



Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
ISSN: 0120-3886
Universidad Pontificia Bolivariana

Barcia Lehmann, Rodrigo
Determinación del contenido de la relación directa y regular en Chile
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
vol. 48, núm. 128, 2018, Enero-Junio, pp. 49-72
Universidad Pontificia Bolivariana

DOI: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v48n128.a02>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151459455002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UPEL
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Determinación del contenido de la relación directa y regular en Chile

Determination of the content of the direct and regular
relationship, in Chile.

Determination du contenu de la relation directe et
régulier dans Chile

Determinação do conteúdo da relação direta e regular
em Chile

Rodrigo Barcia Lehmann*
orcid.org/0000-0003-1021-446X

* Magíster en Economía y Dirección Internacional de Empresas, Instituto Carlos V de la Universidad Autónoma de Madrid, España. Magíster "European Master in Law and Economics", Erasmus Programme, Alemania y España. Profesor de Derecho Civil. Correo electrónico: rodbarlehmann@gmail.com.

Cómo citar este artículo:

Barcia, R. (2018). Determinación del contenido de la relación directa y regular en Chile. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 48 (128), pp. 49-72.

Recibido: 23 de enero de 2018.

Aprobado: 6 de marzo de 2018.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo determinar el contenido de la relación directa y regular (RDR), conforme a la Ley N° 20.680, y al principio del interés del niño, revisando brevemente la jurisprudencia de tribunales posterior a la referida ley en torno al referido contenido. A dicho efecto se recurre la crianza y educación que debe proveer el padre no custodio como contenido de la RDR.

Palabras clave

Relación directa y regular, visitas, custodia.

Abstract

The present article seeks, as a goal, determine the content of the direct and regular relationship, according to the law N° 20.680 and the principle of the best interests of the children's, reviewing briefly the subsequent jurisprudence to the Act on the basis of the content of the direct and regular relationship. To make it, the parenting and education that the non-custodial parent should provide, as the content of the direct and regular relationship, is used.

Key words

Direct and regular relationship, visit and custody.

Résumé

Cet article a comme objectif déterminé le contenu de la relation directe et régulier (RDR), d'accord avec le Loi N°20.680, et le principe d'intérêt de l'enfant, en examinant brièvement la jurisprudence des tribunaux postérieur. À cet effet, recoure l'élevage et l'éducation qui doit fournir le parent pas tuteur comme contenu de la RDR.

Mots clés

Relation directe et régulier, visites, gardien.

Resumo

O presente artigo tem como objective o determinar o conteúdo da RDR, conforme à Lei N° 20.680, e ao princípio do interesse do menino dever, revisando brevemente a jurisprudência de tribunais posterior à referida lei em torno do referido conteúdo. O dito efeito recorre-se a criação e educação que deve prover o pai não custodia como contido da RDR.

Palavras-chave

Relacionamento direto e regular, visitas, custódia

Introducción

Uno de los principales objetivos del derecho de infancia, sobre todo después de la Reforma chilena de 2013, es el promover que ambos padres, aunque estén separados y tengan diferencias, participen en la crianza y educación de sus hijos¹. Por ello la Reforma se sustenta en el principio de la corresponsabilidad establecido en el artículo 224 del Código Civil Chileno (CC, de ahora en adelante). Sin perjuicio de lo anterior, los tribunales están aplicando la relación directa y regular (RDR, de ahora en adelante) del mismo modo que lo hacía antes de la referida Ley. Constatado lo anterior, el presente artículo sugiere criterios específicos conforme a los cuales los tribunales pueden determinar el contenido de la RDR.

El carácter dual de la RDR: como deber respecto del hijo y como derecho privilegiado de los padres

La Reforma del 2013 estableció como un derecho deber del padre no custodio la participación en la crianza y educación de los hijos, modificando el contenido del cuidado personal y de la RDR². El artículo 229.1° y 2° del CC, en la redacción que le dio la Ley N° 20.680, delimitó lo que se entiende por RDR:

- 1 A pesar que en este análisis no es necesario recurrir al sexo de los padres –y que por ello es preferible hablar, en un sistema como el nuestro de asignación unilateral de cuidado personal, en caso de conflicto entre los padres, de padre custodio y no custodio–, no cabe duda de que el gran ausente en la relación de filiación es el padre, más que la madre. Y ello genera una serie de problemas para la familia que afecta naturalmente al padre –que pierde o se aleja de sus hijos–, a la madre –que adquiere una responsabilidad que muchas veces eclipsa su desarrollo como individuo– y sobre todo al propio niño. Véase (Cohen, 1987, pp. 267-303; Sierra, 2008, pp. 43-54; Valdés, 2009, pp. 385-410; Vilches, 2008, pp. 133-141)
- 2 En este sentido para la mayoría de la doctrina chilena el cuidado personal comprendía la crianza y educación, y la RDR un deber de mantener un contacto con el hijo. Así, se ha dicho que: “[N]uestra legislación establece diferencias claras entre el derecho-deber de cuidado personal de los hijos, por una parte, y el derecho-deber a mantener un régimen de relación directa y regular con éstos, por otra. El primero, como se ha señalado, otorga al padre titular del mismo el deber de asegurar la crianza y la educación del hijo(a). El segundo, en cambio, reconoce el derecho de este último a mantener un contacto regular con su padre o madre con el cual no convive (Lenón, y Lovera, 2011 p. 137) Gómez de la Torre señala que la RDR es un derecho-deber que permite un contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, en procura del desarrollo afectivo, emocional y físico en los casos en que no exista entre ellos una cohabitación permanente. (Gómez de la Torre, 2014, pp. 39-58)

(...) El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. (Inciso 1°)

En tanto, el inciso 2° de la misma norma establece: “[S]e 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”.

La delimitación de la RDR es un régimen que regula los derechos de filiación del padre no custodio. Así, se tiene que el artículo 229 CC se sustenta en los artículos 8.1 y 9.3 de la Convención de Derechos del Niño (CDN, de ahora en adelante) y conforme a ello se puede concluir que, en principio, la RDR se aplica solo respecto del padre no custodio. Esta, aunque es una solución general, tiene excepciones en algunos casos de custodia compartida³ y respecto de los abuelos (artículo 229-2, CC). A su vez, la doctrina discute si la RDR es un derecho, una facultad o un deber. Para Gómez de la Torre, la RDR es un “derecho-deber” (Gómez de la Torre, 2008, p. 125). Además de ser un deber, es un derecho por cuanto es parte del contenido de los derechos de filiación del padre no custodio. Acuña (2014) es de la opinión que en la RDR:

(...) Es necesario tener presente que hay unos intereses y fines legítimos, resguardados también por el legislador, que son propios de los adultos y que tienden al desarrollo de un aspecto de su personalidad: el ejercicio de aquellos deberes también es un derecho para los padres que les permite cumplir finalidades propias, desarrollar y gozar plenamente de su paternidad y de su maternidad como aspectos humanos que tienden a su propio bienestar, conjuntamente con la formación integral y plena de sus hijos. (p. 30)

