí consideraron el interés superior del niño para determinar el régimen de relación directa y regular del menor con su padre. Es así que en el fallo se puede observar que realizaron una ponderación completa de todos los antecedentes incorporados al debate, en que sin desatender el singular informe pericial que avala la denuncia sobre abuso sexual efectuada por la demandante en contra del actor, consideró que las conclusiones de las demás pericias evacuadas por el Centro de Diagnóstico Mayor (DAM) Rukawe y Fundación Templanza que contrvirtieron abiertamente dichas imputaciones, evaluando positivamente las habilidades parentales del padre concluyendo que se aprecia cercanía en los lazos y vínculos afectivos y sociales que se dan entre éste y su hijo, presenciándose factores de empatía y asertividad en las relaciones establecidas que facilitan la comprensión de demanda y necesidades del niño y que se constata un cambio de comportamiento al relacionarse con su padre, partiendo desde el desinterés que exhibe durante la evaluación a una situación completamente distinta al ingresar el progenitor a la sala, momento en que el niño se lanzó a sus brazos, observándose motivado y entusiasmado por su presencia, mostrándose muy cariñoso con su padre y respondiendo satisfactoriamente cuando iniciaron un juego vincular o conversación de temas que le son de suma complicidad, al hablar de aviones o un programa de televisión denominado “Desastres Aéreos; oportunidad en que se constató que el padre se constituye en una

figura significativa en la vida de T.J, prevaleciendo un canal de comunicación y un frecuente contacto visual entre ambos.<sup>15</sup>

No cabe duda de que, con la separación del niño de su padre (quien, de acuerdo a la mayoría de los informes, no fue abusado por su padre), se está afectando el interés superior del niño e infringiendo el artículo 9.3 de la CDN. Al fallar, los jueces del grado aplicaron el interés superior del niño para establecer el régimen comunicacional del padre con su hijo, realizando una ponderación de todos los informes, acompañados al expediente: el único informe pericial que avala la denuncia sobre abuso sexual realizada por la madre del niño y los otros informes periciales que controvierten dicha acusación y evalúan positivamente las habilidades parentales del padre y estableciendo que se constata cercanía en los lazos y vínculos afectivos entre padre e hijo. Por tanto, la Corte evaluó los daños o riesgos reales probados comprobando que no había riesgo para el niño.

Otro caso se produce cuando el Centro de Medidas Cautelares de Santiago decretó por sentencia una medida de protección en favor de una niña, en virtud de la cual se ordenó el restablecimiento del régimen comunicacional de ésta con su padre y la derivación de las partes a un Centro especializado para la evaluación, a lo menos sobre la dinámica familiar, habilidades parentales, capacidad de comunicación, control de impulsos y para que se proponga un plan de intervención por el período de 6 meses. Apeló la madre de la niña y la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia. En contra de este fallo la madre dedujo recurso de casación en el fondo.

Los hechos establecidos son que una madre denuncia que su hija ha sido víctima de abuso sexual, sindicando como presunto autor al padre de ésta, razón por la cual se inicia una investigación en el Ministerio Público, el cual remite carpeta investigativa al tribunal de Familia, con la finalidad de que se adopten las medidas pertinentes para proteger a la niña.

El informe pericial sexológico de la niña, emitido por el Servicio Médico Legal, da cuenta de que no presenta lesiones ni se encuentra desflorada. Por

<sup>15</sup> Corte Suprema, sentencia de 29 de julio de 2014, rol N° 7870-2013, Considerandos 6 y 7.

su parte, el informe psiquiátrico de credibilidad del Servicio Médico Legal concluye “que la pericia es indeterminada frente a la solicitud planteada, siendo pertinente que sea sobre la base de referencias aportadas por terceros, el obtener mayor información, atendido que la niña no puede aportar más antecedentes dada su corta edad y el tiempo transcurrido entre el evento y la primera develación y la fecha de la denuncia, sugiriendo que se la derive a una terapia especializada”.

