

70

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Derecho de familia. Aspectos sustantivos y prácticos para la resolución judicial

Mario Opazo González
Yasna Otárola Espinoza

2024

 ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE



Mario Opazo González

Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas, magíster en Derecho, mención en Derecho Privado, y doctor en Derecho por la Universidad de Valparaíso. Se ha especializado en derecho de familia, particularmente en temas de acuerdo de unión civil, daños en el derecho de familia y filiación. Académico e investigador de derecho civil. Autor de diversos artículos, capítulos de libros y del libro *El acuerdo de unión civil chileno*. Actualmente es profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Valparaíso y profesor asociado de Derecho Civil de la Universidad Santo Tomás.

Yasna Otárola Espinoza

Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, profesora de estado en Historia y Geografía de la Universidad de Talca, magíster en Ciencia Jurídica y doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, especialista en derecho de daños, familia y derecho registral con experiencia en docencia e investigación; autora de artículos, publicaciones y libros de la disciplina. Actualmente se desempeña como directora de estudios del Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de los Andes y profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la misma universidad.



Derecho de familia.

Aspectos sustantivos y prácticos para la resolución judicial

MATERIALES DOCENTES 70

© Mario Opazo González y Yasna Otárola Espinoza, por los textos, 2024

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2024
Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

ISBN: 978-956-08163-6-8

EDICIÓN Y DISEÑO: DER Ediciones | dersediciones.com

Todos los derechos reservados.

Resumen

Este trabajo describe y analiza la responsabilidad parental, a la luz de los efectos de la filiación, el estado familiar e individual y la realización moral y material de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), y propone claves que orienten la labor de la judicatura para la decisión y de los abogados y abogadas para la litigación. En ese empeño, se revisa la doctrina y jurisprudencia chilena de los últimos años, identificando su impacto e implicancias prácticas en el ejercicio de la función jurisdiccional, que permite la solución de casos de cuidado personal, relación directa y regular, adopción, estado civil y alimentos.

Las temáticas que comprende este libro han sido escogidas a partir tanto del levantamiento de información como de la detección de necesidades realizados por la Academia Judicial. Si bien las materias a tratar tienen un alto componente teórico y dogmático, se ha puesto énfasis en aquellos problemas que puedan estimarse frecuentes y/o críticos al momento de tomar una decisión que resuelva los conflictos jurídicos de familia.

Por estas razones, se estima que el libro servirá de apoyo al ámbito sustantivo, sea general o especial, y atenderá las necesidades que enfrentan la judicatura y los litigantes al momento de decidir o pleitear en familia.

Contenido

6	<i>Prefacio</i>
9	CAPÍTULO 1 Presupuestos de determinación y cuantificación en materia de alimentos, así como de su aumento, rebaja o cese
9	Aspectos generales
12	Derecho de alimentos
22	Especial mención a los abuelos y abuelas: el deber alimentario de los y las ascendientes
24	Proporcionalidad
25	Límites, montos mínimos y forma de cálculo de la pensión de alimentos
26	Aumento, rebaja o cese de los alimentos
28	Cese de la obligación de alimentos
30	CAPÍTULO 2 Coparentalidad, corresponsabilidad y adjudicación del cuidado personal entre progenitores o a terceros
30	Introducción
30	Nociones de coparentalidad y corresponsabilidad
31	Adjudicación del cuidado personal entre progenitores. Formas de adjudicación
41	Adjudicación del cuidado personal a terceros
45	CAPÍTULO 3 Presupuestos de determinación de la relación directa y regular con la persona progenitora no custodia y los abuelos o abuelas
45	Aspectos generales
46	Derecho de los NNA a mantener una relación directa y regular
56	Definición y regulación de la relación directa y regular
57	Formas de establecer la relación directa y regular
57	Criterios de atribución de la relación directa y regular
82	La relación con los abuelos y abuelas

86	CAPÍTULO 4
	Impacto de la ley 21.400
86	Introducción
86	Impacto de la Ley 21.400 en materia de regímenes patrimoniales
90	Impacto de la Ley 21.400 en materia de derechos hereditarios
91	Impacto de la Ley 21.400 en materia de filiación
109	Impacto de la Ley 21.400 en materia de acuerdo de unión civil
110	Impacto de la Ley 21.400 en materia de administradoras de fondos de pensiones
110	Impacto de la Ley 21.400 en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales
111	Impacto de la Ley 21.400 en materia de Ley 21.120
117	CAPÍTULO 5
	Presupuestos de la declaración de susceptibilidad de adopción del niño, niña o adolescente
117	Aspectos generales de la adopción en Chile
119	La declaración de susceptibilidad de adopción del niño, niña o adolescente y sus presupuestos
131	CAPÍTULO 6
	Constitución y modificación del estado civil: la prueba del estado civil
131	Aspectos generales
133	Concepto de estado civil
135	Prueba del estado civil
145	Cosa juzgada de la sentencia que declara como verdadera o falsa la paternidad o maternidad
147	La acción para impugnar o reclamar una filiación es imprescriptible
147	Las inscripciones en el Registro Civil a propósito del estado civil: valor probatorio y naturaleza jurídica
154	<i>Conclusión</i>
164	<i>Bibliografía</i>

Prefacio

El año 2023, el Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de los Andes y la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, por medio de sus equipos docentes, se adjudicaron el concurso de diseño y desarrollo de materiales educativos para la Academia Judicial. Esta iniciativa corresponde a una actividad formativa que perfecciona a los abogados y abogadas que pertenecen al Poder Judicial a través de la entrega de nuevos conocimientos que favorecen y fortalecen las competencias necesarias para ejercer la función jurisdiccional.

En coherencia con lo anterior, se intentó instalar un proceso formativo que potenciara el aprendizaje, considerando la investigación jurídica dogmática desarrollada por el cuerpo académico sobre la conformación de la responsabilidad parental en el ordenamiento jurídico de familia nacional, de manera de aportar ciertas conclusiones y sugerencias fundadas en una metodología que transita desde lo jurídico hasta lo social. Nos hemos preocupado de buscar respuestas para las cuestiones centrales que plantean las relaciones entre padres y madres, y con sus hijos e hijas, así como otras relaciones igualmente importantes destinadas a cuidar, atender y educar a los NNA.

Así, el trabajo que se presenta se ha dividido en seis capítulos que tratan temas de gran actualidad. El primero de ellos se dedica a precisar la determinación y cuantificación de los alimentos; se trata de un esfuerzo de delimitación que hasta ahora ha sido parcialmente tratado por la doctrina y que, sin embargo, nos ha parecido esencial debido a las cifras que dan cuenta de la cantidad de pensiones que no se pagan en Chile. A partir de este tema, se continúa con el análisis de otras cuestiones fundamentales para el interés de NNA.

El segundo capítulo está destinado al análisis del cuidado personal a partir de las tendencias modernas, que apuntan a que ambos progenitores tienen iguales derechos, no solo para detentar el cuidado personal, sino también para los efectos de intervenir en la educación y crianza de sus hijos e hijas. Ello ha llevado al reconocimiento de la coparentalidad

y a la adopción del principio de la corresponsabilidad, para demostrar que siempre los progenitores tienen el derecho y el deber de participar en la adopción de las decisiones que influyan en la vida de sus hijas e hijos, no solo en aquellas que determinen su vida futura, sino también en su vida cotidiana.

El tercer capítulo está dedicado al tratamiento de la relación directa y regular en el ordenamiento y en la judicatura chilena, y, en ese empeño, se intentado responder a preguntas sobre cómo y con base a qué criterios se adjudica la relación directa y regular a la persona progenitora no custodia o a los abuelos, qué acciones toman los jueces para cumplir adecuadamente con el mandato de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a la relación directa y regular, y ¿cómo operacionalizar la relación directa y regular en situaciones difíciles? Sobre la base de las respuestas a estas interrogantes, se procura determinar la interpretación y aplicación que se hace de los criterios establecidos por la ley para atribuir la relación directa y regular en nuestro sistema jurídico.

El cuarto capítulo está destinado a determinar la trascendencia de la Ley 21.400 en nuestro ordenamiento jurídico. Esta ley, aparentemente sencilla, ya que solo cuenta con nueve artículos permanentes y tres disposiciones transitorias, resulta ser bastante compleja, pues, conforme se expondrá, implica profundos cambios en diversas materias, fundamentalmente, a nuestro juicio, en materia de filiación, aunque también en otras, como son los regímenes patrimoniales del matrimonio, accidentes del trabajo y seguridad social, identidad de género, etc.

El quinto capítulo describe los procedimientos e identifica quiénes y en qué casos pueden ser sujetos de adopción en nuestro ordenamiento jurídico. En el caso de la hipótesis contemplada en el artículo 11 de la Ley 19.620, se hace presente que la declaración de susceptibilidad solo será procedente cuando el hijo o hija tenga determinada su filiación respecto de ambos progenitores y aquel que no está involucrado en la adopción se opusiere a esta.

El sexto capítulo pretende averiguar si el concepto de estado civil que indica el Código Civil comprende todas las cualidades de la persona y analizar la prueba del estado civil, haciendo hincapié en el valor que tienen las inscripciones en nuestro sistema actual, pues constituyen la verdad oficial de los hechos o circunstancias de la persona y, a la postre, deberían ser consideradas como título de legitimación del estado civil.

Esperamos que las temáticas que conforman esta obra, y que les presentamos en las líneas que siguen, sean parte de las contribuciones que hacemos quienes nos desempeñamos en la academia y nos dedicamos a la investigación a la tarea de la judicatura y los litigantes al momento de decidir o pleitear en familia, además de contribuir a la discusión que se desarrolla en Chile sobre el sentido y valor de la responsabilidad parental en una sociedad justa y solidaria como la que se quiere construir.

Finalmente, al escribir estas palabras, no podemos dejar de agradecer a la Academia Judicial y a nuestras respectivas universidades porque han favorecido y estimulado el trabajo de investigación del que da cuenta este material.

Capítulo 1

Presupuestos de determinación y cuantificación en materia de alimentos, así como de su aumento, rebaja o cese

Aspectos generales

Los presupuestos de determinación y cuantificación de los alimentos, así como de su aumento, rebaja o cese, constituyen la principal cuestión controvertida en la mayoría de estos litigios, unas veces de forma directa y otras, disimulada por la disputa sobre el cuidado de los hijos e hijas. Por ende, son quizás el principal obstáculo para que las partes alcancen un acuerdo en la mediación previa y obligatoria, y se imponga la concordia en el transcurso de la relación.¹

Dados los elevados costos emocionales y económicos que genera este tipo de conflictos, deberíamos ser capaces de manejarlos entregando una respuesta anticipada basada en criterios objetivos. Ello supondría una importante disminución de los procesos contenciosos, un incremento de los acuerdos y, en definitiva, una solución de mejor calidad a este tipo de litigios desde el sistema judicial chileno.²

Pese a la importancia del tema que se plantea, ha sido escasa la atención prestada por la doctrina y la jurisprudencia a la necesidad de buscar criterios o aplicar los que existen para objetivar la forma en que se determinan y cuantifican los alimentos, así como su aumento, rebaja o cese, lo cual plantea numerosos inconvenientes y es manifiestamente mejorable en nuestro sistema. En lugar de enfocarlos desde la proporción o criterios precisos y objetivos, los definimos en función de las circunstancias particulares del caso. El panorama podría verse favorecido por la nueva normativa que regula los alimentos, aunque es muy pronto para afirmarlo, debido a su reciente entrada en vigencia.