3 Así, los padres podrían acordar un sistema de residencia alternado temporalmente extenso, por períodos superiores a seis meses, en cuyo caso se justificaría una RDR respecto del otro padre custodio. En dicho caso, cabe preguntar: ¿el padre que no resida con el menor tendrá las facultades y deberes, que provengan de la custodia compartida o la corresponsabilidad o de la RDR? Este es un tema que por sí solo amerita un análisis detallado, que excede el presente trabajo. En contra de la tesis véase (Rodríguez, 2014, p. 96)

En igual sentido se manifiesta Espejo (2009), quien reconoce en el derecho de la infancia una triple faceta respecto de la relación filial. La primera, y tal vez la fundamental, es como un deber –que genera un deber de cuidado de los padres respecto de sus hijos–; pero también existe una segunda faceta, como derecho o privilegio, que representa un derecho fundamental de los padres con relación a los hijos a criarlos y educarlos (que por lo demás está ampliamente reconocido). Y, finalmente, la relación filial tiene un contenido de responsabilidad, que es contrario a la discrecionalidad en las facultades y derechos de los padres respecto de sus hijos, es decir, que opera como un principio de protección de la infancia (Espejo, 2016, p. 209). Todas estas facetas están presentes en la RDR, dado que es un deber-facultad fundamental del padre no custodio.

La RDR ha evolucionado desde las concepciones que la consideraban como un deber de los padres, establecido en beneficio de los hijos, a una visión comprensiva del derecho fundamental de los padres de criarlos y educarlos. La posición intermedia, que considera a la RDR solo como un deber, fue una respuesta a la tesis decimonónica de entender que el padre –y no la madre– tenía un “poder” sobre los hijos. Así, Hamilton y Standley (1995) sostienen que los padres tienen un deber de cuidado hacia el menor y un derecho y deber de tomar decisiones en beneficio de este. Tal visión –que entendía a la RDR exclusivamente como un deber– es precisamente la que hoy en día se está revisando en el derecho comparado, a través de los sistemas de custodia conjunta⁴.

Este deber-facultad emana de la dignidad del ser humano (Negroni, 2014, pp. 103-126), ya que es la forma en que concretizan la formación que deben otorgar los padres a los hijos, y la facultad que tienen los hijos de exigir el desarrollo de sus derechos de la personalidad. En el desarrollo de la personalidad de los hijos, los padres tienen un rol fundamental en el aporte de aspectos sociales, intelectuales y culturales, que están en íntima relación con los derechos que garantiza la CDN. El carácter dual de la RDR está dado por ser, a la vez, un deber para el padre no custodio, y un derecho privilegiado en torno a la crianza y educación de los hijos.

4 En este sentido, Bainham y Cretney (1993) señalan que los padres no solo tienen deberes, sino derechos. Los referidos autores critican la versión de los años ochenta del siglo pasado por la cual lo esencial era entender al derecho de la infancia como un derecho protector con deberes para los padres conforme al interés superior del niño. Los referidos autores indican: “[T]his view of parenthood as embracing powers in order to discharge responsibilities accords with what has been termed the ‘exchange view’. Parents have rights because they have responsibilities and they have responsibilities because they have rights” (Bainham, y Cretney, 1993, p. 95)

La Ley N° 20.680, específicamente a través del artículo 224, desarrolla una concepción de la RDR, vinculada a la corresponsabilidad de los padres, que tiene como sustento el fomento de acuerdos cooperativos entre ellos. Y dichos acuerdos son una de las formas de manifestación del interés superior, que la CDN promueve.

La visión colaborativa del Derecho de la Infancia está presente en la CDN, como señala el Comité de Derechos del Niño a raíz de la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), cuando señala que:

5. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana.

Este instrumento es especialmente importante por cuanto interpreta el artículo 3 de la CDN, que es vinculante para los tribunales. La norma precedente establece que:

[E]n 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.

Y la extensión que se le da a la expresión: “todas las medidas concernientes” es sumamente amplia, comprendiendo naturalmente a la RDR. A similar conclusión es posible arribar, respecto de las acepciones contenidas en las letras b) y c) de la referida observación. El interés superior debe ser evaluado y determinado conforme a la identidad del niño y preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. El segundo de los criterios, contenido en la letra c) precedente, atiende al mantenimiento de las relaciones, y es sumamente claro al señalar:

(...) Cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas

y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas. (Comité de Derechos del Niño, 2013, p. 15)

En el Derecho de los Estados Unidos existen interesantes trabajos que se centran en lo que se ha denominado “*family association rule*”, y que evitan entender al interés superior del niño como una regla cerrada⁵.

La dualidad de la RDR se traduce en un deber-facultad recíproco o correlativo, de doble titularidad, en cuanto a que el padre no custodio puede exigirlo al menor y el menor también puede exigir al padre custodio y no custodio su ejecución (Taraborelli, 1997, p. 873).

Para Acuña (2014) no se trata de un deber recíproco, por cuanto tendría alcances diferentes según si analiza desde la perspectiva del padre o del hijo (p. 31). La dualidad en la RDR no es simétrica por cuanto desde la perspectiva del niño, atiende a su desarrollo como individuo. Así, por ejemplo, la mayoría de los derechos que establece la CDN, atienden a este aspecto⁶. Y ciertamente los jueces deben atender a estos derechos para resolver problemas entre los padres o de estos con los hijos. En cambio, respecto de los padres, se debe determinar el contenido de la RDR a lo menos respecto de su contenido objetivo, es decir, conforme a lo que se entiende por principio de interés superior del niño en abstracto. Lo anterior es independiente que, en concreto, la RDR pueda ser corregida conforme a una concepción sustantiva de los derechos fundamentales. El presente trabajo solo se detiene en el contenido abstracto de la RDR, lo que no impide que los jueces puedan hacer las correcciones que sean necesarias conforme al principio del interés superior del niño en concreto. Para finalizar es necesario aclarar que la RDR, en su fase de derecho privilegiado de los padres, atiende a la titularidad de los padres respecto de los derechos de filiación con relación a los hijos (artículo 224 CC) y en fase de deber atiende más al contenido de la RDR (artículos 224 y 229 CC). Naturalmente ambas expresiones se aplican conforme al principio del interés superior del niño.

5 Este criterio es una evolución de las reglas del “*statu quo*”, el “*best interest of the child test*” o de “*custodial parent presumption*”. La corresponsabilidad en sí misma obedece a una regla a favor de custodias conjuntas y su vinculación con la RDR puede llevar a acuerdos colaborativos ex – ante en la medida que la regla sea efectivamente la corresponsabilidad de ambos padres (Weiner, 1997, pp. 1625-1779)

6 Así la CDN establece en los artículos 6 (derecho a la vida e integridad personal), 7 (derecho al nombre), 8 (derecho a la identidad), 9 (a no ser separado de sus padres), 12 (de opinión), 15 (libertad de expresión), 19.1° (no abuso de los menores cuando estén bajo la custodia de los padres), 20.3° (continuidad de la educación religiosa), 23.3° (esparcimiento y desarrollo cultural y espiritual en la máxima medida posible), 24.2° letra e), entre otros.