Sobre la base de estos hechos, los sentenciadores de segundo grado confirmaron el fallo de primera instancia y señalaron que “atendida la forma de comisión del delito que se denuncia y la edad de la menor, lo que se intenta pesquisar, es la credibilidad del relato y la concurrencia de un daño emocional, en relación a lo primero, teniendo en cuenta el relato y la etapa evolutiva de la niña, difícilmente se podrá obtener un relato consistente y coherente. En lo que respecta al daño emocional, indica que ninguno de los antecedentes da cuenta que la niña tenga un daño emocional, a pesar de la dinámica disfuncional entre los adultos. Agrega que “el tribunal de oficio, sobre la base de la pesquisa de los mismos antecedentes y conforme a la misma línea argumentativa emitida por el consejero técnico y la curadora, establece que aquí hay una dinámica entre los padres que vulnera el artículo 27 de la CD, esto es el derecho de todo niño o niña a crecer en un medio ambiente propicio en lo físico, lo espiritual, en lo moral y lo social, por lo que el tribunal estima que no obstante no haberse acreditado los hechos que se denuncian, a lo menos queda claro que la dinámica entre los padres no permite a la niña crecer en el estándar que establece el referido artículo 27 y por ello determinará la intervención de los adultos, con el objeto de evitar que generen más riesgos en la niña”.<sup>16</sup>

En este caso hubo una abierta transgresión al interés superior de la niña, cuando los padres le impiden desarrollar una vida familiar sana y crecer en un ambiente propicio que permita un desarrollo físico y espiritual (artículo 27 CDN). Además, hacerla pasar por diferentes exámenes sexológicos y psiquiátricos que son invasivos y desagradables debido a una acusación falsa de la madre, con la intención de castigar al padre e impedir que siga relacionándose con su hija.

<sup>16</sup> Corte Suprema, sentencia de 17 de septiembre de 2014, rol N° 4442-2014, Considerando 3°.

Otro caso se da cuando el tribunal de medidas cautelares decretó una medida de protección que suspende el régimen comunicacional que mantiene un padre con su hijo. El padre apeló de dicha sentencia y la Corte de Apelaciones de Arica la confirmó e hizo lugar a la medida de protección solicitada. Sentencia que fue recurrida de casación en el fondo por el padre.

La Corte Suprema señala que los jueces de la instancia dejaron por establecido que el menor ha estado inmerso en un ambiente de conflicto intenso entre sus padres, lo que ha afectado fuertemente su salud física y emocional. Esta situación obliga a dilucidar si al suspenderse el régimen comunicacional respecto del padre, mantener al hijo en el tratamiento del que está siendo objeto, y al decretarse la incorporación del padre al Servicio de Salud Arica (ESSMA Norte) para que evalúen sus capacidades parentales se hizo una correcta aplicación del marco normativo que regula la materia.

Concluye la Corte, “Que la sentencia recurrida, para decidir como lo hizo, tuvo en consideración que el menor ha estado inmerso en un ambiente de conflicto intenso entre sus padres, lo que ha afectado fuertemente su salud física y emocional y que, del mérito de los informes psiquiátricos aportados a los autos por la entidad que actualmente trata al niño, se evidencia la necesidad de efectuar un control y seguimiento a su respecto y no exponerlo a la presencia del padre, con el fin de prevenir complicaciones y agravamiento de su actual estado de salud mental y preservar su integridad personal, y estiman que de no seguirse lo sugerido por los informes antes aludidos podrían derivarse consecuencias negativas para el menor, afectándose con ello su salud, bienestar y en forma global su interés superior”.<sup>17</sup>

La Corte estimó que el interés del hijo se vería mayormente protegido suspendiendo el régimen comunicacional con el padre hasta que a éste se le hiciera una evaluación de sus capacidades parentales con miras a una futura relación con su hijo y que éste permaneciera en el ESSMA.

### *2.3. Sanción al padre titular del cuidado personal que impide la relación directa y regular con el otro de los padres*

<sup>17</sup> Corte Suprema, sentencia de 26 de febrero de 2014, rol N° 11486-2013, Considerando 6°.



El artículo 229 inciso 5° del Código Civil, prescribe que “*el padre o madre que ejerza el cuidado personal no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo*”. Por su parte, el artículo 66 de la Ley de Menores, sanciona con apremio al padre que obstaculice la relación directa y regular.

Un ejemplo de obstaculización es el siguiente: un padre presenta demanda de cuidado personal, la cual es acogida por el tribunal de primera instancia, entregándole el cuidado personal y regulando un régimen comunicacional del niño con la madre. Por su parte, la madre apela de dicha sentencia.