1 Artículo 106 de la Ley 19.968.

2 VARGAS y PÉREZ (2021), pp. 234 y 235.

En nuestro concepto, el problema estriba en el hecho de que, si bien la normativa de los alimentos establece el parámetro de la proporcionalidad, así como el límite máximo y mínimo de una pensión de alimentos, y las causales de rebaja y cese, no obstante su mutabilidad por circunstancias sobrevenidas,³ la praxis judicial y la doctrina evidencian que ni la proporcionalidad contemplada en el ordenamiento ni las causales son siempre consideradas al momento de decidir el caso concreto. A ello se añade que la determinación de los hechos corresponde a las instancias del fondo y no es revisada en casación, salvo que se hayan vulnerado las disposiciones del sistema valorativo de la sana crítica, de modo que la determinación y cuantificación entran en el espacio exclusivo de los tribunales de familia.

Por ejemplo, en esta sentencia sobre alimentos la Corte Suprema pone de manifiesto que «[...] no indica cuál es la variación de las circunstancias que habilitan para acceder a la rebaja, esta debe ser proporcional a las facultades económicas de las partes». Lo mismo ocurre en una decisión de la Corte de Apelaciones de Iquique que determina que «la situación económica establecida por el Tribunal se aparta de la realidad del alimentante». Y en otra en la que se estima que, al carecer de una justificación racional para proceder a fijar el monto de los alimentos, la sentencia ha transgredido el principio de la razón suficiente y que los padres deben contribuir en proporción a sus facultades económicas. Por último, hay otras sentencias en las que se repite la idea de que la sentencia transgrede el principio de la razón suficiente, debido a que se ha establecido la capacidad económica del demandado con antecedentes no ofrecidos en juicio.⁴

En efecto, aunque el Código Civil señala que los padres contribuirán a los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos en proporción a sus respectivas facultades económicas, si no hubiere sociedad

3 Artículos 3 y 7 de la Ley 14.908.

4 Corte Suprema, rol 162507-22, 4 de septiembre de 2023; Corte de Apelaciones de Iquique, rol 50-22, 9 de mayo de 2022; Corte Suprema, rol 15589-22, 30 de diciembre de 2022; Corte Suprema, rol 38981-23, 8 de septiembre de 2023. Corte Suprema, rol 132148-20, 22 de octubre de 2021. La sentencia impugnada no valora toda la prueba; ambos padres son obligados a satisfacer las necesidades del hijo. Corte Suprema, rol 22518-22, 15 de febrero de 2022. La sentencia no justifica de qué modo alcanza el monto de los alimentos fijados; infringe el artículo 7 de la Ley 14.908. Corte Suprema, rol 84412-21, 27 de mayo de 2022.



conyugal y en el caso de que los obligados no lleguen a ajuste, esta contribución será determinada de acuerdo con sus facultades económicas y podrá ser modificada según las circunstancias que sobrevengan [(artículos 230 y 233 del Código Civil (CC)]. Asimismo, el juez distribuirá la obligación en proporción a sus facultades y, a su vez, en proporción a las necesidades si hubiere varios obligados o alimentarios, respectivamente (artículo 326 del CC). Por su parte, la Ley 14.908 alude a un criterio de “proporción” tanto en el deber de fijar la pensión en unidades tributarias mensuales (UTM) y de declarar las circunstancias que se tomaron en cuenta al momento de determinar los alimentos, así como en las exigencias que deben reunir las transacciones de alimentos futuros para que sean aprobadas por el tribunal. Establece, además, que este velará por un reparto equitativo de las contribuciones entre los alimentarios, si hubiere más de uno.

Si se analizan las decisiones de los más altos tribunales y la doctrina chilena sobre la materia, es posible concluir que la respuesta judicial recurrentemente se limita a enunciar que los alimentantes «deben contribuir a los alimentos en proporción a sus respectivas facultades económicas, considerando el estado de necesidad del que los solicita».⁵

He aquí el objetivo de esta parte del trabajo: identificar y analizar los presupuestos de determinación y cuantificación de los alimentos, así como de su aumento, rebaja o cese, en el ordenamiento jurídico de familia chileno, en consideración a que los alimentos, en la actualidad, deberían habilitar al alimentario o alimentaria para subsistir adecuadamente, resguardando su interés superior, su autonomía progresiva y su desarrollo integral (artículo 323 del CC y artículo 25 de la Ley 21.430).

Así, el trabajo que se describe comprende los alimentos que deben los progenitores a los hijos e hijas y los abuelos y abuelas a los nietos y nietas, sin perjuicio de que los presupuestos de determinación y cuantificación, así como las causas de su aumento, rebaja o cese, se extiendan al resto de los titulares de los alimentos.

Hacemos presente que el estudio y desarrollo del trabajo está basado en el Código Civil y en las reformas recientes, o sea, en la Ley 21.389, que crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos y modifica diversos cuerpos legales para perfeccionar el sistema de pago

5 BARCIA (2011), p. 558; RODRÍGUEZ (2017), pp. 69 y 70; HERNÁNDEZ y LATHROP (2022), p. 279.



de pensiones de alimentos, y en la Ley 21.484, sobre responsabilidad parental y pago efectivo de deudas de pensiones de alimentos. De este modo, en su elaboración se utilizaron diversas fuentes normativas contemporáneas, a las que se añaden sentencias de los tribunales superiores de justicia y la doctrina chilena y comparada.

Derecho de alimentos

Ni el Código Civil ni las leyes externas definen los alimentos, aunque en la doctrina nacional se encuentran algunos conceptos que aluden a la materia y que los tratan como «las prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que resulte necesario para satisfacer las necesidades de la existencia»,⁶ o bien como «el derecho que la ley otorga a una persona para demandar a otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestido, salud, movilización enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio».⁷ Se deduce de las definiciones que se puede exigir alimentos a quienes tienen medios para proveerlos y que estos comprenden lo necesario para cubrir la existencia de acuerdo con la posición social,⁸ por lo que puede afirmarse que su determinación y cuantificación no solo considera los recursos de la persona que los debe proporcionar, las necesidades de quien los recibe y un criterio de estimación, que hasta ese momento era el mismo estado o situación en que estaba u ocupaba el o la titular en el esquema de la sociedad y que reflejaba las condiciones del sujeto respecto de los demás integrantes de la comunidad, sino también que circunstancias posteriores pueden alterar los alimentos, por ejemplo, quien recibe los alimentos puede proveérselos por sus propios medios o el o la alimentante no tiene recursos.

En la actualidad, los alimentos siguen estando regulados en el Título XVIII del Libro I del CC (artículos 321 a 327). Estas normas deben complementarse con la Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago

6 ROSSEL (1994), p. 334.

7 RAMOS (2003), p. 505.

8 A partir de la reforma introducida por la ley, «se afirmaba que todos los alimentos, [...], debían habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social» (exartículo 323 inciso primero y artículo 330). ORREGO (2023a), p. 12.

de pensiones de alimentos; Ley 16.618, de menores; Ley 19.968, sobre Tribunales de Familia, y las leyes 21.484 y 21.389.

La nueva regulación modificó el criterio desde el cual se deben evaluar los alimentos, quedando la redacción del siguiente tenor: «Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir adecuadamente, resguardando el interés superior, la autonomía progresiva y el desarrollo integral del niño, niña o adolescente». Si bien el adverbio *modestamente* es reemplazado por *adecuadamente*, se mantiene, por una parte, la expresión *subsistencia*, pero esta vez se hace alusión a una manutención que ampare el interés superior, y asegure el proceso de crecimiento, maduración y desarrollo de las capacidades y potencialidades de los NNA, concebido como una forma, entre otras, que los habilita para tomar decisiones por sí mismos; no obstante, ese ejercicio se realiza de manera paulatina en la medida de su grado de desarrollo y de madurez (interés superior, autonomía progresiva y desarrollo integral). En tanto, por otras, el legislador insiste en la posición social del alimentario (artículo 330 del Código Civil).

En nuestro concepto, en virtud del principio de especialidad, el criterio del art. 330 del CC rige para el o la cónyuge, los y las ascendientes, los hermanos y hermanas, y el y la donante,⁹ no para los o las descendientes menores de edad o hijos e hijas que estén estudiando, no hayan cumplido 28 años y cuando los solicitan de sus progenitores.

Determinación y cuantificación de los alimentos

En nuestro ordenamiento, la determinación judicial de la contribución a los gastos de crianza, educación y establecimiento es precisada por la jueza / el juez, y puede ser modificada, si las circunstancias cambian, por lo que establecer los alimentos requiere comprobar que quien los solicita tiene derecho a pedirlos, que se encuentra en estado de necesidad y que el o la alimentante tiene recursos económicos para soportarlos. En tanto, la cuantificación implica fijar o calcular el importe de acuerdo con criterios como la contribución, el número de hijos e hijas, y las necesidades, entre otros. Todos estos criterios deben plasmarse en la resolución

⁹ El artículo 431 del Código Civil se refiere a la crianza y educación del pupilo o pupila cuando los padres no han provisto para ella por testamento; en la disposición se lee «suministrará el tutor lo necesario para estos objetos, según competa al rango social de la familia».

que los concede, según indica el artículo 6 inciso segundo de la Ley 14.908, que establece las reglas del pago de los alimentos en dinero.

En ordenamientos comparados como el francés, la obligación de alimentos está destinada a satisfacer las necesidades de ciertas personas unidas por vínculos familiares. La manutención de los o las descendientes no tiene límite de edad; esto significa que no termina cuando aquellos alcanzan la mayoría de edad (artículo 371-2 del Código Civil francés). Si quien recibe los alimentos es menor de edad o mayor, los padres tienen la obligación de brindarle las condiciones necesarias para su desarrollo y educación. Una vez que cesa, el alimentario o la alimentaria tendrán que acreditar sus necesidades, según los artículos 205 y 207 del Código Civil.¹⁰ La distribución de los alimentos se cuantifica en función de los medios de cada uno de los progenitores y de las necesidades del alimentario.¹¹ Desde 2010, el Ministerio de Justicia publica un cuadro de referencia, meramente indicativo, elaborado en función de los ingresos del deudor y del acreedor, el número de hijos e hijas a su cargo y el alcance de los derechos de visita y habitación.

En España, la obligación de alimentos perdura hasta que se llegue a la mayoría de edad, salvo que el NNA tenga ingresos propios y suficientes. Más allá de la mayoría de edad, la obligación continúa mientras no sean económicamente independientes, no hayan completado sus estudios o estén desempleados por causas no imputables.¹² El Código regula cuantía de los alimentos en los artículos 146 y 147, que establecen la proporcionalidad y que consideran tanto el pasivo del alimentario como el activo del alimentante. Se trata de un criterio abstracto cuya concreción depende de las circunstancias particulares del caso.¹³ El Consejo General del Poder Judicial ha elaborado tablas basadas en las necesidades del alimentario o la alimentaria, que tienen en cuenta los ingresos de los padres y el número de hijos e hijas para el cálculo de las indemnizaciones alimenticias.¹⁴

En Alemania la regulación estaba basada en la necesidad del alimentario o la alimentaria, es decir, que no pueda proporcionarse alimentos

10 COURBE (2003), pp. 430 y 435.

11 REBOURG (2009), p. 895; CARBONNIER (2004), pp. 799 y 802.

12 CASTÁN (1995), pp. 475-481.

13 SÁNCHEZ (2016), pp. 633-649; LINACERO DE LA FUENTE (2022), pp. 330 y 331; MECO (2015), p. 180.

14 UTRERA (2009), p. 18.

a través de sus propias rentas o patrimonio (§ 1602 BGB), y en la capacidad económica de el o la alimentante (§ 1603 BGB), esta condición se mide por los ingresos que este último perciba y de lo que requiera para su propio sustento. Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades de quien los reciba y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. Los tribunales regionales superiores han desarrollado a este respecto tablas y directrices que ayudan a determinar una cantidad fija para los elementos que deben tenerse en cuenta.¹⁵ La tabla de Düsseldorf se utiliza habitualmente como base para calcular el importe de la pensión alimenticia (Portal Europeo de e-Justicia, “Obligación de alimentos”, y Dejure.org).