Contenido de la RDR, antes y después de la Reforma

En Chile, Acuña (2014, pp. 182-189) señala que el contenido de esta figura tiene una tipología muy abierta, que exige una concreción por parte por el juez o del acuerdo de los padres, conforme al interés superior del niño y que no atiende a un tiempo, modo o lugar de otorgamiento.

El contenido tradicional de la RDR: visitas, comunicación y establecimiento

Las visitas

El Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre del 2003, define las visitas como el derecho de trasladar al menor de un lugar a otro, sin derecho de estancia por un período limitado⁷. Las visitas, por tanto en la actualidad, representan un contenido mínimo de la RDR⁸. Y, además, a las visitas se le ha dado un contenido específico, como un derecho de libre acceso del padre hacia el hijo y del hijo al padre. Un derecho a juntarse con plena libertad⁹. Naturalmente, este derecho estará determinado por la edad del niño y la no afectación de los deberes y facultades del padre custodio.

Las visitas son especialmente pertinentes respecto de sujetos diferentes a los padres. Así, las visitas se aplican respecto del cónyuge o pareja que, no siendo padre o madre, tiene un rol en la crianza y educación de los hijos de

7 Váldes (2009) se refiere a los efectos que en Chile ha generado la forma en que se aplicó el denominado régimen de visita.

8 A este respecto es interesante traer a colación lo que se señala en el mensaje del anteproyecto de ley española sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio: "[E]n cuanto al concepto de visitas, es claro que este término se queda corto y obsoleto para las pretensiones de la reforma, que persigue subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor" Ministerio de Justicia de España MJE (2011, p. 10). En igual sentido lo establece la jurisprudencia española hace mucho tiempo. A vía ejemplar sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 9 de marzo de 1995 (N° 15/1995), establece como un derecho de visitas mínimo, el que el padre fuese a buscar y dejar a su hijo desde la casa al colegio.

9 Acuña a este respecto, siguiendo a Rivero (1996) se refiere a "un derecho a relacionarse con los hijos" y a "un derecho a visitar al menor cuando lo estime pertinente", como derecho del padre, pero su carácter dual nos lleva a que sea el hijo quien ejerce el derecho. Y ello es evidente desde que los adolescentes tienen capacidad extrapatrimonial. (Acuña, 2014, p. 183)

su ex cónyuge o ex pareja¹⁰. En estos casos son especialmente importantes los alcances procesales de la regulación civil, desde que se puede llegar a acuerdos entre los padres respecto de un tercero al juicio, como los abuelos, parientes o ex-cónyuge/pareja de uno de los padres. Se suele entender que estos acuerdos benefician a los hijos y a la persona a favor de la cual se establece la visita, pero estas podrán solicitar directamente un régimen diferente¹¹. En los países que mantienen la distinción entre adopción plena y simple, se plantea el problema de determinar si los padres biológicos gozan de derecho de visitas. En la Argentina, tanto antes como después de la reforma a su Código Civil, aunque los adoptantes sean privados de la tenencia, tendrán régimen de visitas¹². La tendencia que se ha comenzado a imponer, sin embargo, es la opuesta, salvo alguna sentencia excepcional que admite el régimen de visita de los padres biológicos en la medida que ello sea beneficioso para el niño¹³. En torno a la visitas en el tribunal (en un horario preestablecido), práctica judicial que se aplicaba en muchos casos antes de la reforma, hoy estaría –salvo peligro para el niño–, prohibida (Quintana, 2015, pp. 371-372).

El derecho de comunicación propiamente tal

Este derecho comprende todos los medios de comunicación, escrito, oral o visual, incluidas las nuevas tecnologías. Este deber-facultad conlleva el deber del padre custodio de cooperar para que la RDR sea posible. Y este deber no es solo de abstención, en el sentido de no entorpecer su ejercicio, sino que también comprende la realización de los actos que lo hagan posible por parte del padre custodio y es oponible al Estado¹⁴. Este derecho de comunicación

10 En el Derecho de los Estados Unidos la terminología utilizada para el cónyuge o pareja de uno de los padres o madres es *step-parents*. En los EE.UU. desde hace tiempo se reconoce un régimen de visitas, aunque restrictivo, a los *step-parents*. Un primer caso fue el de *Evans v. Evans* (488 A.2d 157 Md. 1985) en que la CS de Maryland revocó la decisión de otorgar derecho de visitas a los padres biológicos, padre adoptivos y abuelos. Otro *leading case* sería el de *Spells v. Spells* (378 A2d 879 Pa. Super. Ct. 1977). En estos casos se ha recurrido a la figura de *in loco parentis*, es decir, se otorga régimen de visita a los cónyuges o parejas que efectivamente hayan cumplido roles que son asimilables a los filiales. Se trata de un interés digno de ser protegido (De Witt Gregory, Swisher, y Wolf, 2005, pp. 493-494).

11 De esta forma el acuerdo, ni la sentencia judicial afectarían a estos terceros, sino en *favor filii*. (Conde-Pumpido, 2011, p. 9)

12 (Taraborrelli, 1997, p. 869).

13 El Código Civil Argentino mantuvo la figura de la adopción simple y permitió que la familia biológica tuviese derecho de comunicación (nuevo artículo 627).

14 Así lo entendió la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 2 de abril de 1998, que exonera al padre de ir a dejar y buscar al menor al domicilio de la madre en Madrid. Y establece la obligación de la madre de dejar al menor a cargo de una compañía de transporte, que presta el servicio de transporte de menores entre Barcelona y la referida ciudad.

se debe establecer lo más amplio posible, salvo concurrencia de causa grave que lo impida (Vásquez, 2008, p. 2). A su vez, respecto de niño en régimen de privación de libertad, se aplica el artículo 21 de la Ley N° 20.032, que establece:

[E]l director de la residencia asumirá el cuidado personal y la dirección de la educación de los niños, niñas y adolescentes acogidos en ella, respetando las limitaciones que la ley o la autoridad judicial impongan a sus facultades, en favor de los derechos y de la autonomía de ellos, así como de las facultades que conserven sus padres o las otras personas que la ley disponga.

Por lo que, en principio, la RDR se mantendría respecto de estos hijos¹⁵, pero como un derecho de comunicación dada la restricción en su establecimiento.

La estancia o establecimiento

Este término comprendería la permanencia más o menos estable en el tiempo del hijo en la residencia del padre no custodio¹⁶. En Chile, antes de la promulgación de la Reforma del 2013, lamentablemente éste era el único contenido de la RDR¹⁷.

