

**Bases para una reforma de las relaciones filiales personales en Chile**

**Fabiola Lathrop**

---

La autora es Abogada, Doctora en Derecho, Docente e Investigadora de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Profesora de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado de la misma Facultad.

---

# BASES PARA UNA REFORMA DE LAS RELACIONES FILIALES PERSONALES EN CHILE<sup>1</sup>

## 1. PREVENCIÓN: TRATAMIENTO DUAL DE LAS RELACIONES PARENTALES EN EL DERECHO CHILENO

Lo primero que debemos señalar es que en Chile, patria potestad y cuidado personal son dos instituciones reguladas de manera separada por el legislador. El cuidado personal tiene en Chile una fisonomía propia, independiente de la ruptura entre padre y madre. A diferencia de otras legislaciones, en las que la patria potestad reúne tanto lo patrimonial como lo extrapatrimonial, el cuidado personal existe en Chile paralelamente a la patria potestad; no es contenido de ésta ni surge una vez producida la crisis matrimonial. Ello se debe al tratamiento dual que nuestro Código Civil otorga a la relación parental, dividiendo lo personal de lo patrimonial.

En cuanto a la patria potestad—que regula lo relativo a los bienes y representación legal del hijo—, para que se comparta en situaciones de normalidad, es necesario el acuerdo de los progenitores y, a falta de éste, al padre toca su ejercicio. Y en situaciones de crisis, si ambos padres lo convienen o si el juez así lo decide fundándose en el interés del hijo, el padre o madre que no tenga a su cargo el cuidado personal, podrá ejercer la patria potestad, descartándose la posibilidad de que ambos padres la ejerzan de manera conjunta. Porque, en principio, la patria potestad, en situaciones de crisis, corresponde al padre o madre que ejerce el cuidado personal.

En cuanto al cuidado personal, sucede algo similar, pues, como es sabido, el artículo 225 del C.C. radica en la madre su ejercicio en caso que los progenitores vivan separados.

Lo cierto es que nuestra realidad contrasta drásticamente con la de otros países, como Francia, España, Alemania e Italia, en los que la patria potestad no se restringe a lo patrimonial sino que corresponde más bien al concepto doctrinal chileno de

---

<sup>1</sup> El equipo de redacción de la Revista señala que se ha mantenido el formato original de la conferencia a fin de reflejar lo más fielmente su espíritu.

autoridad paterna o autoridad parental y donde no existe preferencia legal en la asignación del cuidado, salvo países como Argentina, en donde se cuestiona la constitucionalidad de esta norma.

## **2. LA CRISIS DEL MODELO UNILATERAL DE CUIDADO PERSONAL**

La ausencia de una sola institución que abarque las cuestiones relativas al hijo en un todo integral, ha contribuido a la consolidación del modelo unilateral de cuidado.

Conforme a éste, el niño reside con uno de sus padres, otorgándole el cuidado directo que dicha convivencia exige. Este tipo de tuición ha venido consolidándose en nuestro ordenamiento jurídico no sólo mediante la atribución de carácter legal, sino también convencional y judicial de este derecho-función.

Si bien el artículo 225 C.C. radica en la madre su ejercicio en caso que los progenitores vivan separados, lo cierto es que mediante una atribución convencional o bien judicial, esta regla podría alterarse, de manera que el cuidado personal fuera radicado en el padre (el tenor de la norma no da lugar a que se pacte el ejercicio compartido). No obstante, los acuerdos suscritos entre progenitores con el objeto de invertir la regla de la atribución legal son escasos. Del mismo modo, los acuerdos reguladores de la crisis matrimonial reglamentados en la Ley de Matrimonio Civil, aisladamente conceden al padre el cuidado de los hijos, y la jurisprudencia evidencia una arraigadísima tendencia que concede a la madre este derecho-deber; regla que es prácticamente absoluta respecto de los hijos de corta edad.

Sin embargo, puede observarse que el modelo de cuidado individual está siendo fuertemente reprobado en diversos ámbitos de la vida social. La principal debilidad que le es atribuida es que no garantiza la continuación de lazos afectivos significativos entre hijo y progenitor no cuidador.

La gran mayoría de las críticas dirigidas al cuidado unilateral se basan en la defensa del derecho a la coparentalidad, en el principio de corresponsabilidad y en la defensa de la igualdad de género.

Diversos sectores sociales, representados en su gran mayoría por las agrupaciones de padres separados o divorciados, han señalado que, bajo este sistema, a menudo se observan relaciones inadecuadas, irregulares o inexistentes entre padre o madre no cuidador y los hijos. Por estas razones se viene observando una tendencia cada vez más asentada en la doctrina y jurisprudencia comparadas que otorga el cuidado

al progenitor que ofrezca las mayores y más adecuadas garantías de acceso al niño al otro cónyuge (*friendly parent*).

Es opinión prácticamente unánime que, con el abandono de la casa familiar, el progenitor no cuidador comienza a alejarse del mundo cotidiano del hijo. Por otra parte, se ha denunciado que es frecuente que el progenitor cuidador, generalmente la madre, consciente o inconscientemente, traslade su propio resentimiento contra el ex cónyuge, creando o fomentando actitudes y sentimientos hostiles en los hijos, dificultando así el ejercicio del régimen de comunicación y produciendo, en definitiva, un distanciamiento total entre los niños y el padre o madre no cuidador.