La Corte confirma la sentencia de primer grado, señalando que “confrontando esos factores o parámetros con la prueba rendida en la causa, tal como discurre la sentenciadora, aplicando la norma del inciso 4° del artículo 225 del citado Código, es plausible alterar el régimen de cuidado personal del menor, cuando así lo aconsejan las circunstancias del caso el interés superior del niño. Precisamente eso es lo que ha sucedido en la especie, pues la madre del menor –lejos de fomentar un acercamiento con su padre– ha obstaculizado reiteradamente esa relación, llegando incluso al extremo de desacreditar al actor mediante infundadas acusaciones de un presunto abuso sexual, actitud que no solo importa el evidente padecimiento del síndrome de alienación parental, –ratificado por el informe pericial del psicólogo A.V.–, sino además una clara demostración de su falta de habilidad para detentar el cuidado personal de su hijo, evidenciando algunos trastornos en su personalidad, lo que ha sido constatado por psicólogos y psiquiatras”.<sup>18</sup>

En esta sentencia se aplicó el artículo 225-2 en que se señala que para el establecimiento del cuidado personal se considerarán y ponderarán conjuntamente 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. Esta norma impone al progenitor custodio la obligación de fomentar, favorecer y facilitar los contactos del hijo.

<sup>18</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de octubre de 2012, rol N° 2161-2011, Considerando 5°.

La madre con su conducta atentó contra el interés superior del hijo al tener una actitud de desacreditar al padre mediante infundadas acusaciones de un presunto abuso sexual y obstaculizando la relación del hijo con su padre. Además, incurriendo en conductas que pueden provocar confusión relacional en torno a la figura paterna.

Otro caso ocurre cuando un padre demanda el cuidado personal de sus hijos ante juzgado de Familia, demanda que es acogida y donde se le confió el cuidado personal de los niños. Además, se dispuso un régimen comunicacional respecto de la madre y que las partes deberán realizarse una terapia de fortalecimiento de habilidades parentales, a fin de mejorar su relación como padres y con los niños debiendo trabajar principalmente el área de la coparentalidad. Dicha sentencia es apelada y revocada por la Corte de Apelaciones, manteniéndose el cuidado personal de la madre que lo tenía al iniciarse el proceso y se determinó el régimen comunicacional para el padre que la madre garantizará. También se derivó a las partes a terapia de fortalecimiento de habilidades parentales.

En contra de dicha decisión la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo. Recurso que es acogido por la Corte Suprema. Al respecto la Corte señala “Que, parece necesario señalar que, si bien la estabilidad emocional ha de ser un criterio a considerar por los juzgadores a la hora de establecer tanto el régimen comunicacional como el ejercicio del cuidado personal, resulta indicativo para el caso que aquí se debate, el hecho que el legislador la asocie precisamente –la estabilidad– a la actitud que tenga cada uno de los padres para cooperar con el otro. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en la letra d) del artículo 225-2 del Código Civil, los jueces ponderarán, entre otros criterios, “*La actitud de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular*”. Pues bien, no es un hecho discutido –y así por lo demás se ha consignado en esta sentencia de casación– la retención ilícita de los niños en Uruguay por la madre... En consecuencia, si los sentenciadores estimaban prioritario mantener la estabilidad de los niños, no podían obviar esta circunstancia, desde que ciertamente es demostrativa de una actitud que la perturba y que, en consecuencia contraría el interés superior de los niños, que para su pleno desarrollo requieren mantener una vinculación “sana y cercana”, a través de un “contacto periódico y estable”

con el padre o madre que no ejerza el cuidado personal, según establece el artículo 229 del Código Civil.<sup>19</sup>

La Corte Suprema falló privilegiando el interés superior del niño al otorgar el cuidado personal a aquel de los progenitores que permite desarrollar una vinculación sana y cercana con el padre no custodio a través de un contacto periódico y estable.

#### *2.4. Caso en que se sanciona a la madre con detención por impedir el régimen comunicacional del padre con el hijo*

El tribunal de Familia sanciona con arresto a la madre, por haber incumplido el régimen comunicacional establecido a favor del padre no custodio y del hijo, por el plazo de 15 días y entrega al niño al padre por el mismo tiempo.<sup>20</sup>

Se deduce recurso de amparo a favor de la madre en contra de quien se ha ordenado arresto, como apremio por incumplimiento del régimen comunicacional con el padre de su hijo.

La Corte de Apelaciones de La Serena conociendo del recurso reduce el plazo de arresto de la madre y entrega el niño al padre por dos días.<sup>21</sup>

El juez de Familia decreta cumplimiento de la resolución y ordena que el niño permanezca con su padre los diez días siguientes a los dos ya decretados como arresto para la madre por la Corte, en uso de su facultad para actuar de oficio, basándose en el hecho que la madre, durante el año 2014 y hasta la fecha de la resolución, había impedido el régimen comunicacional. La madre nuevamente recurre de amparo.