En algunos ordenamientos jurídicos, como el español, se hace una referencia concreta a este contenido. Así, a este término se refiere el artículo 90 del CCE, preceptuando: “régimen de visitas, comunicación o estancia”. La doctrina suele señalar que esta distinción no tiene demasiada aplicación práctica, constituyendo una distinción meramente teórica (Echarte, 2000, p.17). Sin perjuicio de ello, la estancia en muchos aspectos se vincula con la

15 (Cortázar, 2015, p. 2). En España este derecho se extiende a los padres que tuvieren la patria potestad respecto de los hijos que se encuentren sometidos a proceso o privados de libertad; y se ha entendido que, en estos casos, el derecho de comunicación corresponde a ambos padres.

16 A este respecto, en el mensaje del anteproyecto de ley española, en actual tramitación, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, se señala: “[P]or ello, se ha superado dicho término y ahora no se habla de guardador o custodio, o de visitas en relación con las relaciones con los progenitores, sino de convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente. Aquí, es también de destacar que el juez deberá, con carácter obligatorio, pronunciarse sobre este régimen de relaciones familiares, ponderando para ello los criterios anteriormente referenciados y solicitando, en caso de ser necesario, el dictamen de un experto y un análisis sobre la conveniencia o no de su establecimiento” MJE (s.f., p. 10)

17 De La Torre señala que: “[R]especto al contenido de la relación directa y regular, esta se caracteriza porque el padre o madre que no tiene el cuidado personal del hijo pueda tenerlo consigo en determinados días y horarios, conforme a lo que por convenio acuerden los padres o a lo que judicialmente se establezca”. Gómez De La Torre, (2012, p. 127)

guarda y custodia. En consecuencia, esta distinción tiene una importancia fundamental, por ejemplo para determinar la responsabilidad del padre por el hecho de sus hijos. Por otra parte, como ocurre en la mayoría de las veces, el establecimiento en muchas ocasiones se lleva a cabo en la casa del padre no custodio o de un ascendiente de este. En otros países, dadas las exigencias del trabajo y la imposibilidad de dejar a los hijos con alguien, se les da a los niños mayores de doce años y a los adolescentes llaves del hogar del padre no custodio¹⁸.

El contenido de la RDR fijado de forma funcional por la Reforma del 2013: La crianza y educación del padre no custodio

La Ley N° 20.680 sumó al contenido precedente un deber facultad de crianza y educación, que se aprecia funcionalmente conforme a las siguientes reglas:

Sustento teórico de la participación del padre no custodio en la crianza y educación de sus hijos

Lo que se busca a través de la Reforma del 2013 es evitar que el padre no custodio se transforme en un visitador, es decir, que el padre custodio se ocupe de la crianza y educación y el padre no custodio de la entretención. El que ambos padres estén obligados a ocuparse del desarrollo de los derechos de la personalidad de sus hijos, es el objetivo de la Reforma¹⁹.

18 En este sentido García señala que: "[D]ichos menores al llegar a su hogar no se encuentran a ningún padre que se haga cargo de su cuidado y atención. De este modo estos niños realizan sus tareas escolares sin supervisión alguna, lo que normalmente va en detrimento de su rendimiento académico y, además, pasan la mayoría su tiempo libre en su dormitorio que, con la existencia de una tecnologización creciente, muchas veces está muy equipado" (García, 2013, p. 28).

19 La regla general es que el padre no custodio se ocupe de la diversión y el padre custodio de la crianza y educación de los hijos. En España los hijos señalan que lo que más les gusta de estar con el padre no custodio son "las actividades fuera de casa". De acuerdo a una encuesta realizada en España, esta es la respuesta del 82% de los niños con padres separados. Este porcentaje no variaría demasiado en otros países europeos. En este sentido la referida autora nos señala que: "[c]oncretamente, señalan que lo que más les gusta es realizar actividades con el padre fuera de casa (82%) ("salir a comer o al parque", P.- 6 años) y lo que menos no hacer cosas fuera del hogar (52,5%) ("no ir al cine o a ver un partido de fútbol", J. A.- 7 años), seguido de las tareas obligatorias (18,6%) ("tener que recoger la mesa después de comer", G.- 7 años).

La adopción de esta posición ha sido el resultado de una evolución importante del derecho de la infancia. La incorporación del padre no custodio en la crianza y educación de los hijos no era aceptada hacia finales de los años ochenta. En dichos años predominaba la tesis, sostenida por Goldstein, Freud y Solnit, que sostenía que la ruptura de la relación de los padres necesariamente generaba una afección psicológica en los hijos. Estos autores crearon la denominada *BBI* (*beyond best interest of the children*) para identificar su teoría²⁰. En la determinación del cuidado personal se debía preferir la estabilidad emocional del niño y el sentido del tiempo con relación a los procesos psicológicos de la infancia. Así, independientemente de la separación y del divorcio, la custodia debía determinarse lo antes posible por el juez para evitar generar una inestabilidad emocional del niño²¹. Finalmente, estos autores entienden que el derecho solo puede destruir o mantener relaciones, pero jamás podrá prever ni incentivar comportamientos futuros. Por tanto, el juez, consecuentemente con ello, debía inclinarse a favor del *statu quo*²². En definitiva, lo que *BBI* promovía era el otorgar a un padre derechos de custodia, y al no custodio dejarlo en la práctica con unos derechos de filiación desnudos²³. Esta posición en la actualidad ha sido totalmente desechada. Batt rechaza el *BBI* como criterio determinante del interés superior en la asignación de derechos de filiación por incompleto, ya que la proyección del desarrollo de la personalidad del niño es un criterio fundamental para asignar los derechos de filiación²⁴. Así, criticando al *BBI*, Batt señala:

Casi un 30% no sabe indicar qué es lo que menos les gusta de los fines de semana que pasan con su padre" (Morgadoa, 2010 p. 47)

- 20 Este modelo se basaba en el concepto de *psychological parents*, que se inclina por el padre que otorga estabilidad emocional al hijo (Goldstein, Freud y Solnit, 1973.)
- 21 En este sentido Batt señala que: "[A]nother concept fundamental to the *BBI* model is the idea that custody decisions should reflect the child's sense of time. This sense of time depends upon where the child is in the process of psychological development" (Batt, 1992, pp. 630 y 631).
- 22 Los referidos autores son de la opinión que: "[t]he...greater damage can be predicted to the child's psychological well-being when the child is young and the period of separation is protracted or uncertain" (Batt, 1992, p. 632)
- 23 En este sentido se ha señalado respecto de esta posición que: "[i]f one accepts the *BBI* view, non-custodian visitation and modification based on change of circumstances are disallowed" (Batt, 1992, p. 632).
- 24 A este respecto el autor analiza un interesante caso (Painter vs. Bannister) por el cual la Iowa Supreme Court asignó el cuidado de un nieto a los abuelos maternos, que de hecho la venían ejerciendo. El padre dejó a su hijo con los abuelos maternos, debido a la depresión que le generó la muerte de la madre de su hijo. Luego, cuando tuvo una pareja decidió solicitar a la Corte una orden de restitución del hijo, ante la oposición de los abuelos, que terminó en un juicio de custodia. La Corte falló a favor de los abuelos. Batt criticó dicho fallo por cuanto este no analizó el desarrollo de los derechos del hijo, que en su concepto se lograría claramente de mejor forma con el padre por ser este profesional, un político liberal y una persona preocupada de su hijo; en cambio los abuelos maternos presentaban una forma rígida de ver