Titulares de los alimentos

El Código Civil señala las personas que tienen derecho a reclamar alimentos. En particular, el artículo 321 indica el o la cónyuge, los y las descendientes, los y las ascendientes, los hermanos y las hermanas, y el o la donante, y el artículo 322 establece las reglas generales a las que se sujeta la prestación de alimentos, sin perjuicio de las disposiciones especiales que contiene este código respecto de ciertas personas.

Necesidades del alimentario o alimentaria

En cuanto a las necesidades de quien recibe los alimentos, lo primero que se ha precisado, si este es mayor, es si tiene ingresos que le permitan satisfacer todas o algunas de sus necesidades, ya sea porque cuenta con bienes propios (artículo 231 del CC) o posee la capacidad para realizar alguna actividad laboral parcial que le permite obtener ingresos, pero estos son insuficientes. Se trata de aplicar el artículo 330 del Código Civil, que establece que «los alimentos no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen [...]», no cuando sus rentas o ingresos sean insuficientes.¹⁶ Adicionalmente, se ha propuesto verificar si cumplió la edad para solicitarlos, terminó sus estudios y está en condiciones de trabajar y generar ingresos para mantenerse; en otras palabras, se ha propuesto revisar si se cumplen las circunstancias que legitiman la demanda o si permanecen las que la

¹⁵ BOVER (2014), pp. 178 y 179.

¹⁶ ORREGO (2023a), p. 17.

fundamentaron, tanto para la fijación inicial como para la disminución o el cese de la pensión, aunque haya aumentado la familia.¹⁷

Algunos autores han señalado que «no es necesario que el alimentario sea por completo indigente, pero si no lo es los alimentos solo se otorgarán en la medida necesaria para completar lo que haya menester según la clase de alimentos que se le deban», y que entre los medios de subsistencia deben tomarse en consideración los bienes con que cuente y su capacidad de trabajo: «si tiene bienes improductivos, el juez considerará la posibilidad de que estos bienes se conviertan en otros que permitan [...] subsistir [...]».¹⁸ En tanto, otros coinciden en que se deben solo en la parte que le falte para subsistir y que esto depende de las rentas o medios de que disponga; deben considerarse las circunstancias personales, tales como edad, sexo y salud, y descartar los gastos «ineptos», que no deben incrementar la pensión.¹⁹ «Entendiéndose por tales aquellas necesidades que surgen con posterioridad y cuya existencia no es posible de prever, tales como el caso de hospitalizaciones y gastos médicos de urgencia» (artículo 6 de la Ley 14.908).

Por esta razón, se suelen distinguir las rentas de los bienes, si posee ambos o uno de ellos, y conforme a cuál sea la situación, se propone estimar en la evaluación si el alimentario tiene bienes, pero carece de ingresos que provengan de estos; o si el alimentario tiene bienes y estos generan ingresos que sin embargo, son insuficientes para mantenerse.

En cambio, la jurisprudencia los ha fijado, disminuido, aumentado y concluido en la medida en que el alimentario o la alimentaria haya o no alcanzado la edad de 21 años, si ha iniciado o está cursando estudios superiores conducentes a una profesión o si ya la tiene, sin tener en cuenta si la ejerce y, de hacerlo, si le permite subsistir o si por una circunstancia no imputable se ha visto impedido de hacerlo.

Así queda en evidencia en las sentencias en que se ha verificado lo siguiente: «[...] que las facultades económicas del alimentante no han variado; el nacimiento de un tercer hijo resulta insuficiente» (Corte Suprema, rol 189484-23, 14 de septiembre de 2023). «Se accede a la rebaja porque el alimentante ha disminuido su capacidad económica y el ali-

17 SCHMIDT (2008), p. 121.

18 MEZA BARROS (1995), pp. 236 y 237; ORREGO (2023a), p. 15, y GARRIDO (2014), p. 187.

19 VODANOVIC (2018), p. 102.

mentario ha aumentado sus ingresos» (Corte Suprema, rol 7471-22, 19 de enero de 2023). «La sentencia constata que concurren los factores de edad y estudios, sin embargo, la circunstancia de que se siga una nueva carrera de educación superior, habiéndose obtenido la titulación en una profesión u oficio, no inhabilita para continuar percibiendo alimentos» (Corte Suprema, rol 8949-22, 17 de mayo de 2022). «La sentencia accede al aumento porque el demandante iniciará estudios en un preuniversitario (que habilitan para prepararse y obtener una profesión u oficio)» (Corte Suprema, rol 47318-21, 31 de marzo de 2022). «El descendiente no puede reclamar financiamiento para todos los proyectos de perfeccionamiento hasta alcanzar los 28 años» (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2077-20, 10 de noviembre de 2021). «El tribunal decide que la alimentaria no debe continuar percibiendo la pensión alimenticia fijada más allá del término del doctorado que cursa» (Corte Suprema, rol 40388-22, 21 de septiembre de 2023). «El deber de pagar alimentos respecto a la descendencia mayor de 21 años cesa con la adquisición de un oficio, o bien con la finalización de estudios que conduzcan a la obtención de un título profesional» (Corte Suprema, rol 1543-22, 24 de agosto de 2022). «Alimentos a los descendientes se devengarán hasta que cumplan 21 años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los 28 años».²⁰

Solo en ocasiones identifican si el alimentario o alimentaria tiene ingresos (becas o realiza actividades que le permiten obtener ingresos). Por lo que cabe plantearse si la insuficiencia supone la imposibilidad de proveer a su subsistencia, basta que haya cumplido la edad y que concluyó sus estudios. Como se ve, el asunto es discutible, pues en nuestro sistema los alimentos se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda (artículo 332 inciso primero). Por lo tanto, si varían las circunstancias, el o la alimentante podrá solicitar el cese o la disminución de su obligación, o el alimentario o la alimentaria, el aumento de la pensión, según corresponda y cuando el mérito de los antecedentes así lo justifique. De este modo, en principio, en el caso de los alimentarios y alimen-

²⁰ Corte Suprema rol 104266-20, 28 de marzo de 2022; Corte Suprema, rol 189484-23, 14 de septiembre de 2023; Corte Suprema, rol 7471-22, 19 de enero de 2023; Corte Suprema, rol 8949-22, 17 de mayo de 2022; Corte Suprema, rol 47318-21, 31 de marzo de 2022; Corte Suprema, rol 40388-22, 21 de marzo de 2023; Corte Suprema, rol 1543-22, 24 de agosto de 2022.

tarias mayores, los tribunales han hecho una interpretación restrictiva de la norma y muy ligada a las circunstancias de edad y estudios de quienes reciben los alimentos. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, los alimentos se entienden concedidos para toda la vida de quienes los reciben, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda cuando aquellos se encuentran imposibilitados de proveer para su subsistencia, en todo o parte, sea por sus bienes o su trabajo. De este modo, en nuestro concepto no cabe en esta materia una posición tan absoluta, sino una que estime todos los elementos que definen si por las condiciones en que vive quien recibe los alimentos y los recursos económicos que tiene el o la alimentante, sus necesidades deben ser cubiertas por una pensión de alimentos.

En las situaciones en que la pensión es para un alimentario o alimentaria menor, se parte de la presunción de que el o la alimentante tiene medios para otorgarla y, en virtud de esa circunstancia, la obligación de alimentos se mantiene, o excepcionalmente disminuye o cesa, aunque se disponga de menos recursos económicos, sin perjuicio de que la jueza / el juez puede adecuar los alimentos a la nueva capacidad del alimentante.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema, rol 45314-21, 27 de mayo de 2022, el tribunal presume que el demandado (alimentante) tiene los medios para dar alimentos cuando los reclama un menor a su padre o madre, y determina que la pensión no puede ser inferior al mínimo legal. En Corte Suprema, rol 34660-21, 29 de abril de 2022, se señala que el hecho de que el alimentante se encuentre privado de libertad no lo exime de pagar alimentos. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 236-22, 14 de abril de 2023, el tribunal rebaja los alimentos menores porque el alimentante perdió el trabajo y se internó para rehabilitarse.²¹

La razón de hecho que explica esta situación es que los menores generalmente no trabajan y no tienen bienes; en tanto, la jurídica se basa en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en los artículos 27.1 y 27.2 establece el contenido de la crianza y educación como deber de los padres en términos de que «los Estados partes reconocen el derecho

21 Corte Suprema, rol 45314-21, 27 de mayo de 2022; Corte Suprema, rol 34660-21, 29 de abril de 2022; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 236-22, 14 de abril de 2022.

de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental,²² espiritual, moral y social» y que «a los padres les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos [...]»²³. También en que la ley instauraba hasta hace poco que los alimentos debían habilitar a quien los recibe para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social,²⁴ expresión que denotaba el interés por la inserción social del alimentario o la alimentaria a través de la educación²⁵ y que servía de tipo para determinar y distribuir los alimentos con base en un patrón austero y sencillo que expresaba la posición del alimentario menor respecto de los demás.²⁶ Así, en estos casos los tribunales estimaron que la obligación de alimentos se extendía a prestaciones tales como la comida y la vestimenta (sustento); vivienda y mobiliario (habitación); asistencia de salud (sanidad); y estudios básicos, medios y profesionales (educación). En consecuencia, asentaron una doctrina más amplia y muy relacionada con las circunstancias que matizan cada caso; esto es, que el alimentario o la alimentaria continúe inserto en su red familiar y social.

Uno de los problemas de interpretación que ha tenido lugar dice relación con la circunstancia de que el alimentario o la alimentaria mayor solicite alimentos, pudiendo trabajar, y no hace esfuerzos por sustentarse. Algunos autores han hecho presente que si el o la demandante alega estado de necesidad, pero se encuentra en condiciones para desempeñar una labor que le permita a lo menos cubrir parcialmente sus necesidades, no tiene derecho a pedir alimentos en su totalidad²⁷. En tanto, Orrego indica que la afirmación debe matizarse y que no tiene aplicación si el o la solicitante fuere un menor de edad o un descendiente o hermano mayor de edad del demandado que se encuentre cursando estudios debido a que el primero tiene derecho a recibir los alimentos que le permitan la plena satisfacción de sus necesidades y, el segundo se encuentra en un “estado de necesidad” que presupone la imposibilidad de quien de procurárselos por sí mismo, desarrollando una actividad

22 CARRETTA y BARCIA (2020), *passim*.

23 CARRETTA y BARCIA (2020), p. 132.

24 Artículo 25 de la Ley 21.430.

25 DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006), p. 52.

26 CASTÁN (1995), p. 480.

27 MEZA BARROS (1995), p. 711

laboral²⁸. En nuestro concepto, el análisis debería considerar, además del estado aludido, los recursos del alimentante y si debe proporcionar alimentos a otras personas menores de edad, debido a que las necesidades pueden ser muchas, pero los recursos no alcanzan para atender a varios y más aún si entre estos hay mayores de edad, lo más indicado sería reconocer la posibilidad de que se los procuren por sí mismos, total o parcialmente, desarrollando una actividad. El artículo 326 del Código Civil dispone que, habiendo varios alimentarios respecto de un mismo deudor, el juez / la jueza distribuirá los alimentos en proporción a las necesidades de aquellos.