<sup>19</sup> Corte Suprema, sentencia de 23 de mayo de 2017, rol N° 99861-2016, Considerando 6°.

<sup>20</sup> Tribunal de Familia de La Serena, sentencia de 13 de agosto de 2014, RIT N° C 37-2013.

<sup>21</sup> Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 21 de agosto de 2014, rol N° 78-2014. Recurso de Amparo.

La Corte, analiza lo expuesto, estimando que el juez obró dentro de sus facultades legales, y que no se vulneraron ni la libertad personal, ni la seguridad personal, del amparado. Por lo antedicho, se rechaza la acción deducida.<sup>22</sup>

Otro caso donde también se interpone recurso de amparo contra Juez de Tribunal de Familia y orden de arresto decretada como medida de apremio ante incumplimientos de relación directa y regular previamente establecida.

Se trata de un caso por incumplimiento de relación directa y regular. Los padres acordaron en la instancia de mediación una pensión de alimentos y un régimen de relación directa y regular entre el padre y su hija. El padre ha presentado gran número de escritos dando cuenta de incumplimientos reiterados de la madre, solicitando los respectivos apremios. Citadas las partes a audiencias especiales de cumplimiento, la madre no concurre y el tribunal aperece a la madre a dar estricto cumplimiento al régimen comunicacional acordado.

A su vez, la madre denunció al padre por presunto abuso sexual por conductas en que su hija común sería víctima, ante el Primer Juzgado de Familia de San Miguel. El Tribunal, en autos por vulneración de derechos dispuso como medida cautelar la suspensión del régimen comunicacional entre la niña y su padre, lo que fue revocado por resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel reponiendo las cosas al estado que había fijado el Juzgado de Familia de Pudahuel. El tribunal ordenó que se repusiera el régimen de relación directa y regular decretado con antelación. Y en los autos sobre vulneración de derechos se resolvió disponer el cese de la medida de protección, ordenándose la reanudación progresiva del régimen comunicacional.

Asimismo, el Tribunal decretó que tanto el padre como la madre asistieran a una terapia de fortalecimiento de habilidades parentales, sin que conste dicho cumplimiento. En tanto, consta que el padre ha concurrido de manera constante a tales sesiones.

<sup>22</sup> Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 5 de septiembre de 2014, rol N° 81-2014. Recurso de Amparo.

Se celebró una audiencia especial de cumplimiento, previamente analizados esos antecedentes y luego de oídas ambas partes, la madre no proporcionó argumento o justificación alguna que resultara plausible para no dar estricto cumplimiento a lo ordenado por el tribunal, estimándose que la madre ha hecho caso omiso desde 2011 a los reiterados apercibimientos hechos por el Juzgado de Familia de Pudahuel.

Se decreta su arresto y ella recurre de amparo fundamentando la acción deducida: “me negué a cumplir las visitas primitivas, pues implicaba dejar a mi hija todo el día con su supuesto agresor”. La Corte de Apelaciones rechaza la acción constitucional deducida.<sup>23</sup>

Con este caso, se constata que hay situaciones en que el derecho de Familia tiene límites porque presenta comportamientos extrajurídicos como son el resentimiento, odiosidad que siente la madre respecto al padre de su hija, etc. No hay pruebas de abuso sexual, pero ella se convenció de que sí existió la conducta antijurídica.

### 3. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Del análisis de la jurisprudencia es dable concluir que la Ley N° 20.680 ha sido un aporte para resolver los casos de infracción a la relación directa y regular.

En la jurisprudencia analizada se constata la aplicación del principio del interés superior del niño en las sentencias revisadas y la fundamentación de éste, otorgándole contenido para el caso concreto.

Las relaciones conflictivas de los padres hacen que algunas mujeres, que no logran separar la animosidad que sienten contra el padre no custodio, realicen denuncias falsas señalando que el padre comete abuso sexual contra el hijo cuando se realiza la relación directa y regular; con la finalidad de poner fin a toda relación con el hijo. En la mayoría de los casos analizados se ha constatado que, en sede penal, los informes de peritos, en su gran

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 13 de junio de 2014, rol N° 1035-2014. Recurso de Amparo.

mayoría no detectan el abuso sexual. En sede de familia, los peritos encuentran más creíbles los relatos de los menores.