[A]ccording to the BBI originators, the family-of-privacy has “one person in authority”. This person protects the child from outsiders and acts as the fount of all wisdom (...) The patriarchal era is coming to an end, but the predilection of some for mono-authority survives. One should not be concerned that in the BBI post-divorce and post-separation family, the new single authority is most frequently the mother. (Batt, 1992, p. 666)²⁵

Este modelo ha sido desechado por cuanto se centraba en una familia matrimonial o tradicional, que transmitió el poder del padre sobre los hijos a la madre. Batt critica la noción que el *BBI* desde dos perspectivas. La primera es que el *BBI* entiende que la asignación legal de custodia es un *bad bargain* (Batt, 1992, 671). Y la segunda crítica es fundamental desde que rechaza la tesis eminentemente sexual –que se sustenta en el psicoanálisis freudiano– en que se basa el *BBI*, inclinándose por otras tesis psicológicas, como la planteada por Erik Erikson, que en lugar de ordenar las etapas de las personas basadas en aspectos sexuales, lo hace de acuerdo con el entorno social (Batt, 1992, 676-685).

Este deber-facultad tiene un contenido esencial, que consiste en: “propende[r] 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” y en que en su determinación:

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. (Artículo 229.2° y 3° CC)

y entender el mundo, que no se adaptaba a la edad del niño. Batt critica fuertemente al *BBI*, señalando que: “[a]s indicated, the BBI approach may produce decision outcomes which do not meet the child’s psycho-social best interests, however, the strict application of the model may beget monsters of jurisprudential injustice”. Y luego, se pregunta, siguiendo Dr. Hollander, si el criterio de la Corte habría sido el mismo si el cuidado hubiese estado en manos de unos secuestradores del niño por un período de cuatro años. En dicho caso el criterio del *BBI* podría llevar a que se prefiera a los secuestradores sobre los padres. (Batt, 1992, pp. 634-656).

25 Además, el referido autor agrega que: “I. [the trial court] gave substantial weight to the fact that the children always have been in the wife’s care. Their psychological attachment to her as the only continuous parent figure they have known is a strong reason for the trial court’s decision, and after balancing the applicable factors, we come to the same conclusion the trial court did. . . . What registers in [children’s] minds are the day-to-day interchanges with the adults who take care of them and who, on the strength of these, become the parent figures to whom they are attached” (*BBI* (1973), *supra* note 4, at 262. In many of the cases in which the courts adhere ‘to the BBI approach, decisions appear to be almost decisions by paraphrase or quotation’)” (Batt, 1992, pp. 622 y 629).

El primer inciso comprendería las visitas, la comunicación y el establecimiento (en los términos planteados en la primera parte de este acápite), y el segundo sería una forma de concretizar los derechos de crianza y educación que tiene el padre no custodio (es lo que ahora estamos analizando). Ello por cuanto la RDR debe conllevar necesariamente a la obtención, gracias a la intervención judicial, de una relación sana y cercana del padre no custodio.

Este deber-facultad está íntimamente ligado con la corresponsabilidad, como se desprende del artículo 224 CC. El juez, conforme a esta norma, tiene un deber de resguardo en torno a la forma en que el padre no custodio participará “en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”, y cómo el único deber-facultad establecido por la Reforma, para el padre no custodio es la RDR, a través de ésta deberá aplicar la norma.

La vinculación entre estas dos disposiciones, es decir, entre la crianza y educación de los hijos, como deber-facultad conjunto y la RDR se habría puesto en evidencia en la discusión de la Ley N° 20.680, sobre todo respecto de la corresponsabilidad. La moción de los diputados Ojeda, Schilling, Venegas, Goic, Muñoz y Saa (Boletín N° 7007-18), sostiene respecto del artículo 229 CC, que:

[D]e acuerdo a lo dispuesto actualmente en el Código Civil, en particular, en el artículo 224, existe respecto a los padres un derecho-deber de crianza y educación que corresponde a ambos por su calidad de tales, y no por tener a su cargo el cuidado personal del hijo o hija. Por esta razón, si los padres se encuentran separados, no solo mantiene este deber quien asume el cuidado personal, sino también a aquel que está privado de él, ya que se trata de un derecho y una responsabilidad de ambos.

Y a ello se agrega que en la indicación, en que se estableció la actual regulación de los incisos 1° y 2° en la discusión del Congreso, se señalará en la letra e) del “II. Contenido de la indicación”, que: “[F]avorecer las relaciones directas y regulares entre el padre no custodio y el hijo y la corresponsabilidad en el cuidado por parte de madre y padre”²⁶. Esta posición se ve avalada por el artículo 236 CC que establece que los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida.

26 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2013, pp. 12 y 19).

Por tanto, el juez tiene el deber de garante respecto de la determinación de las formas concretas en que el padre no custodio participará en la crianza y en la educación de sus hijos.

La crianza y educación del padre no custodio se extiende a lo cotidiano

Un tema que se debe dilucidar es, si luego de la Reforma del 2013, el cuidado personal se ha visto alterado en el sentido que la RDR alcanzaría aspectos cotidianos de la crianza y educación de los hijos.

En el derecho chileno, de una forma incipiente, una parte de la doctrina ha intentado determinar los alcances del artículo 224 CC en atención al cuidado personal y la RDR. La CDN naturalmente ha influido en la adopción de la corresponsabilidad, en el proceso de promulgación de la Ley N° 20.680. La CDN, en su preámbulo, reconoce que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño, este debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. El Derecho debe propender a que ambos padres, aunque estén separados, participen de forma activa en la crianza y educación de sus hijos. Acuña (2013) recalca que la corresponsabilidad tiende a reconocer la realidad, promoviendo que ambos padres jueguen un rol en la crianza y educación de los hijos y que ello no se adscriba exclusivamente al padre custodio, ya sea el padre, como ocurría en el derecho preindustrial, o a la madre, como sucede a partir de la revolución industrial. Arancibia y Cornejo (2014) agregan que la corresponsabilidad de los padres afecta aspectos relacionados con lo cotidiano, estableciendo deberes y facultades conjuntos²⁷. En definitiva, el padre no custodio participa en la vida cotidiana del niño, con relación a su crianza y educación. Ello independientemente que hay aspectos de la crianza y educación que son necesariamente conjuntos. Esta discusión

