

Informe en Políticas Públicas

Abril 2022

Marco Normativo en materia de Familia: Cuidado Personal – Relación Directa y Regular

Contrato Nr: AE 124 002 2022

Requirente: Diputada Natalia Romero Talguia
Bancada Diputados
Unión Demócrata Independiente.

ÍNDICE

- I. Introducción**
- II. Concepto de cuidado personal**
- III. Concepto de relación directa y regular**
- IV. Titulares del derecho**
- V. Criterios para determinar el cuidado personal y la relación directa y regular**
- VI. Procedimiento**
- VII. Comentarios**

I. Introducción

El derecho de familia tiene una notable particularidad, que consiste en que las relaciones personales tienen un protagonismo que suele obviarse en otras ramas del derecho, salvo casos muy excepcionales. En efecto, dentro de las instituciones fundamentales que configuran el derecho de familia se encuentran, el cuidado personal y la relación directa y regular, las cuales tienen como finalidad establecer una relación entre personas.

Este tipo de normas reconocen la naturaleza humana, como una en la que la familia juega un rol nuclear que va mucho más allá de aspectos meramente económicos. De hecho, en el artículo 1 de la Constitución vigente se hace referencia a un concepto de bien común donde se contemplan tanto el desarrollo espiritual como el material de la persona.

Cabe recordar que el artículo 222 del código civil señala que *la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.*

Existen muchas situaciones en la vida de las personas que llevan a quiebres y rompimientos familiares. Ante estos hechos, la ley asume la responsabilidad de contar con instituciones que permitan reestablecer las relaciones de familia velando siempre por el interés de todos los involucrados, en especial de los niños.

Los dos derechos más relevantes en la materia son (1) el cuidado personal y (2) la relación directa y regular. Ambos se encuentran regulados en el código civil respecto de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos.

II. Concepto de cuidado personal

Al igual que como ocurre con el caso de los alimentos, no existe una definición legal de cuidado personal, sino que el concepto se debe ir construyendo en base a diferentes normas que lo abordan en el código civil (artículo 224 y siguientes).

Lo primero que se señala es que el cuidado personal le corresponde de consuno a ambos padres, independiente de si viven juntos o separados, bajo un principio de corresponsabilidad. Se señala también que ambos padres deben participar de forma activa en la crianza y educación de sus hijos. A partir de esta primera norma, la primera interpretación posible es que lo que define al cuidado personal son las funciones de educación y crianza.

Pese a esta primera interpretación, el articulado contiene normas que entregan un sentido diferente de lo que se entiende a cabalidad como cuidado personal. El artículo 225 reza 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*. A continuación, se añade que en caso de que los padres acuerden el cuidado personal, deberán determinar el régimen de relación directa y regular **del padre que no viva con el niño**.

A partir de este último antecedente se puede sostener que el factor fundamental a la hora de determinar qué es el cuidado personal, no es la función que se ejerce respecto de los niños, sino que se corresponde con el derecho a cuidar de un menor de edad en la misma residencia o domicilio, o, en palabras simples, “el

derecho a vivir con el niño”. La determinación del cuidado personal originaría al padre que no vive con el niño el derecho a educarlo y criarlo mediante otro régimen de derecho que es el de la relación directa y regular.

Cabe señalar que la corresponsabilidad e igualdad que consagra el código civil han derogado las normas que contenía la Ley N° 20.680, la cual asignaba directamente el cuidado personal a la madre a modo de regla general. De hecho, en la actualidad se permite que, de común acuerdo, los padres opten por un régimen de cuidado personal compartido cuando no viven juntos, alternando periódicamente la convivencia con el niño.

En conclusión, se puede sostener que existe una regla general que consiste en que ambos padres, de consuno y en una situación de igualdad, asumen el cuidado personal de un hijo en común. La excepción se produce cuando los padres viven de manera separada, ya que en dichos casos se determinará cuál de ellos asumirá el cuidado personal o si serán ambos de manera compartida quienes lo asumirán. Se reserva para el padre que no tenga el cuidado personal el derecho a acceder a un régimen de relación directa y regular.

III. Concepto de relación directa y regular

Tras analizar el régimen de cuidado personal se puede concluir que la relación directa y regular es derecho excepcional que se origina para el padre que no ejerce el cuidado personal. El hecho de que sea una institución excepcional conlleva que debe existir un instrumento escrito que establezca los términos en los que se llevará el régimen de cuidado personal.

El código civil no contiene una norma residual para establecer la regularidad temporal de los cuidados personales, quedando este siempre entregado a una decisión acordada por las partes o, en última instancia a la decisión resuelta por el juez. Lo único que exige el código civil es que el vínculo se mantenga a través de un *contacto periódico y estable*.