Tras la entrada en vigencia de la Ley 21.484, los alimentos habilitan para subsistir adecuadamente resguardando el interés superior, la autonomía progresiva y el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, por lo que los alimentos deberían ajustarse de forma pertinente a las necesidades de quien los recibe, al amparo de los elementos que acabamos de citar. Así las cosas, vale preguntarse si las circunstancias personales son los criterios sobre los cuales han de determinarse y distribuirse los alimentos en la actualidad. De esta manera, se considera que el primer elemento aglutinador y que permite cuantificar los alimentos es la subsistencia adecuada.

Facultades económicas de el o la alimentante

El artículo 329 del Código Civil señala que en la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en cuenta las facultades quien los debe y sus circunstancias domésticas. En general, se ha establecido que el o la alimentante posee facultades económicas para solucionar la pensión si, habiendo examinado todo su patrimonio (activos y pasivos),²⁹ puede pagarla y con esto no perjudica su mantención o la de quienes dependen de él o ella.³⁰ Atendiendo a esta consideración, la doctrina ha apuntado a que en la valoración se han de tener en cuenta las facultades del deudor o deudora y las circunstancias domésticas. Entre las primeras, debe considerarse «la fortuna del deudor, esto es, los bienes que posea,

28 ORREGO (2023), p. 17.

29 Corte de Apelaciones de Concepción, rol 887-21, 23 de noviembre de 2021. CL/JUR/86154/2021.

30 MEZA BARROS (1995), p. 238; VODANOVIC (2018), pp. 104-107. También véase el artículo 5 de la Ley 14.908.

e igualmente sus deudas y, en las segundas, las cargas de familia, el número de personas que viven a sus expensas [...]».³¹ La constatación de esta circunstancia implica que se justifica la imposición de los alimentos al alimentario o alimentaria, aunque se trata de criterios de naturaleza personal y de origen factual.

En nuestro concepto, estos datos pueden ser complementados y enriquecidos por los criterios objetivos que establece la ley. Esto supone asignarlos con base en la convivencia del alimentario o alimentaria con uno de los progenitores, en los supuestos de que a este se le haya entregado el cuidado personal y al otro la relación directa y regular; la mayor dedicación de ese progenitor a los hijos e hijas, como su contribución a los alimentos; el régimen patrimonial de los alimentantes; la capacidad económica del progenitor no custodio; la atribución de la vivienda en virtud de la declaración familiar u otra causa; si se trata de un progenitor o el abuelo o abuela, las cargas familiares y las expensas ordinarias y extraordinarias; el régimen y ejercicio del cuidado personal.

Tales circunstancias son excepcionales y las sentencias rara vez consideran estas situaciones. Con todo, se puede encontrar una sentencia de la Corte Suprema, de 2023, en la que indica que «[l]os alimentos deben considerarse y ponderarse tomando en cuenta la realidad de la distribución del cuidado y gastos de vida del hijo».³²

En lo que dice relación con el régimen patrimonial, cabe notar que el legislador ha regulado los gastos de educación, crianza y establecimiento con detalle, y estos son de cargo de la sociedad conyugal, si la hay, y se rigen por las reglas que definen su ejercicio (artículo 230 del Código Civil). En cambio, si no es así, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas. A su vez, el artículo 1740 número 5 del mismo texto prescribe en términos muy parecidos que la sociedad conyugal se hace cargo del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de otra carga de familia. Se califican como carga, los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a los o las descendientes, aunque no lo sean de ambos. Luego, el artículo 1744 del Código Civil norma la manera en que se imputan las expensas ordinarias y extraordinarias de un descendiente común, si se ha pactado sociedad conyugal esta será responsable, salvo que el hijo

31 ORREGO (2023a), pp. 18 y 19.

32 Corte Suprema, rol 87986-23, 13 de julio de 2023.

tuviere bienes propios o el marido o la mujer o ambos de consuno quisieran hacerlas suyas. Por último, si no existe matrimonio o, habiéndolo, no hay sociedad conyugal, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.

Especial mención a los abuelos y abuelas: el deber alimentario de los y las ascendientes

El Código Civil establece cuándo la obligación de alimentos es soportada por los abuelos o abuelas. El artículo 232 prescribe que pasa, por la falta o insuficiencia de ambos padres, a sus abuelos y abuelas, por una y otra línea conjuntamente. Esta situación ha generado un debate doctrinario y jurisprudencial en nuestro derecho respecto de si los abuelos y abuelas tienen obligación alimentaria respecto de sus nietos o nietas. La definición, en nuestro concepto, exhorta a determinar qué naturaleza jurídica tiene ese deber y considerar que esta no se sustrae de la estimación sobre cuáles son los recursos que posee este alimentante, es decir, no se aplica la presunción de recursos dispuesta a favor de los alimentarios menores. Si la obligación de los abuelos o abuelas es parte del derecho de alimentos entre parientes, o sea, progenitores e hijos e hijas, probablemente llegaremos a la convicción de que es subsidiaria, que no pueden ser demandados directamente y que se circunscribe a las necesidades básicas del nieto o nieta, no a sus estudios superiores. Si, en tanto, se acepta que nace de la filiación, como si se tratase de una obligación que comprende tanto a los progenitores como a los abuelos, no es subsidiaria, y entonces podría reclamarse en forma simultánea o incluso antes que a los padres, si es más beneficioso para el NNA y su adecuada subsistencia.³³

Los autores suelen afirmar que los abuelos y las abuelas tienen una responsabilidad subsidiaria de proveer pensión de alimentos a sus nietos y nietas, cuando así sea necesario.³⁴ Se dice que es subsidiaria porque es una obligación secundaria que suple o refuerza a la del progenitor que no ha cumplido.

Así también lo han reconocido los tribunales de justicia:

33 SCHMIDT (2008), pp. 135 y 137.

34 ORREGO (2023a), p. 28.



La responsabilidad de los abuelos en la obligación de alimentar al hijo es subsidiaria, correspondiendo en primer término a los padres. Los abuelos contraen esta obligación subsidiaria cuando falta el padre o madre o en caso de insuficiencia, entendida como el incumplimiento de la obligación de pago o cuando la obligación impuesta no alcanza a cubrir las necesidades del alimentario (Corte Suprema, rol 52065-23, 25 de septiembre de 2023).

«La Corte indica que se ha logrado acreditar la insuficiencia del título preferente y el carácter de los demandados de obligados subsidiarios a pagar pensión alimenticia respecto de su nieto. Concepto de insuficiencia en sentido amplio» (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3003-20, 10 de marzo de 2022, y Corte de Apelaciones de Concepción, rol 849-20, 19 de enero de 2021).³⁵

Por esta razón, planteamos que, para exigir la obligación alimenticia a los abuelos o abuelas, se necesita justificar la insolvencia total o parcial del deudor principal, salvo que se cumpla con los presupuestos de la solidaridad del artículo 18 de la Ley 14.908: «Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia [...], y los que, sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación». Así, si los alimentos decretados por el tribunal no fueron pagados o no fueron suficientes para solventar las necesidades del hijo o hija, se podrá demandar a los abuelos o abuelas, salvo que la única fuente de ingreso de ellos corresponda a una pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia (artículo 3 inciso quinto de la Ley 14.908).

La siguiente sentencia refrenda lo que se acaba de señalar:

El fundamento que sostiene el recurso, en el sentido [de] que no quedó establecida suficientemente la real carencia de recursos del progenitor y no se tuvo por acreditada la de la demandada, no es efectivo, no siendo requisito para ese propósito que se declare judicialmente la incapacidad económica del padre, pues, no está establecido en la ley y generaría una dilación en la satisfacción de las necesidades del alimentario, conculcándose, con esto el derecho a obtener de sus abuelos los recursos

³⁵ *No informado*, Corte Suprema, rol 52065-23, 25 de septiembre de 2023. CL/JUR/39185/2023; *María Prado Zaldívar con Armando Sánchez Rodríguez y otra*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3003-20, 10 de marzo de 2022. CL/JUR/8915/2022; *Tiaren Rodríguez Mendoza con Luz González Pino*, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 849-20, 19 de enero de 2021. CL/JUR/3895/2021.

económicos necesarios para su manutención. El recurrente denunció la falta de acreditación de la situación económica de la demandada, que no percibe ingresos y, objeta que se hayan presumido los ingresos de la demandada en base a un inmueble inscrito a su nombre y a cuentas bancarias.³⁶

Los tribunales han optado por la subsidiaria, arribando a soluciones muy particulares, pues con base en el artículo 232 del Código Civil, si una de las personas progenitoras no paga los alimentos, la obligación pasa a los abuelos o abuelas de la línea de ese progenitor. Sin embargo, el artículo 326 del mismo texto previene que, entre los parientes de un mismo grado, se distribuirá la obligación en proporción a sus facultades. En otra sentencia, la Corte Suprema fijó un criterio muy especial: reconoció que no era necesario probar la insuficiencia; de hacerlo, se provocarían dilaciones que afectan el bienestar del menor.

Proporcionalidad

La proporcionalidad como criterio para determinar los alimentos conduce a considerar que el monto debe ajustarse al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. El Código Civil no lo dice expresamente. Sin embargo, algunas disposiciones de esta misma normativa y de la nueva Ley de Abandono de familia y pago de pensiones permiten afirmar que, el importe de la pensión se cuantifica en consideración a dos situaciones que se trataron previamente: el caudal de quien la solicita y las necesidades de quien la recibe; fijadas esas bases, la pensión debería guardar una adecuada relación o proporción directa con ellas: a mayores ingresos del alimentante o necesidades del alimentario, corresponde una pensión más alta, y más baja si esos parámetros son menores. Sin embargo, ha sido frecuente detectar que la determinación es impugnada cuando no se ajusta palmariamente a la proporcionalidad.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 404-21, 2 de febrero de 2022, se señala que «los padres deben concurrir en partes iguales; sin embargo, disminuye el monto en base a la equidad debido a que el alimentante tiene otras cargas a las que dar

³⁶ No informado, Corte Suprema, rol 61642-23, 2 de noviembre de 2023. CL/JUR/43524/2023.

pensión». En la sentencia de la Corte Suprema, rol 141524-22, 8 de agosto de 2023, se indica que «los padres deben contribuir a los alimentos en proporción a sus respectivas facultades económicas». En Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 634-21, 2 de mayo de 2022, se expresa que «el padre debe asumir una mayor proporción de los gastos del hijo por duplicar sus ingresos a los de la madre». En Corte Suprema, rol 147710-22, 27 de junio de 2023: «La cuantía de la obligación de alimentos debe respetar el principio de proporcionalidad establecido por el legislador, se ha transgredido la ley al considerar que ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones por tener cada uno una nueva carga familiar». En Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 707-21, 3 de mayo de 2022: «La sentencia divide en partes iguales la contribución».³⁷

Esta es una cuestión que los tribunales superiores vienen abordando en numerosas sentencias de unos años a esta parte. Por esta razón, se puede afirmar que este criterio se ha comenzado a aplicar, urge establecer criterios específicos y objetivos que permitan determinar y distribuir los alimentos sobre la base de la proporción que habilite al alimentario o alimentaria para subsistir adecuadamente, resguardando su interés superior, autonomía progresiva y desarrollo integral y que no se impondrá una carga desproporcional o irracional sobre el deudor alimentario.