27 Así, los referidos autores, señalan: “en virtud del cual “ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos” (art. 224 inc. 1° CC), en términos tales que parece restringir el antiguo concepto de cuidado personal a un elemento más bien de carácter material, referido a quien vivirá de manera regular con el niño y lo tendrá bajo su cuidado directo. En efecto, frente a este concepto de cuidado personal, la corresponsabilidad aparece como un término amplio, que exige un involucramiento directo y continuo de ambos padres en la crianza del hijo, el cual abarca desde el derecho-deber que tiene cada padre de definir cómo será criado su hijo y qué valores serán transmitidos en un ambiente de cariño y que al mismo tiempo incentive su desarrollo intelectual, hasta la toma de decisiones sobre su enseñanza, comprendiendo tanto aspectos académicos como los sociales, incluyendo el saber compartir, el ser sociable, respetuoso, honesto y tolerante. Estos derechos y deberes propios de la relación paterno-filial son tan fuertes, que no es de extrañar que autores modernos pongan énfasis en su carácter indisoluble” (Arancibia y Cornejo, 2014, p. 303).

ya se ha producido en el derecho español en el cual el conflicto se produce entre guarda unilateral y titularidad y ejercicio de la patria potestad conjunta. Rabadán sostiene que para evitar confusiones –dado que por regla general el ejercicio de la patria potestad es conjunto– en los casos de separación de los padres en lugar de ejercicio se hable de ejercicio impropio de la patria potestad, es decir, en esta situación habría que referirse a: guarda y custodia; visitas y ejercicio impropio de la patria potestad (Rabadán, 2011, pp 44-45). Y el contenido de cada uno de estos derechos estaría dado por la guarda y custodia, que implica el ejercicio de facultades concretas de la patria potestad relacionadas con el cuidado directo del menor, que requieren de convivencia, por lo que es ostentada por el padre que viva con el menor; el derecho de comunicación, que corresponde al padre que no vive con el menor, y que se plasma en el “tener a los hijos en su compañía” y, finalmente, las facultades de la patria potestad que no están integradas en la guarda, o ejercicio impropio de la patria potestad (Rabadán, 2011, p. 45).

Una variante de esta posición considera que la guarda y custodia nunca pueden ser exclusivas. Ello se debe a que todo régimen de comunicación y relación personal entre el padre conlleva a que tal exclusividad no exista, ya que cuanto menos, hay una corresponsabilidad en la guarda durante el fin de semana o durante el tiempo en que se encuentre bajo el cuidado del progenitor no custodio. Es más, en sentido amplio, la persona responsable de la guarda y custodia la suele compartir varias veces a la semana o en el mismo día (con aquellos que participen en la instrucción escolar, actividades de ocio y recreación o cuidados domiciliarios como familiares, amigos, vecinos, profesionales de contratación privada, entre otros). De manera que más que guarda y custodia exclusiva, se trata de una guarda y custodia principal. La consecuencia de la concepción de la guarda y custodia como exclusiva y excluyente es el no reconocimiento jurídico del grupo de convivencia familiar monoparental (Almela, 2012, p. 117). Esta parece ser la posición más adecuada en el derecho español, y en Chile, ya que independiente de la residencia, más o menos permanente que tenga el hijo con el padre custodio, lo cierto es que no existe ningún sustento para excluir al padre no custodio de las decisiones relevantes de la vida del menor, y de algunos aspectos relacionados con su vida cotidiana²⁸.

28 Lo cotidiano se vincula con la responsabilidad civil del padre no custodio respecto de la culpa objetiva, que se puede exigir a los padres por un acto concreto del menor en que no incide su educación. La relación de estas tres posiciones se evidencia en el derecho español en el artículo 1903 del CCE, que establece que: “[l]os padres son responsables de los daños causados por los hijos, que se encuentren bajo su guarda”. Zarraluqui (2003) realiza un acabado estudio de

En definitiva, existen aspectos relacionados con lo cotidiano –respecto de la crianza y educación– en las que debe participar el padre no custodio, aunque el padre custodio sea el que tenga un rol preponderante. Y ello es todavía más claro entre nosotros que contamos –a diferencia del derecho español que ha debido darse un largo rodeo para llegar a estas conclusiones–, con los artículos 224 y 229 CC, que se refieren al mismo supuesto: padres separados. Estos aspectos deben desarrollarse conforme al principio del interés superior y comprenden aspectos que van desde ir a buscar al niño al colegio, ayudarlo en tareas específicas de su vida diaria, como las tareas del colegio, participar y promover aspectos relacionados con el esparcimiento del niño, colaboración con el padre no custodio en caso que este tenga problemas, etcétera. La distinción entre guarda principal –que sería la que le corresponde al padre custodio– y guarda complementaria y accesoria –que es la que le corresponde al padre no custodio– permitiría aplicar de mejor forma el artículo 224 CC conforme al principio del interés superior del niño.

La RDR como una herramienta preferente para el desarrollo de los derechos de la infancia

La crianza y educación –como se ha analizado– determinan el contenido de la RDR, con mira al desarrollo de la personalidad de los hijos, e integra todos los derechos fundamentales de estos. Así, la crianza y educación comprende, en su fase de derechos de la infancia, los derechos al nombre; a saber su origen biológico (acceso a archivos); a la identidad (acciones de filiación); a la libertad personal (con limitación a la libertad sexual); a la libertad religiosa, conciencia, ideología y de culto; libertad de expresión e información, derecho

la jurisprudencia española de los artículos 1902 y 1903 del CCE. A este respecto, Acuña agrega que la responsabilidad de los padres por los hechos del hijo, ya sea como guardián (artículo 2.319.1º CC) o como vigilante (artículo 2320.2º CC) o por el hecho propio de ellos (artículo 2321 CC) debe reinterpretarse conforme al artículo 18.1º de la CDN. Dicha norma establece que “[l]os 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”. Esta distinción es muy importante por cuanto los deberes y facultades del padre no custodio no pueden concretizarse conforme a las consecuencias que se generan, aun bajo el cuidado temporal de un padre. Y naturalmente si el padre no custodio participa en la crianza y educación cotidiana de su hijo, le cabe responsabilidad civil por los hechos ilícitos que este cometa con capacidad. En el caso de incapacidad, en materia de responsabilidad extracontractual, solo responderá como guardián. Y dicha regla se aplica, como regla general, independiente de las reglas de atribución y ejercicio de facultades y derechos de filiación del padre no custodio (Acuña, 2012).

al honor, la intimidad y a la propia imagen, entre otros. Y, en su fase de deber de los padres, establece importantes limitaciones para la autonomía de la infancia y adolescencia como falta de libertad sexual; prohibición de acceso a ciertos locales y medios de información (pornografía) y a someterse a ciertas operaciones (donador en materia de trasplantes, cambio de sexo); limitación de derechos religiosos –como no respeto a la orden de no transfusión de sangre por motivos religiosos–; limitación de los derechos políticos (a ser elegido y a votar), entre otros. En todas estas áreas los padres, custodios o no, tienen un rol de protección de sus hijos. Naturalmente, algunas de estas materias se resuelven por el padre custodio, en otras se decidirán por ambos padres de común acuerdo y, finalmente, de no ser lo último posible, el juez puede fijar la decisión en ámbitos indistintos. Así, el juez debe recurrir precisamente al cuidado personal –respecto del padre custodio– y la RDR, respecto del padre no custodio como un mecanismo de solución.