Esto tiene mucho sentido, ya que las situaciones familiares que motivan la existencia de un régimen de relación directa y regular son muy variadas. Dependiendo de la edad o de determinadas patologías de los niños puede incluir o no pernoctación. Otro aspecto relevante es la cercanía del domicilio del padre que no vive con el niño, el cual es muy importante para determinar la regularidad del régimen, lo que se traduce en asuntos concretos como si será de carácter semanal, bisemanal o mensual; o si se incluirán días de semana.

Antiguamente a la institución se le conocía con el nombre de “visitas”, sin embargo, el concepto ha quedado obsoleto desde el punto de vista práctico, ya que el régimen rara vez se da solo en el domicilio del padre que tiene el cuidado personal

y, en muchos casos, incluye pernoctación. Además, “visitas” no solo es un concepto que erra desde el punto de vista formal, sino que también tiene problemas de fondo, ya que los padres que no tienen el cuidado personal no se liberan de la obligación de crianza y educación de los hijos, sino que ejercen estas responsabilidades de otra manera. Es por esto que también se habla de “cuidado personal” y no de “tuición”.

IV. Titulares del derecho

Cabe recordar que tanto el cuidado personal como la relación directa y regular pueden ser entendidos tanto como derechos como obligaciones de los padres respecto de sus hijos, quienes, siendo menores de edad, tiene derecho a mantener una relación personal con cada uno de sus padres bajo cualquiera de ambos regímenes, derecho que solo puede ser negado por un juez y por razones fundadas.

Sin embargo, y pese a que el código civil regula ambos derechos respecto del vínculo de padres con hijos, no son los únicos que pueden ser titulares de estos derechos y/o responsabilidades. El juez, por razones fundadas puede radicar el cuidado personal de un menor de edad en un pariente distinto de uno de los padres o, incluso, en una persona sin lazos sanguíneos, lo que constituye otra excepción a la regla general. Uno de los casos en que puede darse esta situación es que un niño no tenga padres o que, bien teniéndolo se argumente exitosamente estos no cuentan con las aptitudes necesarias para cumplir con una crianza y educación adecuada, teniendo en consideración el interés superior del niño.

Respecto a la relación directa y regular, se señala expresamente *que los hijos tienen derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos*. Esta norma le entrega acción directa a los abuelos a demandar ante los tribunales de familia que se fije un régimen de relación cuando, por motivos infundados, se vean privados de este derecho.

Cabe señalar que, al igual como ocurre con los alimentos, los padres pueden representar legalmente a sus hijos para interponer demandas de relación directa y regular, tanto respecto de su hijo con su otro padre, como de su hijo con uno o más de sus abuelos.

V. Criterios para determinar el cuidado personal y la relación directa y regular

Si bien el ordenamiento jurídico cuenta con el interés superior del niños como el principio rector a la hora de determinar tanto el cuidado personal, como la relación directa y regular, no es el único antecedente con que cuenta el juez para resolver. El código civil en su artículo 225-2, contiene criterios y circunstancias que deben ser tomados en cuenta para determinar el régimen definitivo que establecerá las relaciones de los niños, niñas y adolescentes con sus padres, u otros familiares de darse el caso.

1. La vinculación afectiva entre el hijo y sus progenitores, y demás personas de su entorno familiar.	2. La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
3. La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro progenitor, pudiendo hacerlo.	4. La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular.
5. La dedicación efectiva que cada uno de los progenitores procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.	6. La opinión expresada por el hijo.
7. El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.	8. Los acuerdos de los progenitores antes y durante el respectivo juicio.

9. El domicilio de los progenitores.	10. Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.
--------------------------------------	---

A partir de los criterios expuestos, resulta evidente que nuestro ordenamiento jurídico, en esta materia, se aleja de una postura estricta y legalista, sino que se entregan al juez una serie de criterios para encontrar en cada caso la mejor propuesta posible.

En la práctica los criterios priman en un sentido autocompositivo, prefiriéndose los acuerdos entre las partes antes que acudir a los mecanismos probatorios que puedan resultar invasivos e, incluso, vulneratorios para los niños.

Dentro de las medidas probatorias más recurridas en materia de cuidado personal y relación directa y regular sobresalen:

- a) Informe socioeconómico elaborado por la Dirección de Desarrollo Comunitario (DIDECO) de cada comuna: Se designa un funcionario municipal que realiza una visita al domicilio del niño, niña y adolescente.
- b) Informe pericial psicológico y médico del menor de edad.
- c) Informe pericial psicológico de los involucrados en procedimientos de cuidado personal y relación directa y regular.

Cabe señalar que estos medios probatorios suelen requerir de plazos que superan de largo los previstos en la Ley que Crea los Tribunales de Familia, por lo

que su uso solo suele darse en los casos más conflictivos y/o delicados que se ventilan en tribunales.