Límites, montos mínimos y forma de cálculo de la pensión de alimentos

El artículo 7 de la Ley 21.389 confirió al juez la facultad para sobrepasar el límite del 50 % de las rentas del alimentante.³⁸ Sin embargo, en materia de familia, no precisó qué se entiende por renta, de modo que debemos recurrir a la Ley sobre Impuesto a la Renta, cuyo artículo 2 dispone que renta son «todos los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación». La disposición, junto con establecer que el monto de la pensión no excede el monto indicado, prescri-

³⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 404-21, 2 de febrero de 2022; Corte Suprema, rol 141524-22, 8 de agosto de 2023; Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 634-21, 2 de mayo de 2022; Corte Suprema, rol 147710-22, 27 de junio de 2023; Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 707-21, 3 de mayo de 2022.

³⁸ Artículo 2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

be la salvedad de que haya razones fundadas para superarlo, teniendo en cuenta el interés del NNA y amparando el reparto equitativo entre todos los alimentarios.

Por otro lado, en el caso de los menores, el artículo 3 inciso de la Ley 14.908, modificado por la Ley 21.484, presume legalmente que el o la alimentante tiene medios para otorgarlos y establece un mínimo no inferior al 40 % del ingreso de remuneraciones que corresponda según la edad del alimentante, y relacionándose con dos o más menores, la pensión no podrá ser inferior al 30 % por cada uno de ellos. Estas estimaciones pueden ser disminuidas si hubiere razones justificadas para hacerlo. El juez podrá rebajarlo prudencialmente.

Aumento, rebaja o cese de los alimentos

La contribución a los alimentos puede ser modificada según las circunstancias que sobrevengan tanto para quien los recibe como para el o la alimentante (artículo 1 inciso segundo de la Ley 14.908 y artículo 332 del Código Civil).³⁹

Si se trata del aumento de la pensión, tras la reforma, el alimentario o alimentaria cuyos alimentos se hallaban determinados por sentencia judicial o transacción aprobada por los tribunales de justicia y percibía alimentos necesarios conforme al artículo 323 del Código Civil, puede solicitar aumento, si es que este monto no se adecua a los principios de interés superior, desarrollo integral y autonomía progresiva. También si sus necesidades han crecido y el o la alimentante tiene recursos económicos para solventarlas.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 490-21, 17 de agosto de 2021, el tribunal señala que las necesidades actuales de la hija universitaria son mayores que los alimentos fijados cuando era escolar y que no procede que las necesidades de la alimentaria solo sean cubiertas por la madre.⁴⁰

Ahora bien, si se solicita disminución, los alimentos pueden rebajarse en cualquier momento, aun cuando el juicio hubiese terminado por avenimiento y para este efecto, cualquiera sea la situación, el o la demandante debe probar que sus facultades y cargas domésticas han cambiado

³⁹ El artículo 3 transitorio de la Ley 21.389 permite la conversión del monto de la pensión a su equivalente UTM.

⁴⁰ *Camposano con Camposano*, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 490-21, 17 de agosto de 2021. CL/JUR/69338/2021.

de manera tal que no puede seguir pagando la pensión en los términos establecidos en la sentencia que la determinó originalmente.

Así lo evidencian las decisiones de los tribunales, como en la sentencia de la Corte Suprema, 25 de mayo de 2023, que indica que «tanto a la data de presentación de la demanda de rebaja de alimentos como de la dictación de la sentencia no había variación de las circunstancias que se tuvieron en consideración al momento de acordarse la pensión de alimentos cuya disminución se solicita». Y en la de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 456-21, 14 de febrero de 2022, que señala que, para disminuir los alimentos, «el demandante debe acreditar cambio en las circunstancias fácticas existentes».

Finalmente, respecto del cese de los efectos de la obligación de los alimentos, esta se extingue por los modos establecidos en la ley, aunque en el caso de la condonación y la compensación, corresponde tener a la vista algunos recaudos. En cuanto a la primera, el artículo 19 ter inciso segundo de la Ley 14.908 ha establecido que, frente a la solicitud de condonación de la deuda alimenticia presentada por el alimentario o la alimentaria, el tribunal que estimare que a otros que no han comparecido al proceso pudiera corresponderles el ejercicio de una acción de reembolso en contra del alimentante porque han pagado sin estar obligados legalmente o en exceso de lo que era su obligación. Esta acción se tramitará ante el tribunal con competencia en asuntos de familia que hubiere decretado o aprobado la pensión alimenticia, el que deberá ordenar poner el proceso en su conocimiento, para que dentro del término de emplazamiento presenten su demanda; de no hacerlo, caducará su derecho⁴¹. En lo que dice relación con la segunda, el o la alimentante que está impedido de oponer al alimentario lo que este le debe, es decir, no procede la compensación de los alimentos de acuerdo con lo establecido en el artículo 335 del Código Civil en correspondencia con el artículo 1662 del mismo texto. No obstante, las pensiones atrasadas sí pueden compensarse serlo, según el artículo 336 del Código Civil.

Por último, el tribunal debe declarar inadmisibles las demandas de rebaja o cese de pensión si la persona progenitora deudora se encontrare con inscripción vigente en el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos, salvo que se presentaren antecedentes calificados (artículo 1 inciso tercero de la Ley 14.908).

41 Historia de la Ley N° 21.389.

Cese de la obligación de alimentos

En cambio, cesa la obligación de alimentos si las circunstancias que legitimaron la demanda cambian positivamente para el alimentario o la alimentaria, es decir, si puede subsistir por sí mismo. La misma ocurre si fallece; en este caso, la titularidad que ostenta es personalísima y, por consiguiente, intransmisible.

También si el alimentario no socorre al alimentante e incurre en conductas que pueden ser calificadas como injuria atroz, el artículo 324 del Código Civil expresa que la prestación concluye en este caso y que las conductas del artículo 968 constituyen especies de esta falta. Al mismo tiempo, el artículo 979 del mismo texto consigna que la incapacidad o indignidad no priva al heredero o legatario excluido de los alimentos legales, pero en los casos del artículo 968 no tiene derecho a alimentos. Por ello, se concluye que los alimentos efectivamente terminan por injuria y que no ocurre lo mismo si el alimentario o la alimentaria realiza otras de las conductas constitutivas de indignidad. Con todo, la jueza / el juez puede aligerar los alimentos si la conducta del alimentario o alimentaria fuere atenuada por la de él o la alimentante.

Lo mismo ocurre si quien recibe los alimentos ha superado los 21 años y no ha continuado estudios para obtener una profesión u oficio. Aunque la ley establece que los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. El artículo 332 inciso segundo del Código Civil norma la situación de los descendientes y hermanos estableciendo dos edades límite, las que están sujetas a la condición de que siga estudiando.

Lo anterior se puede comprobar, a modo ejemplar, en las siguientes sentencias: Corte Suprema, rol 40388-2022, 1 de marzo de 2023, que señala que «el deber de pagar alimentos respecto la descendencia mayor de 21 años cesa con la adquisición de un oficio, o bien con la finalización de estudios que conduzcan a la obtención de un título profesional». Corte Suprema, rol 47318-21, 31 de marzo de 2022, determina que «los alimentos no tienen un objetivo asistencial permanente, ni de manutención vitalicia. La obligación de dar alimentos respecto de la descendencia mayor de 21 años cesa con la finalización de los estudios».⁴²

42 *Ricardo Gutiérrez Contreras con Damaris Gutiérrez Aparicio*, Corte Suprema,

Asimismo, concluye si el título que tenía ha sido desvirtuado por una sentencia judicial. Por ejemplo, en el caso de la sentencia que acoge una acción de impugnación de la filiación o dé lugar a una reclamación interpuesta juntamente con la primera, o una que acepte la acción de nulidad de reconocimiento. En ambos casos, el título carece de una causa que sirva de base.

A contrario, esta no cesa, es decir se mantienen los alimentos si se trata de personas que se encuentren incapacitadas para subsistir por sí mismas o cuando, por circunstancias calificadas, la jueza / el juez considere que los alimentos son indispensables para su subsistencia.

rol 40388-22, 21 de marzo de 2023. CL/JUR/10838/2023; *Emilio Maldonado López con Sebastián Maldonado Ramos*, Corte Suprema, rol 47318-21, 31 de marzo de 2022. CL/JUR/12478/2022.

Capítulo 2

Coparentalidad, corresponsabilidad y adjudicación del cuidado personal entre progenitores o a terceros

Introducción

El tema de las relaciones paterno / materno-filiales ha sido objeto de profundas transformaciones. El artículo 225 del Código Civil, con la redacción dada por la Ley 19.585, brindaba una clara preferencia a la madre para detentar el cuidado personal cuando los progenitores vivían separados; sin embargo, las tendencias modernas en esta materia apuntan a que ambas personas progenitoras tienen iguales derechos, no solo para detentar el cuidado personal, sino también para los efectos de intervenir en la educación y crianza de sus hijos e hijas. Ello ha llevado al reconocimiento de la coparentalidad y a la adopción del principio de la corresponsabilidad, para demostrar que siempre las personas progenitoras tienen el derecho y el deber de participar en la adopción de las decisiones que influyan en la vida de sus hijos e hijas, no solo en aquellas que determinen su vida futura, sino también en las que afectan su vida cotidiana.

Nociones de coparentalidad y corresponsabilidad

Para Acuña, la coparentalidad es un derecho del hijo o hija al cuidado y educación habitual por parte de ambas personas progenitoras y a relacionarse con estas; su contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con ambas aunque exista una separación entre ellas.⁴³

Por su parte, el artículo 224 del Código Civil establece que, en virtud del principio de la corresponsabilidad, ambas personas progenitoras, vivan juntas o separadas, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos; de ahí que Quintana

43 ACUÑA (2013), p. 39.

explique que la corresponsabilidad parental se traduce en que «los hijos requieren, de ser ello posible, de padre y madre; necesitan, siempre que las circunstancias lo permitan, que ambos progenitores sean responsables de su cuidado personal, de su crianza y educación». ⁴⁴ Cabe tener presente que, en concepto de Barcia, la corresponsabilidad parental se sustenta en el principio del interés superior de los NNA, pero también se encuentra vinculada la igualdad de los progenitores. ⁴⁵

Adjudicación del cuidado personal entre progenitores. Formas de adjudicación

Conforme señala Acuña, el cuidado personal de los hijos e hijas se refiere a los cuidados y atenciones diarias y habituales de este o esta y habilita a quien lo ejerce para tomar por sí solo las decisiones que se refieran a él o ella; el ejercicio de estos deberes presupone una convivencia habitual entre personas progenitoras e hijos o hijas. ⁴⁶ De ahí que el artículo 224 del Código Civil establezca que el cuidado personal de los hijos e hijas toca de consuno a los progenitores, pues, cuando estos viven juntos, dicho ejercicio se produce en forma natural, entregado al libre y espontáneo acuerdo entre ellos. ⁴⁷

Acuña precisa que las funciones de crianza y educación corresponden a ambos progenitores, vivan juntos o separados, en virtud del principio de la corresponsabilidad parental, mientras que el cuidado personal relativo a los cuidados y atenciones diarias y habituales del hijo o hija puede no corresponder a ambos, si los progenitores viven separados. ⁴⁸

Consecuentemente con lo señalado, el tema cobra importancia cuando las personas progenitoras se separan, o bien nunca han hecho vida en común, o cuando los hijos o hijas no tienen determinada su filiación respecto de ambos progenitores. ⁴⁹

Si los progenitores viven separados, se ha sostenido que existen distintas formas de atribución: convencional, legal y judicial.