Breve referencia a la jurisprudencia reciente en materia de RDR, desde la promulgación de la Reforma del 2013

No es del caso analizar en detalle el estado de la jurisprudencia en torno a la RDR, pero por lo menos se ha podido constatar que los tribunales no han realizado el esfuerzo de concretizar la corresponsabilidad –establecida en el artículo 224 CC– con relación al artículo 229 CC. Las sentencias establecen regímenes ordinarios de RDR que comprenden fin de semana por medio (del día viernes en la tarde al domingo en la tarde), más el típico régimen extraordinario alternado de vacaciones y festividades. Además, no entran a analizar el contenido de las cláusulas generales contenidas en los artículos 224 y 229.1° a 3° CC. A dicho efecto se pueden consultar las siguientes sentencias:

- a. La sentencia del 3er Juzgado de Familia de Santiago, 16/03/15, Rol N° C-2974-2014, acoge parcialmente el aumento de *RDR* por parte del padre no custodio. El fallo de primera instancia agrega al régimen ordinario de *RDR* un régimen extraordinario, pero no admite que el padre no custodio participe respecto de la educación del hijo²⁹.

29 La demandada presenta recurso de casación en la forma y apelación respecto de los alimentos. La casación se desecha y la apelación se acoge parcialmente por fallo de la CA de Santiago de 19 de mayo de 2015, rol de la Corte N° 766-2015.

- b. La sentencia del Juzgado de Letras con competencia en Familia de Yungay, 18/12/14, rol N° C-128-2014, acoge una demanda reconvenicional de cuidado personal del padre contra la madre custodia. La demandante apela, y la Corte de Apelaciones de Chillán por sentencia de 16/02/15, Rol ingreso N° 7-2015, revoca la sentencia de primera instancia. El fallo de segunda instancia resolvió que por la edad del niño (de tres años) era conveniente mantener el cuidado personal en la madre. Ante ello el padre recurre de casación ante la CS por cuanto considera que el fallo es discriminatorio y se aleja de los criterios establecidos por el artículo 225-2 CC. La CS, por fallo de 12/05/15, Rol N° 3.625-15, desecha el recurso por motivos formales.
- c. La sentencia del Juzgado de Familia de San Antonio, 24/11/14, Rol N° C-277-2014 establece un régimen ordinario de RDR en los términos precedentemente planteados. El padre apela, y la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 829-2014, desecha la apelación respecto del cuidado personal, y confirma lo resuelto respecto de la RDR, con declaración. Finalmente, el padre recurre de casación en el fondo, que es desechado por la Corte Suprema (fallo de 27/04/15, Rol N° 4.477-2015).
- d. La sentencia del Juzgado de Familia de Valparaíso, de 11/08/14, RIT C-64-2014. La actora demanda de alimentos, ante lo cual el padre reconviene de cuidado personal³⁰, del que se desiste, y de RDR. El fallo de primera instancia resuelve respecto de la RDR: "...fin de semana por medio, desde las 20 horas del día Viernes hasta las 20 horas del día Domingo...".
- e. La sentencia de la CS, 17/12/15, Rol N° 6320-15 anula un fallo de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de 7/04/15, Rol N° 8-2015, desechando un cuidado compartido con oposición de un padre, ordenado por sentencia del Juzgado de Familia de Coyhaique, 6/02/15, rol N° C-314-2014. El fallo de reemplazo, de la Corte Suprema CS, no se refiere a una RDR ampliada para el padre.

30 La demandada recurre de apelación ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que confirma los alimentos con declaración (fallo de 27 de enero de 2015, rol ingreso Corte N° Familia-674-2014 y acumulada rol N° 747-2014). La demandada recurre de casación en forma y fondo. La CS acoge el recurso de casación en la forma, dictando el fallo de reemplazo (fallo de 18 de noviembre del 2015, rol ingreso de la Corte N° 5.222-2015).

Conclusiones

Es posible distinguir dos facetas de la RDR. La primera es como deber – facultad del padre no custodio en cuyo caso se analiza el contenido de esta figura (que ha sido objeto del presente estudio) y como derecho privilegiado del padre no custodio. Ello por cuanto el derecho exige una participación importante del padre no custodio en cuanto a la crianza y educación de sus hijos, como se desprende del artículo 224 CC.

El principio del interés superior del niño está íntimamente ligado a la corresponsabilidad de los padres porque incentiva que el hijo se beneficie de las habilidades parentales de ambos padres. En este sentido cabe recalcar que la Reforma recurre a las denominadas cláusulas generales, que establecen criterios para la determinación del contenido de la RDR (artículos 224 y 229.1° a 3° CC).

El contenido de la RDR se determina conforme a dos perspectivas. La primera determina el contenido objetivo de la RDR –dado por una visión tradicional: derecho de visita, comunicación y establecimiento y una funcional: derechos de crianza y educación del padre no custodio– y la segunda se entera conforme al ejercicio de los derechos de la infancia (esta segunda perspectiva sólo ha sido planteada).

Esta investigación ha relacionado los artículos 224 y 229.1° a 3° CC respecto de cómo se debería concretizar la participación activa de ambos padres en la crianza y educación de los hijos, recurriendo a los antecedentes históricos de la Ley N° 20.680 –que vinculan estas normas–, y a una comprensión del derecho de infancia que incentiva la corresponsabilidad de los padres en beneficio de los hijos, aún en caso de conflicto.

Para ello el juez tiene herramientas objetivas que le conceden las cláusulas generales. El padre no custodio participa en dos ámbitos de la crianza y educación de los hijos: lo cotidiano y lo relevante. Los aspectos cotidianos, relacionados con la crianza y educación, como hacer las tareas, la higiene daría, entre otros, corresponden por regla general al padre custodio; pero con participación del padre no custodio. El padre no custodio tiene un deber de participación, ayudando al padre custodio, pero también tiene un ámbito de autonomía respecto de la crianza y educación exclusiva del hijo, que es fundamentalmente complementario, por una parte, y autónomo, por la otra, respecto del padre custodio. Es complementario por cuanto debe apoyar el

proceso formativo que determina el padre custodio; pero es autónomo porque también puede aportar con sus habilidades parentales a desarrollar aspectos que no tome en consideración el padre custodio, como podrían ser actividades extra programáticas, habilidades educativas concretas, entre otros. ■

Referencias bibliográficas

- Acuña San Martín, M. (2012). ¿Quién responde por los daños causados por un menor de edad cuando sus padres viven separados? *El mercurio legal*. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/05/11/Quien-responde-por-los-danos-causados-por-un-menor-de-edad-cuando-sus-padres-viven-separados.aspx>
- Acuña San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 20(12), pp. 21-59.
- Acuña San Martín, M. (2015a). *Derecho de relación directa y regular*. Santiago: Thomson Reuters La Ley.
- Acuña San Martín, M. (2015b). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Madrid: Dickinson.
- Almeda, E. (2012). *La custodia compartida a debate*. Madrid: Dykinson.
- Arancibia, M. & Cornejo, P. (2014). El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. *Revista Ius et Praxis*, 20(1), pp. 279-318.
- Bainham, A. & Cretney, S. (1993). *Children – The modern Law, Family Law*. Londres: Jordan Publishing Limited
- Batt, J. (1992). Child Custody Disputes and the Beyond the Best Interests Paradigm: A Contemporary Assessment of the Goldstein/Freud/Solnit Position and the Group's Painter v. Bannister Jurisprudence. *Nova Law Review*, 16(2), pp. 620-685.
- Biblioteca del Congreso Nacional. (2013). Historia de la Ley N° 20.680. Recuperado de: <http://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/4280/>
- Castán, J. (2005). *Derecho civil español común y foral, Tomo V, Volumen II*. Madrid: Reus S.A.
- Castilla, C. (2000). *La Privación de la Patria Potestad*. Valencia: Práctica del Derecho.
- Cohen, L. (1987) Marriage, Divorce, and Quasi Rents; Or, "I Gave Him the Best Years of My Life". *The Journal of Legal Studies*, 16(2), pp. 267-303.