¿Cuál es la labor de un juez frente a las contradicciones? Deberá ponderar los informes, evaluar los riesgos reales para el niño o niña y, de comprobar que no hay riesgo, restablecer el régimen comunicacional. La suspensión de la relación directa y regular injusta infringe el interés superior del niño porque no permite desarrollar una vida familiar sana y el derecho a crecer en un medio ambiente propicio en lo físico, lo espiritual, en lo moral y lo social como prescribe el artículo 27 de la CDN.

La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo o hija, y garantizar la relación directa y regular, sin obstaculizar el régimen comunicacional que se establezca en favor del otro padre, resultan elementos fundamentales a tener en consideración al momento de establecer el cuidado personal y, precisamente, el régimen comunicacional con el padre no custodio. Los incumplimientos reiterados en contra de las resoluciones judiciales son un atentado contra el derecho básico y esencial del hijo o hija de relacionarse en forma permanente y regular con el progenitor con el cual no vive.

### BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, “El principio de la corresponsabilidad parental”, en *Revista de Derecho N° 2*, Universidad Católica del Norte, 2013.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680”, en *Revista de Derecho de Familia*, Volumen I, 2014.
- QUINTANA VILLAR, María Soledad, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

### JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia de 23 de mayo de 2017, rol N° 99861-2016. Corte Suprema.
- Sentencia de 17 de diciembre de 2015, rol N° 6320-2015. Corte Suprema.
- Sentencia de 10 de noviembre de 2015, rol N° 4889-2015. Corte Suprema.

Sentencia de 27 de octubre de 2015, rol N° 3335-2015. Corte Suprema.  
 Sentencia de 4 de septiembre de 2014, rol N° 21334-2014. Corte Suprema.  
 Sentencia de 17 de septiembre de 2014, rol N° 4442-2014. Corte Suprema.  
 Sentencia de 29 de julio de 2014, rol N° 7870-2013. Corte Suprema.  
 Sentencia de 26 de febrero de 2014, rol N° 11486-2013. Corte Suprema.  
 Sentencia de 17 de diciembre de 2015, rol N° 2229-2015. Corte de Apelaciones de Santiago.  
 Sentencia de 13 de junio de 2014, rol N° 1035-2014. Recurso de Amparo. Corte de Apelaciones de Santiago.  
 Sentencia de 9 de octubre de 2012, rol N° 2161-2011, Corte de Apelaciones de Santiago.  
 Sentencia de 28 de diciembre de 2016, rol N° 933-2016. Corte de Apelaciones de San Miguel.  
 Sentencia de 5 de septiembre de 2014, rol N° 81-2014. Corte de Apelaciones de La Serena.  
 Sentencia de 21 de agosto de 2014, rol N° 78-2014. Corte de Apelaciones de La Serena.  
 Juzgado de Familia de La Serena, sentencia de 13 de agosto de 2014, RIT N° C 37-2013.  
 Juzgado de Familia de Talagante, resolución de fecha 25-10-2013, en causa Rit-C 687-2013.  
 Tribunal Constitucional, sentencia de 16 de junio de 2011, rol N° 2699-2014.  
 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012.

BUSCANDO UNA SOLUCIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO  
 DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

LEONOR ETCHEBERRY COURT\*

Así como el incumplimiento de las pensiones de alimentos en nuestro país ha sido un problema sin solución, es posible evidenciar que el fenómeno se replica cuando se trata de la relación directa y regular (en adelante, el “régimen comunicacional”), tanto respecto de quien no cumple con ella, como de quien no deja que se cumpla. Lo que se pretende en este trabajo es tratar de buscar la solución más adecuada para estas infracciones, que protejan por sobre todo el interés superior del niño, su autonomía progresiva y su derecho a la identidad.

El actual artículo 229 inciso segundo del Código Civil establece que “Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”.<sup>1</sup>

“El nuevo contenido del artículo orienta este derecho-deber de relacionarse periódica y sistemáticamente con los hijos desde la perspectiva de la corresponsabilidad, anteponiendo el interés superior del niño a los vaivenes propios de las relaciones de pareja o del ejercicio del derecho del padre o madre. Así las cosas, el énfasis del ejercicio de este derecho-deber no está ya determinado principalmente por unas visitas a los hijos que se realicen periódicamente, en la medida que exista disposición del padre o madre que no vive con los hijos para llevarlas a cabo, sino que más bien por la

\* Profesor de Derecho Civil Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

<sup>1</sup> Ley N° 20.680 (2013).