44 QUINTANA (2020), p. 301.

45 BARCIA (2020), p. 861.

46 ACUÑA (2016), p. 487. En una línea similar, Hernández y Lathrop sostienen que «el cuidado personal se relaciona con la preocupación material, psicológica y espiritual del hijo». HERNÁNDEZ Y LATHROP (2022), p. 251.

47 ACUÑA (2016), p. 488.

48 ACUÑA (2016), p. 489.

49 RODRÍGUEZ (2021), p. 329.

Adjudicación convencional

Es aquella en que los progenitores acuerdan libremente a cuál de ellos corresponderá el cuidado personal, de manera individual, o bien pueden convenir un cuidado personal compartido.

Se trata de un acuerdo solemne, pues, conforme exige el artículo 225 del Código Civil, debe otorgarse por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Dicho acuerdo, de conformidad con lo establecido en la misma disposición, puede modificarse cumpliendo con las mismas solemnidades.

Cabe señalar, como explica Illanes, que, por regla general, este convenio de las personas progenitoras no está sujeto a aprobación judicial, a menos que se trate de un acuerdo alcanzado en el contexto de un juicio de separación judicial o divorcio de común acuerdo, o de uno alcanzado en sede de mediación, pues, en tales hipótesis, sí se precisa de homologación judicial obligatoria.⁵⁰ Barcia agrega que se puede lograr el mismo tipo de acuerdo tratándose de un juicio de nulidad del matrimonio.⁵¹ Esta circunstancia ha planteado algunas críticas, pues no habría un efectivo resguardo del interés superior de los hijos e hijas.⁵²

Con todo, la libertad con la que cuentan los progenitores se encuentra con una limitación: la disposición legal en comento exige que el acuerdo contenga un pacto sobre la relación directa y regular entre los hijos o hijas y el progenitor no custodio. Además, Quintana sostiene que es posible identificar otra limitación: el interés superior de los hijos e hijas; si el acuerdo de los progenitores afectase o lesionase dicho interés superior, la jueza / el juez puede objetar algunas de las estipulaciones.⁵³

Cabe tener presente que la atribución convencional es la única que permite establecer el cuidado personal compartido. El inciso segundo del artículo 225 del Código Civil lo define como un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos progenitores que viven separados en la crianza y educación de los hijos e hijas comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad

50 ILLANES (2021), p. 90.

51 BARCIA (2020), p. 1.049.

52 ACUÑA (2016), p. 499.

53 QUINTANA (2020), p. 369.

y continuidad. Se trata de una forma de asegurar a hijos e hijas los cuidados de ambos progenitores, con quienes tienen vínculos establecidos por una previa vida en común. Si nunca ha existido esa vida en común, es difícil que exista un clima adecuado para un sistema de cuidado personal compartido, pues uno de los progenitores no tendrá vínculos estables con los hijos o hijas y resulta necesario establecer, previamente, tales vínculos, por lo que el cuidado personal compartido puede resultar violento, tanto para el progenitor no custodio como para el hijo o hija.⁵⁴

El cuidado personal compartido consiste en una modalidad del cuidado personal para aquellos progenitores que no viven juntos, que supone un reparto más o menos equitativo de los tiempos de convivencia con los hijos e hijas y de atención a estos, con base en los principios de igualdad, corresponsabilidad y coparentalidad.⁵⁵ A través de esta figura, se busca proporcionar al hijo o hija el cuidado desde la reciprocidad de roles para evitar la generación de vínculos asimétricos como consecuencia de la vida separada de los progenitores.⁵⁶ De esta manera, las personas progenitoras tienen autonomía para repartir el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con ellas.⁵⁷

El hecho de que los hijos e hijas puedan convivir con ambos progenitores en un régimen de cuidado personal compartido no significa que, mientras conviva con uno, el otro deje de estar presente, por lo que se debe establecer un régimen comunicacional con el progenitor con quien el hijo o hija no está conviviendo.⁵⁸ De la misma manera, deberá acordarse la forma de cumplir con la obligación alimenticia, pues, aunque exista un régimen de cuidado personal compartido, de todas formas ambos progenitores deben contribuir a satisfacer las necesidades alimenticias de sus hijos e hijas.⁵⁹

Cabe tener presente que el legislador chileno no ha optado por un sistema específico de residencia o modalidad de custodia compartida,

54 RODRÍGUEZ (2021), p. 331.

55 ACUÑA (2016), p. 497.

56 ACUÑA (2016), pp. 498 y 499.

57 ACUÑA (2016), p. 499.

58 En este sentido, Illanes explica que «será necesario regularlo en aquellos casos en que la residencia principal sea fija con uno de los progenitores, en todos aquellos casos que el tipo de alternancia así lo requiera –por comprender períodos de alternancia relativamente distantes–». ILLANES (2021), p. 108.

59 ILLANES (2021), p. 108.



esto es, la alternancia física de residencia del hijo en el domicilio de cada uno de los progenitores o la rotación parental en la vivienda asignada; por el contrario, la disposición legal es lo suficientemente flexible para que se pueda acordar cualquiera de estos sistemas, el cual, además, podrá ir adecuándose en el tiempo, de conformidad con las características de los progenitores, la estructura familiar, la etapa evolutiva de los hijos e hijas y las variaciones sustanciales de las circunstancias que pueden ir presentándose durante el transcurso del régimen.⁶⁰

Barcia agrega que la ley no se refiere a la posibilidad de repartir las funciones que comprende la autoridad paterna, el cuidado personal o la patria potestad; sin embargo, todo indica que ello sí sería posible, debido a que, si se puede acordar el cuidado personal compartido, con mayor razón se pueden dividir las funciones que abarca la filiación.⁶¹

Conforme lo señala el artículo 245 inciso primero del Código Civil, el acuerdo sobre el cuidado personal compartido tiene como efecto automático el ejercicio conjunto de la patria potestad, sin perjuicio de que esta puede modificarse, también de común acuerdo.

Adjudicación legal

Es aquella que hace la ley. El artículo 225 inciso tercero del Código Civil establece que, a falta de acuerdo entre los progenitores, el cuidado personal de los hijos o hijas corresponderá a aquel de ellos con quien se encuentren conviviendo; se trata de una situación fáctica, pues, en todo momento, el cuidado personal de la progenie debe estar radicado en alguien.⁶²

Como puede advertirse, se trata de una forma supletoria de atribución del cuidado personal⁶³ y este nunca será compartido, pues para ello siempre se requiere de acuerdo de los progenitores.

Con todo, Barcia señala que, en la práctica, el progenitor que conviva con el NNA puede solicitar al tribunal una sentencia de mera declaración de cuidado personal supletorio, ya que tal declaración puede resultar necesaria para acreditar la representación legal del hijo o hija. Agrega que dicha acción debe someterse al procedimiento ordinario ante los

60 ACUÑA (2016), p. 498.

61 BARCIA (2020), p. 1051.

62 ACUÑA (2016), p. 490.

63 RODRÍGUEZ (2021), p. 332.

tribunales de familia, por lo que exige mediación obligatoria previa; en el juicio debe citarse al otro progenitor, como legítimo contradictor, y se trataría de una acción diferente de la de cuidado personal, concedida por la jueza / el juez conforme al interés superior de los NNA. Asimismo, el progenitor demandado, junto con contestar la demanda oponiéndose, puede demandar reconventionalmente el cuidado personal; si ello ocurre, el objeto del juicio será la determinación del cuidado personal de conformidad con el artículo 225 inciso cuarto CC.⁶⁴

Adjudicación judicial. Criterios que establece la ley para adjudicar el cuidado personal

Es aquella que hace la jueza / el juez cuando las circunstancias lo requieran o el interés superior del hijo o hija lo haga conveniente (artículo 225 inciso cuarto del Código Civil). Conforme explica Barcia, la regla de adjudicación judicial del cuidado personal es que este se asigne, de conformidad con el interés superior de los NNA, al progenitor que tenga mayores habilidades parentales.⁶⁵

Se ha sostenido que esta clase de adjudicación necesariamente dará lugar a un ejercicio individual del cuidado personal,⁶⁶ pues el cuidado personal compartido solo puede establecerse por acuerdo de las personas progenitoras. Sin embargo, Barcia sostiene una posición contraria: en efecto, en su concepto, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por un sistema de custodia conjunta de atribución judicial en caso de conflicto entre los progenitores, por regla general, según se desprende de los artículos 224 inciso primero, 230 inciso primero y 234 inciso primero, todos del Código Civil, aunque se otorgue el cuidado personal a uno de ellos.⁶⁷

64 BARCIA (2020), p. 1047. Sin embargo, advierte que habría otra tendencia jurisprudencial que sostiene que, más que un juicio, se trataría de una gestión voluntaria a la que hay que citar al otro progenitor, debiendo este ser escuchado en audiencia y, si se opone, el asunto se transforma en contencioso. BARCIA (2020), p. 1047. Con todo, la Corte Suprema ha sostenido que se trata de un asunto contencioso, en el que se tiene al legítimo contradictor como legitimado pasivo. Corte Suprema, rol 37486-2015(reservada), 10 de mayo de 2016.

65 BARCIA (2020), p. 1040.

66 ACUÑA (2016), p. 491.

67 BARCIA (2020), pp. 1039-1041. Agrega que «el cuidado personal compartido –en que la residencia es alternada o conjunta– es un tipo de cuidado personal –que se ha entendido erróneamente que solo puede ser de común acuerdo–». BARCIA (2020), p. 1041.

La disposición legal en comento señala que la jueza / el juez podrá confiar al otro progenitor el cuidado personal de uno o más hijos o hijas cuando, por acuerdo, por disposición de la ley o por una resolución judicial previa, se hubiera establecido un cuidado personal individual, o bien se podrá radicar en uno solo si se había acordado un cuidado personal compartido.

Como explica Acuña, la Ley 20.680 aportó una serie de orientaciones concretas a la jueza / el juez que le permitirán evaluar las circunstancias del caso para determinar si se requiere un cambio en el cuidado personal de los hijos;⁶⁸ tales criterios aparecen en el artículo 225-2 del Código Civil y son los siguientes:

- La vinculación afectiva entre el hijo o hija y sus progenitores, y demás personas de su entorno familiar. Se trata de la relación emocional que se establece entre el hijo o hija y la persona que lo cría o cuida, y se expresa por el modo en el que el niño o niña que lo establece despliega determinadas conductas, con el objetivo de mantener físicamente cerca la persona de referencia; para estos efectos se debe observar la relación concreta que mantenga y haya mantenido el hijo o hija con ambos progenitores, con el objeto de caracterizar el tipo de vinculación emocional o apego que tenga respecto de cada uno de ellos.⁶⁹
- La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del hijo o hija y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad. Este factor se vincula a las competencias parentales, entendidas como las capacidades prácticas de las personas progenitoras para cuidar, proteger y educar a sus hijos e hijas, y asegurarles un desarrollo sano, concepto que incluye los conocimientos, actitudes y destrezas prácticas de los progenitores, comprendiendo las competencias vinculares, formativas, protectoras y reflexivas. Este criterio debe ser evaluado por un perito, mediante un instrumento

68 ACUÑA (2016), pp. 495 y 496. La Corte Suprema ha señalado que el legislador ha desplazado el foco de atención desde la inhabilidad, como una forma de reprobación o sanción a los progenitores, a una interpretación centrada en los NNA como sujetos de derecho, respecto de quienes ambos progenitores deben tomar parte activa en las decisiones fundamentales relativas a su crianza y desarrollo, con el interés superior del NNA como preocupación esencial. Corte Suprema, rol 4827-17 (reservada), 11 de julio de 2017.