- Comité de Derechos del Niño. Observación general N°14 del 29 de mayo de 2013.
- Conde-Pumpido, J. L. (2011) Ley valenciana de custodia compartida. Recuperado de: <http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista62/art1.pdf>
- Congreso de la Nación Argentina. Código Civil, (2014).
- Congreso Nacional de Chile. Código Civil, (2000).
- Congreso Nacional de Chile. Ley N° 20.680 del 21 de junio de 2013.
- Congreso Nacional de Chile. Ley N° 19.711 del 18 de enero de 2001.
- Convenio de La Haya*, sobre la protección internacional de los niños. (1996).
- Cortázar, A; Fernández, P; Léniz, I; Quesille, A; Villalobos C. & Vielma, C. (2005). ¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad. Recuperado de http://www.politicaspUBLICAS.udp.cl/media/publicaciones/archivos/389/Que_pasa_con_los_hijos_de_madres_encarceladas_Como_amortiguar_los_efectos_nocivos_para_los_ninos_cuyos_padres_estan_privados_de_libertad.pdf.
- Corte de Apelaciones de Rancagua (2014). Rol N° 164-2014.
- Corte Suprema (2015). Rol N° 6320-15.
- Cruz, B. (2012). *La guarda y la custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Madrid: La Ley.
- De Witt, Gregory; J., Swisher, P. & Wolf, S. (2005). *Understanding Family Law*. San Francisco: LexisNexis.
- Echarte, A. (2000). *Patria Potestad en Situaciones de Crisis Matrimonial*. Granada: Comares.
- Espejo, N. (2016). El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental. En C. Lepin y M. Gómez de la Torre (Eds.), *Estudios de Derecho de Familia* (pp. 197-209). Santiago: Thomson.
- García, I. (2013). *Patria potestad*, Madrid: Dykinson SL.
- Goldstein, J.; Freud, A. & Solnit, A. (1973). *Beyond the Best Interests of the Child*. New York: The Free Press.
- Gómez de la Torre, M. (2011). La relación directa y regular como efecto de la ruptura. *Revista de Magister y Doctorado en Derecho*, 4, pp. 121-131.
- Gómez de la Torre, M. (2014). La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20-680. *Revista de Derecho de Familia*, 1, pp. 39-58.

- Hamilton, C. & Standley, K. (1995). *Family law in Europe*. Londres: Butterworths.
- Herrera, M. (2015). Comentarios a los arts. 555 a 593. En M. Herrera, G. Caramelo & S. Picasso (Eds.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (268-271). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Juzgado de Familia de Arica (2013). Rol N° C-2.655-2013.
- Juzgado de Familia de Rancagua (2013). Rol N° C-54-2013.
- Juzgado de Familia de San Antonio (2014). Rol N° C-277-2014.
- Juzgado de Familia de Valparaíso (2014). Rol N° C- 64-2014.
- Juzgado de Letras con competencia en Familia de Yungay (2014). Rol N°C-128-2014.
- Lennon, V. & Lovera, D. (2011). ¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del derecho internacional comparado. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 17, pp. 105-141.
- Morgadoa, B. (2010). La relación con el padre tras el divorcio: la mirada de niños y niñas. *Estudios de Psicología*, 31(1), pp. 39-51. Recuperado de: <http://www.tandfonline.com/loi/redp20>
- Negroni, G. (2014). Corresponsabilidad parental un cambio de enfoque radical. *Revista de Derecho de Familia*, 1, pp. 103-126.
- Parlamento de España. Código Civil, (1889).
- Parlamento de Francia. Francia. Código Civil, (1804).
- Parlamento de la República Italiana. Código Civil, (1942).
- Parlamento de la República Italiana. Ley de divorcio de Italia del 1 de diciembre de 1970.
- Parlamento Federal de Alemania. Código Civil, (1900).
- Quintana, M. (2014). La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 43, pp. 545-586.
- Quintana, M. (2015) *Derecho de familia* (segunda edición). Valparaíso: Universidad de Valparaíso.
- Rabadán, F. (2011). *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- Rivero, F. (1996) La guarda y custodia de los hijos y derechos de visita tras las crisis matrimoniales. En M. Cervilla (Ed.), *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de*

crisis matrimonial. IV Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos (pp. 61-134). Cádiz: Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.

Rodríguez, S. (2014). Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley N° 20.680 de 2013. *Revista de Derecho de Familia*, 1, pp. 76-101.

Rubio San Román, J. (1980). Título VII De las Relaciones Paterno-Filiales Capítulo I, Disposiciones Generales. En J. Rams & R. Moreno (Eds.), *Comentarios al Código Civil* (pp. 1471-1500). Barcelona: Bosch.

Sierra Londoño, J. (2008). Recuperar al padre para reconciliarnos con la vida. En: *Posibilidades y desafío de la familia en Latinoamérica* (pp. 43-54). Buenos Aires: Universidad Católica de Argentina.

Tapia, M. (2013). Actualidad Legislativa. Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley N° 20.680). *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21(1), pp. 477-491.

Taraborrelli, J. (1997). Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1, p. 869.

Tercer Juzgado de Familia de Santiago (2014). Rol N°C-2974-2014.

Valdés, X. (2009). El lugar que habita el padre en Chile contemporáneo. Estudio de las representaciones sobre la paternidad en distintos grupos sociales. *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, 8(23), pp. 385-410.

Vásquez, C. (2008) Derecho de visita y comunicación. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/derecho-visita-oacute-n-47188642>,

Vidal, C. (1991). *Matrimonio Civil*. Buenos Aires: Astrea.

Weiner, M. (1997). We are family: valuing associationalism in disputes over a children's surnames. *North Caroline Law Association*, 75(5), pp. 1625-1779.

Zanón, L. (1996). *Guarda y custodia de los hijos*. Barcelona: Bosch.

Zarraluqui, L. (2003). El menor en las crisis familiares. En I. Lazaro, *Jornadas sobre Derecho de los Menores* (pp. 159-368). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.