VI. Procedimiento

Los procedimientos judiciales en materia de familia se estructuran en base a una serie de etapas, dentro de las cuales destacan las siguientes:

6.1 Mediación obligatoria

La mediación familiar es una instancia voluntaria que busca promover la resolución de conflictos mediante acuerdos que son posteriormente autorizados por los tribunales de familia y que, por tanto, pasan a tener el carácter de vinculantes. Sin embargo, el artículo 106 de la Ley que Crea los Tribunales de Familia establece que, en las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, **deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda.**

Lo que se pretende con esta mediación previa es evitar que se judicialicen causas de familia que involucran directamente a menores de edad, privilegiando el camino de los acuerdos, no obstante, el derecho de los interesados a recurrir a tribunales en caso de que la mediación se entienda por frustrada.

6.2 Audiencia preparatoria

Una vez frustrada la mediación se da inicio al camino judicial, el cual se caracteriza por dos etapas orales en que las partes comparecen directamente ante el

juez de familia. La primera de estas etapas es la audiencia preparatoria, momento en que el juez, en su rol de amigable componedor intenta nuevamente que las partes lleguen a un acuerdo mediante una conciliación.

El otro hito de la audiencia preparatoria es el ofrecimiento de la prueba. En caso de que la conciliación resulte fallida, el desarrollo del conflicto continúa, para lo cual ambas partes tienen el derecho de ofrecer medios probatorios para que el juez pueda conocer, lo que incluye prueba testimonial, prueba documental o peritajes, por nombrar los medios probatorios más emblemáticos.

6.3 Audiencia de juicio

Para decretar la fecha de la audiencia de juicio se debe tener en cuenta el plazo necesario para que se efectúen las diligencias probatorias. Las partes se deben hacer responsables de acompañar la prueba documental y testimonial prometida, mientras que la prueba pericial debe ser rendida en los términos propuestos por el juez. Cabe señalar que la audiencia no puede desarrollarse si es que la prueba pericial solicitada y debidamente diligenciada no puede incorporarse por responsabilidad de un tercero. También llevarse a cabo una conciliación total o parcial.

El juez evalúa la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (conocimiento científicamente arraigado, máximas de la experiencia y la lógica).

6.4 Cumplimiento

Una vez decretado el régimen de cuidado personal y/o relación directa y regular, se pueden originar incumplimientos de estos por situaciones como las siguientes:

- a) Cuando el padre que no vive con el menor no cumple con su obligación (no va a buscarlo cuando corresponde).
- b) Cuando el padre que no vive con el menor no cumple con su obligación en los términos fijados (llega tarde o no llega todos los días).
- c) Cuando el padre que vive con el menor no permite que salga el con el otro padre.

Para estos casos el ordenamiento jurídico cuenta con las siguientes medidas de cumplimiento:

- a) Recuperación de días, en caso de que uno de los padres no permita que el hijo salga con el otro.
- b) Multa.
- c) Arresto hasta por 15 días, renovable.

VII. Comentarios

Tanto el cuidado personal como la relación directa y regular son instituciones que reconocen la naturaleza humana y la necesidad de las personas de mantener una relación personal padres-hijos que va mucho más allá de garantizar la manutención de las necesidades básicas. Esta idea se encuentra reforzada en nuestro ordenamiento jurídico, el cual reconoce en el primer artículo de la Constitución que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

A propósito de esto se debe recordar que la misma Constitución consagra en su artículo 19 N° 10 el derecho preferente y el deber los padres a educar a sus hijos, lo que conlleva que el Estado debe otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. Algunas de las manifestaciones de este derecho son aquellos regulados en el código civil que dicen relación con la crianza y educación, y que se manifiestan directamente, ya sea a modo de cuidado personal o de relación directa y regular.

En lo que respecta a la regulación que nuestro ordenamiento jurídico se ha dado respecto de las materias de cuidado personal y relación directa y regular, consideramos que esta es el resultado de la incorporación de elementos jurídicos tradicionales, pero también abriéndose a nuevos principios en la materia, tales como corresponsabilidad o la autonomía progresiva.

Otro elemento de gran influencia es, sin duda, la experiencia práctica, la cual aporta desde un sentido más empírico y realista a un juez que debe velar en todo

momento para el régimen establecido cumpla con la máxima del bien superior del niño en un ambiente de corresponsabilidad y equidad.

Debe destacarse el valor que entrega nuestro ordenamiento jurídico a los medios autocompositivos de resolución de conflictos. Por un lado, se mantiene la conciliación en distintas fases del proceso, con un llamado obligatoria en audiencia preparatoria. Por otro lado, se establece la mediación obligatoria para este tipo de causas, ya que se reconoce que son los padres de los niños quienes tienen mayor derecho a establecer formalmente, de común acuerdo, cuál es el mejor régimen tanto de cuidado personal, como de relación directa y regular.

Por tanto, se puede concluir que los procedimientos que establecen los regímenes de relación personal de los niños con sus padres son la *última ratio*, que el rol de la familia (y especialmente de los padres) es fundamental y que el juez cuenta con una serie de criterios para determinar el régimen que mejor se adapte a las necesidades del niño.

Teresita Santa Cruz Ugarte

Editora Informe Políticas Públicas – Abril 2022