69 ILLANES (2021), p. 95.

diseñado especialmente para estos efectos y previamente seleccionado por este.⁷⁰ Barcia agrega que este criterio es más objetivo, pues recurre a un elemento externo a la voluntad de los involucrados, cual es garantizar el bienestar del hijo o hija y procurar un entorno adecuado para estos. El bienestar del hijo o hija se entiende como el desarrollo de los derechos de la infancia, comprendiendo tanto la protección de la infancia como el desarrollo de los NNA, lo que se refiere a su salud, seguridad, mantención, educación, etc.⁷¹

- La contribución a la mantención del hijo o hija mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro progenitor, pudiendo hacerlo. Cabe tener presente que la falta de contribución económica del progenitor no custodio no es inhabilitante para detentar el cuidado personal de uno o más hijos o hijas, pero sí es un factor que la jueza / el juez debe considerar al resolver el conflicto respecto de la custodia. Este factor constituye un incentivo para que los progenitores cumplan con sus obligaciones alimenticias, al poner de manifiesto que la corresponsabilidad parental no es solo un reparto equitativo de derechos, sino que también la asunción conjunta de obligaciones. Además, este criterio proporciona un elemento predictor a la jueza / el juez para los efectos de determinar si el progenitor que demanda el cuidado personal es o no una persona comprometida con la plena satisfacción de los derechos de sus hijos e hijas, que es lo que comprende su interés superior.⁷²
- La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo o hija y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229. Como explica Barcia, la actitud de uno de los progenitores para con el otro, en la medida en que se le asigne el cuidado personal, permite desarrollar la corresponsabilidad parental, toda vez que el progenitor no custodio debe participar en la crianza y educación de sus hijos e hijas, lo que solo es posible si el progenitor custodio coopera.⁷³ Este factor puede operar como una sanción frente a las accio-

70 ILLANES (2021), p. 96.

71 BARCIA (2020), p. 1062.

72 ILLANES (2021), p. 97.

73 BARCIA (2020), p. 1064.

nes u omisiones realizadas por el progenitor custodio, tendientes a obstaculizar y perjudicar la relación del hijo o hija con el otro progenitor.⁷⁴

- La dedicación efectiva que cada uno de los progenitores procuraba al hijo o hija antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades. Este factor implica revisar la historia vital del hijo o hija para determinar la dinámica particular de relación que este ha tenido con sus progenitores; se trata de una revisión del pasado, pero con una proyección hacia el futuro en relación con las posibilidades concretas que las personas progenitoras tienen para ofrecer al hijo o hija un entorno adecuado y estable para su desarrollo. El juicio de cuidado personal no es un juicio de reproche al progenitor custodio, pues el progenitor que demanda tiene la carga de probar que tiene la posibilidad concreta de dedicarse al hijo o hija, ya sea porque históricamente lo ha hecho, o bien porque ha existido un cambio de circunstancias que le permiten asegurar una real disponibilidad para hacerlo en el futuro.⁷⁵ Barcia precisa que este criterio, más que buscar la estabilidad de la relación de filiación, busca asegurar que el progenitor custodio pueda desarrollar de mejor forma los derechos fundamentales de los NNA, para lo que se deberá considerar el tiempo que cada progenitor puede destinar a su hijo o hija.⁷⁶ De ahí que, a juicio de Acuña, si los tribunales aplican erróneamente este criterio y solo miran al pasado, se llegará nuevamente a la preferencia materna, al menos en aquellos casos en los que la madre se dedica exclusivamente a las labores domésticas, pues ella desarrollará una mayor cercanía con hijos e hijas.⁷⁷

74 ILLANES (2021), p. 97.

75 ILLANES (2021), p. 98. En este sentido, la Corte Suprema ha resuelto que el cuidado personal de una niña corresponderá a su padre «no solo por la circunstancia de encontrarse la madre residiendo en el extranjero, sino también por un cúmulo de factores, tales como la mayor vinculación entre la menor y su padre al haber vivido junto a este gran parte de su existencia y la aptitud del padre para garantizar su bienestar y otorgarle un entorno adecuado, lo que se traduce en el hecho de haberle proporcionado a la niña un arraigo familiar y una situación de estabilidad que resulta indispensable para su desarrollo». Corte Suprema, rol 10358-13 (reservada), 13 de febrero de 2014.

76 BARCIA (2020), p. 1065.

77 ACUÑA (2018), p. 165.

- La opinión expresada por el hijo o hija. A juicio de Pinto, el derecho a ser oído está compuesto por tres elementos: el derecho a la audiencia, la expresión del libre parecer y el respeto.⁷⁸ Por su parte, Rossel, a partir de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que este derecho comprende la libertad de expresión de los NNA, que su opinión sea tomada en cuenta y que sean escuchados en un ambiente adecuado, lo que implica que su intervención no genere un daño mayor en los NNA que se encuentran afectados por otras circunstancias. Agrega que todos los órganos del Estado deben implementar las medidas necesarias para respetar estos principios, especialmente cuando los NNA se ven enfrentados a un proceso judicial en el que requerirán de una protección especial.⁷⁹ En relación con este criterio, Illanes plantea que no basta con dejar constancia de que se recabó la opinión del hijo o hija, sino que es necesario que dicha opinión esté integrada en el fallo.⁸⁰ Nosotros agregamos que la opinión estará integrada en el fallo cuando la jueza / el juez haya señalado las razones que lo llevan a aceptar o rechazar la opinión dada por el hijo o hija. En un sentido similar, Barcia sostiene que la jueza / el juez debe tomar en consideración la declaración en sí misma, lo que hace obligatorio analizar su estado, edad y madurez, y luego analizarla en el contexto de los otros criterios que establece la disposición legal en comento, de manera que si ambos progenitores presentan habilidades parentales similares, y se elige a uno como custodio en contra de la opinión dada por el hijo o hija, como su opinión debe ser tomada en cuenta, la relación directa y regular debiera ser sumamente amplia, o bien debiera adoptarse el cuidado personal compartido.⁸¹
- El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar. Para estos efectos, las partes deberán ofrecer la prueba pericial en la audiencia preparatoria, identificando al perito y especificando el objeto de la pericia, la que, por lo general, estará destinada a la evaluación de la calidad del vínculo entre el hijo o

78 PINTO (2019), pp. 275-277.

79 ROSSEL CASTAGNETO (2022), pp. 124 y 125.

80 ILLANES (2021), p. 99.

81 BARCIA (2020), p. 1068.

hija y sus progenitores, y las competencias parentales de estos.⁸²

- Los acuerdos de las personas progenitoras antes y durante el respectivo juicio. Illanes explica que la consideración de acuerdos, especialmente los anteriores al juicio, puede arrojar antecedentes que den cuenta de regímenes de cuidados fácticos distintos de aquellos formalizados en un acuerdo o sentencia.⁸³ Por su parte, Barcia sostiene que este criterio incentiva a que los progenitores ofrezcan acuerdos de parentalidad suficientemente amplios, que permitan a la jueza / el juez evidenciar la preocupación real de aquellos respecto de la coparentalidad.⁸⁴ Acuña agrega que la ley no exige que estos acuerdos sean escritos, por lo que también se deben considerar los acuerdos verbales, tácitos, que se evidencian por medio de las prácticas previas de los progenitores.⁸⁵
- El domicilio de las personas progenitoras. Este factor, a juicio de Illanes, es relevante, pues, en caso de haberse demandado el cambio en la titularidad del cuidado personal y el demandante vive en un lugar distante del lugar donde está viviendo el hijo o hija, si se acoge la demanda, ello tendrá numerosas repercusiones en la vida del hijo o hija, como cambio de colegio, barrio, amigos, etc.⁸⁶ En un sentido diverso, Barcia sostiene que no debiera ser un criterio determinante para asignar el cuidado personal, pues, si se considera que cualquier cambio vulnera los derechos del NNA, el criterio de asignación no sería el interés superior de este, sino que el progenitor con quien convive siempre tendría el cuidado personal de manera definitiva; agrega que este criterio se puede ver de dos formas: una estática, siendo relevante para la determinación de la relación directa y regular, pues, si los progenitores viven lejos, es difícil establecer una relación directa y regular amplia durante los meses de colegio; la segunda es dinámica, como un criterio para excluir el cuidado personal de uno de los progenitores, por ejemplo, si el que tiene el cuidado personal cambia de domicilio al hijo o hija para alejarlo del progenitor no custodio.⁸⁷

82 ILLANES (2021), p. 101.

83 Ídem.

84 BARCIA (2020), p. 1070.

85 ACUÑA (2018), p. 168.

86 ILLANES (2021), p. 102.

87 BARCIA (2020), pp. 1070 y 1071.

- Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo o hija. Dentro de ellos, es posible citar la existencia de violencia intrafamiliar, los abusos en contra del hijo o hija y cualquiera otra situación de riesgo para los NNA.⁸⁸

Estos criterios deben ser considerados y ponderados en conjunto; la jueza / el juez no puede basar su decisión en uno solo. Cabe tener presente que no existe un orden de prelación entre ellos y tampoco se trata de un listado taxativo.⁸⁹

Por otro lado, debe considerarse que hay criterios que están excluidos, como la situación económica de los progenitores, la orientación sexual de estos o cualquier otro que atente gravemente contra los derechos fundamentales de los progenitores o de los NNA.⁹⁰

Cabe tener presente que la misma disposición insta que, en la misma resolución, la jueza / el juez deberá establecer, de oficio o a petición de parte, la frecuencia y libertad con la que el progenitor no custodio mantendrá una relación directa y regular con los hijos o hijas, considerando su interés superior y los criterios dispuestos en el artículo 229 del Código Civil.

Barcia advierte que los tribunales, en vez de analizar estos criterios en su conjunto, se limitan a enumerar los criterios que contiene la disposición legal, lo que resulta muy grave, ya que los mismos criterios deben servir para determinar el contenido concreto de la relación directa y regular de los hijos e hijas con el progenitor no custodio, toda vez que permiten establecer en qué aspectos de la crianza y educación participará este último. Lo anterior, en su concepto, es consecuencia de que la corresponsabilidad parental, más que determinar a cuál de los progenitores corresponderá el cuidado personal, debe determinar de qué aspectos de la crianza y educación de hijos e hijas debe hacerse cargo el progenitor no custodio.⁹¹

Adjudicación del cuidado personal a terceros

En esta sección consideraremos las formas de adjudicación del cuidado personal a terceros y los casos en que esta procede.

⁸⁸ BARCIA (2020), p. 1071.

⁸⁹ ACUÑA (2016), p. 497.

⁹⁰ BARCIA (2020), p. 1071.

⁹¹ BARCIA (2020), pp. 1059 y 1060.