Diversas investigaciones del ámbito psicojurídico han revelado que los hijos de padres separados presentan una gran insatisfacción frente a los patrones tradicionales de visita del progenitor no cuidador, manifestando un deseo de mantener con éste contactos menos vinculados a esquemas rígidos. En este sentido, se señala que existe una relación importante entre la frecuencia de los contactos padre-hijo y la adaptación psicológica y social del niño al divorcio. En cuanto a los progenitores, se ha afirmado que los padres (varones) presentan ciertas reacciones psicológicas negativas a consecuencia de las reducidas posibilidades de ejercicio de la propia función parental y que las madres evidencian una necesidad de ayuda frente al estrés de deber ser progenitor a tiempo completo.

Sin ir más lejos, se ha difundido cada vez más en ámbitos ajenos a la psicología, la existencia del Síndrome de Alienación Parental (en adelante S.A.P.) y del síndrome de la madre maliciosa. Diversas sentencias a nivel interno de los países han afirmado la concurrencia de estas alteraciones patológicas. La Justicia Europea ha conocido casos sobre S.A.P. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 13 julio 2000 reconoció, sobre la base de las declaraciones de un niño de cinco años de edad que padecía Síndrome de Alienación Parental, la denegación ilegítima del “régimen de visitas” decretado a favor de su padre. Esta sentencia impuso al Estado alemán el pago de una indemnización por los daños causados al rechazarse la verificación de una adecuada práctica pericial que habría permitido determinar la relación de alienación parental.

Sin embargo, debo señalar que si bien es cierto que conforme a este modelo individual, al progenitor no cuidador le ha competido tradicionalmente solo el deber de dar alimentos y mantener una relación directa y regular, en

otras latitudes también tiene un derecho de vigilancia y control y un deber de colaboración<sup>2</sup>.

### 3. ¿QUÉ SOLUCIONES PROPONER?

Creo que debiera unificarse cuidado personal y patria potestad en un instituto que se denomine autoridad parental, definir brevemente su contenido, señalar que su función es velar por el interés superior del niño y que se ejerce conjuntamente por ambos padres, incluso en situaciones de separación, divorcio y nulidad, siguiendo a países como España y Francia.

Establecer que, en todo caso, si el interés del hijo lo exige, el juez pueda confiar el ejercicio de la autoridad parental a uno de los padres, conservando el otro los siguientes derechos-deberes: vigilancia y control; relación directa y regular con su hijo; alimentos; adopción conjunta de las decisiones importantes relativas a la vida de este último; información y colaboración con el padre/madre cuidador.

Evidenciar ciertos elementos que el juez debe considerar en cuanto a la forma de ejercicio de la autoridad parental, como lo hace la norma francesa: 1° La práctica seguida por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad; 2° Los sentimientos expresados por el niño; 3° La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; 4° El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse; y 5° La opinión del Consejo Técnico y los informes sociales que hayan podido llevarse a cabo.

En cuanto a la organización de la residencia, y teniendo en cuenta que aunque se defina con quién vive el hijo, de todas formas ambos ejercen la autoridad parental, establecer un abanico de posibilidades: cuidado personal unilateral, designación de un progenitor residente principal, residencia alternativa del niño en el domicilio

---

<sup>2</sup> Este instituto ha sido recogido en Francia e Italia. Por su parte, Argentina también lo reconoce parcialmente en el Art. 264 del C.C. A su vez, en España, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de julio de 1996, declaró que, como cotitular de la patria potestad, el padre podía intervenir en la decisión de temas de importancia, aunque no así en los de carácter cotidiano, y que el padre debía ser oído o consultado por la madre antes de que ésta adoptara decisión alguna sobre aquellas cuestiones que, afectando al niño, tuviesen carácter extraordinario o revistiesen especial importancia. Sólo en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia, si el padre discrepaba razonable y abiertamente del criterio de la madre, podía recabar la decisión de la autoridad judicial. En este sentido, entre las decisiones de importancia suelen mencionarse en la jurisprudencia y en la doctrina: el sometimiento a una intervención quirúrgica o a un tratamiento médico; el cambio de colegio; estancias prolongadas en el extranjero, etc.

de cada uno de los padres, u otra forma de organización que satisfaga el interés del hijo, su derecho a ser oído, y la unidad familiar, intentando compatibilizarla con los demás intereses individuales de los miembros de la familia.

Para la hipótesis de separación de hecho, aunque no es indispensable, podría señalarse que si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán ellos, oyéndolos si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años o catorce años.

Por otra parte, redefiniría la patria potestad, modificaría su denominación, desmembrando su contenido. Así, en vez de hablar de patria potestad, hablaría de la representación y de la administración y, en cuanto a su titularidad, en principio, creo que debe también compartirse. En este sentido, siguiendo la norma española, estas funciones podrían ejercerse conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En situaciones de separación de hecho, podrían ejercerse por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podría, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio (art. 156.5 C.C. español).

Por otro lado, creo que deben regularse las facultades de representación y administración. En cuanto a la representación, sería aconsejable determinar que, en principio, son titulares de ella ambos padres, estableciendo la claridad que actualmente no existe en este punto. En todo caso, estimo que debieran exceptuarse ciertos actos relativos a los derechos de la personalidad del hijo menor de edad u otros que, teniendo madurez suficiente, pueda ejercer o pueda realizar por sí mismo; aquéllos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo o aquéllos relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Asimismo, debiera regularse más adecuadamente la administración de los bienes del hijo, señalando que deben gestionarlos con la misma diligencia que sus propios bienes, cumpliendo con las obligaciones generales de todo administrador, como la rendición de cuentas.

Debiera establecerse una normativa sistemática, en un solo articulado, sobre la salida al extranjero, alimentos, respeto y obediencia, asistencia y socorro, cuidado personal, educación, establecimiento y corrección, y régimen de relación directa y regular, entro otros derechos y deberes.