Forma de adjudicación

En una primera aproximación, cabe tener presente que, como explica Rodríguez, no son admisibles las convenciones sobre cuidado personal entre alguno de los progenitores, incluso si es viudo o solo, con un tercero, sea pariente o extraño, pues tanto la paternidad como la maternidad son intransferibles e indelegables.⁹² En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 226 y 227 del Código Civil, la atribución del cuidado personal a terceros, sean parientes o extraños, siempre debe hacerla la jueza / el juez por motivos fundados y, en todo caso, será de procedencia excepcional.⁹³

Casos en que procede

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil, la adjudicación del cuidado personal a terceros solo será procedente en caso de inhabilidad física o moral de ambas personas progenitoras. En concepto de Rodríguez, no es suficiente el interés superior del hijo o hija.⁹⁴ Por su parte, Acuña precisa que, para que se pueda entregar el cuidado personal a un tercero, es indispensable que ambos progenitores estén inhabilitados, pues si es solo uno el afectado por una inhabilidad, el cuidado personal corresponde al otro progenitor.⁹⁵ En esta línea, Illanes sostiene que la intervención del tribunal debe darse, necesariamente, en un juicio ordinario, de lato conocimiento, destinado a acreditar la inhabilidad de los progenitores y la aptitud concreta del tercero para asumir el cuidado personal;⁹⁶ es decir, no basta con probar la inhabilidad de ambos progenitores, sino que, además, el tercero tendrá que acreditar su propia habilidad de conformidad con los criterios que establece el artículo 225-2 del Código Civil.⁹⁷

La disposición legal en comento se debe complementar con el artículo 42 de la Ley 16.618, que establece los casos en que se entenderá que

92 RODRÍGUEZ (2021), p. 333.

93 ILLANES (2021), p. 111. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en sentencia de 5 de septiembre de 2016, rol 16275-2016.

94 RODRÍGUEZ (2021), p. 337.

95 ACUÑA (2016), p. 501.

96 ILLANES (2021), p. 112.

97 ILLANES (2021), p. 118.

uno o ambos progenitores se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral para los efectos del artículo 226 del Código Civil:

- Incapacidad mental. Con todo, en concepto de Illanes, esta causal debe interpretarse armónicamente en relación con los artículos 23.2 y 23.4 de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por Chile en 2008, que se refieren al derecho de las personas con discapacidad a cuidar a sus hijos e hijas, debiendo el Estado apoyar este cuidado.⁹⁸
- Alcoholismo crónico.
- No velar por la crianza, cuidado personal o educación del hijo o hija.
- Consentir en que el hijo o hija se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o mendicidad.
- Condena por secuestro o abandono de menores.
- Maltratos o dar malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de este en el hogar constituyere un peligro para su moralidad.
- Otras causas que coloquen al menor en peligro moral o material. Este caso permite sostener que las causales que menciona la disposición legal en comento no son taxativas.⁹⁹

Rodríguez agrega que, demostrado el presupuesto legal que permite sustraer al hijo o hija del cuidado personal de sus progenitores, el criterio judicial para adjudicarlo es el interés superior de los NNA.¹⁰⁰

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil, en la elección de la persona a quien se va a confiar el cuidado personal se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes o al cónyuge o conviviente civil del progenitor, según corresponda. A partir de ello, Acuña plantea que la Ley 20.830 alteró la posición de privilegio que tenían, hasta entonces, los abuelos, permitiendo expresamente que personas que no tienen parentesco por consanguinidad con los hijos e hijas, pero que sí tienen relaciones afectivas importantes con estos, puedan ejercer el cuidado personal, en la medida en que ello sea acorde con el interés superior de aquellos.¹⁰¹ Por su parte, a juicio

98 ILLANES (2021), p. 114.

99 ILLANES (2021), p. 115.

100 RODRÍGUEZ (2021), p. 338.

101 ACUÑA (2016), p. 501.

de Illanes, esta modificación, si bien constituye un avance respecto de las denominadas familias ensambladas o reconstituidas, solo favorece a NNA insertos en familias fundadas en matrimonios o acuerdos de uniones civiles y para el solo efecto de conferir el cuidado personal en caso de inhabilidad de ambos progenitores, lo cual, en su concepto, resulta insuficiente.¹⁰²

Cabe tener presente que el tercero debe demostrar que puede garantizar el bienestar de los NNA y que está en condiciones de procurarles un entorno adecuado conforme a su edad; también debe probar su actitud o comprometer su cooperación y respeto con el régimen comunicacional que se establezca respecto de sus progenitores. De ahí que su competencia se refiera a su capacidad para cuidar niños y niñas, y para dar una respuesta adecuada a sus necesidades; por lo que, en el juicio, se debe probar y evaluar la competencia parental del tercero referida a sus capacidades prácticas concretas de cuidado, protección y educación de los NNA.¹⁰³

Por su parte, en concepto de Illanes, el orden de prelación que contempla esta disposición podrá alterarse cuando las circunstancias del caso lo exijan, pues corresponde que el tribunal favorezca al tercero que está en mejores condiciones de satisfacer el interés superior del NNA de que se trata, por sobre los vínculos formales de parentesco que puedan existir entre el NNA y el adulto.¹⁰⁴

Cuando el tribunal confiere el cuidado personal del hijo o hija a un tercero, cesa el derecho de los padres a vivir con él o ella y a tenerlo en compañía de manera permanente. Por el contrario, subsiste el derecho –deber– de mantener una relación directa y regular, aunque la ley no estableció el deber de la jueza / el juez de fijar, en la misma sentencia, un régimen comunicacional, por lo que este deberá fijarse por acuerdo entre progenitores y tercero, o este tendrá que demandarlo por cuerda separada. De la misma manera, subsiste la obligación alimenticia de los progenitores respecto de sus hijos e hijas, debiendo fijarse la pensión correspondiente por acuerdo o por sentencia.¹⁰⁵

102 ILLANES (2021), p. 119.

103 ACUÑA (2018), p. 228.

104 ILLANES (2021), p. 118.

105 ILLANES (2021), pp. 119 y 120.

Capítulo 3

Presupuestos de determinación de la relación directa y regular con la persona progenitora no custodia y los abuelos o abuelas

Aspectos generales

La familia constituye el principal agente de desarrollo socioemocional de los NNA, pues les transmite valores y normas de conducta que en el futuro facilitan o impiden su ajuste psicológico y social. La forma de criar y educar a sus hijos e hijas que adopten los progenitores influirá significativamente en el desarrollo posterior de aquellos. De este modo, es muy importante que las personas progenitoras desarrollen competencias parentales que les permitan relacionarse y resolver los conflictos en todas las circunstancias, estén juntos o separados.

En ese contexto, a veces las familias que se encuentran pasando un proceso de separación o divorcio adoptan decisiones que debilitan la cohesión familiar y que afectan el bienestar de los hijos e hijas. De ahí que el desajuste que se produce en los niños y niñas tras la separación no deriva de la ruptura, sino del funcionamiento de la familia posteriormente.¹⁰⁶ Algunas de esas decisiones han puesto de relieve la importancia de analizar los presupuestos para determinar la relación directa y regular con la persona progenitora no custodia y los abuelos y abuelas. Se observa que los tribunales –en ocasiones– se limitan a invocar el interés superior del niño o niña, sin atribuirle contenido ni relacionarlo con algún hecho que acredite que es beneficioso de acuerdo con los criterios o elementos que establece el ordenamiento.

Puede afirmarse que el sistema acusa la existencia de ciertos problemas que plantean diferentes interrogantes, relativas al modo en que los tribunales de justicia pueden garantizar estos derechos, y también a la forma en que se interpreta el derecho a ser criado y educado por los progenitores y crecer en compañía de ambos, aunque estén separados.

¹⁰⁶ OTÁROLA (2021), p. 1188.

Por este motivo, en las páginas que siguen se indaga sobre la relación directa y regular en el ordenamiento y en la judicatura chilena y se responde a preguntas como las siguientes: ¿cómo y con base en qué criterios se adjudica la relación directa y regular a la persona progenitora no custodia o a los abuelos? ¿Qué acciones toman los jueces para cumplir adecuadamente con el mandato de la Convención de los Derecho del Niño en cuanto a la relación directa y regular? ¿Cómo se puede operacionalizar la relación directa y regular en situaciones difíciles?

En el estudio y desarrollo de la investigación que se transcribe, se utilizaron diversas fuentes documentales, sentencias de los tribunales superiores de justicia, doctrina chilena y comparada y fuentes primarias, entre otros documentos.

De esta forma, se obtendrá como resultado la interpretación y aplicación que se hace de los criterios establecidos por la ley para atribuir la relación directa y regular en nuestro sistema jurídico.

Derecho de los NNA a mantener una relación directa y regular

Como consecuencia de la filiación, nace entre los progenitores y los hijos o hijas una serie de deberes y derechos. Entre estos se encuentran todos aquellos que permiten relacionarse, comunicarse y vivir juntos con los hijos e hijas. Se trata de deberes paternofiliales que se concretan día a día, tanto en aspectos patrimoniales como extrapatrimoniales, y que se basan, por una parte, en la obligación de los progenitores de procurar su mayor realización espiritual y material posible, y, por otra, en que los hijos e hijas deben respeto y obediencia a sus progenitores. Cuando los progenitores viven juntos, la participación resulta o debiera ser comúnmente activa, equitativa y permanente. Sin embargo, la separación de los progenitores impide que convivan ambos con los hijos o hijas, incluso si se acuerda el cuidado personal compartido.

De este modo, si se encuentran separados, a ambos les corresponde cumplir con estos deberes y ejercer sus derechos, sea que se atribuya el cuidado personal del NNA a uno y al otro la relación directa y regular. Así lo establece la Ley 20.680: «Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de estos en la vida del hijo, estableciendo las

condiciones que fomenten una relación sana y cercana»,¹⁰⁷ con lo cual la persona progenitora que no tiene el cuidado de los hijos o hijas comparte la corresponsabilidad de criar y educarlos.

Así lo ha ratificado la Corte Suprema al modificar un régimen de cuidado personal, propendiendo a uno más equitativo entre ambos padres, de manera que les permita en forma igualitaria satisfacer las necesidades y expectativas de los NNA. En ese contexto, indica que la corresponsabilidad constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos progenitores en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos e hijas, como su crianza y su educación, a fin de que el niño o niña disfrute a ambos padres de la manera más natural, formadora, sana y afectiva posible, siempre considerando su interés superior como el objetivo fundamental, en el que los padres deben cooperar y deponer sus propios beneficios.¹⁰⁸

El ordenamiento chileno regula el cuidado personal en el artículo 224 del CC, el cual dispone que corresponde a los progenitores, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos e hijas. Por su parte, el artículo 225 del mismo cuerpo legal agrega que, en caso de que los progenitores vivan 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. Se establece, ahí mismo, que, a falta de acuerdo, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. Es decir, el derecho chileno contempla la posibilidad de acordar el cuidado personal en uno de los progenitores o compartirlo en el caso de que se hayan separado. No obstante, si la jueza / el juez atribuye el cuidado personal del hijo o hija a uno de los progenitores, la ley reconoce y garantiza que aquel niño o niña cuyos progenitores se encuentran separados mantendrá contacto directo y regular con aquel de los progenitores con quien no viva, a través de la mantención periódica y estable del vínculo familiar,¹⁰⁹ velando por el interés superior, el derecho a ser oído y la evolución de sus facultades y considerando los criterios especiales

¹⁰⁷ El artículo 229 fue sustituido por el numeral 8 del artículo 1 de la Ley 20.680, publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 2013.

¹⁰⁸ S. c/ C. s, Corte Suprema, rol 42651-17, 18 de abril de 2018. MJJ55284.

¹⁰⁹ Artículo 9 numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

establecidos en el artículo 229 del Código Civil. Para tales efectos, se indican: i) la edad del hijo, ii) la vinculación afectiva, iii) el régimen de cuidado personal vigente y iv) cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo, exigiéndose al juez que el régimen que decreta asegure la mayor participación y corresponsabilidad de las personas progenitoras en la vida del hijo o hija. Por tanto, la ley no solo define la relación directa y regular, sino que distingue claramente el cuidado personal del régimen de relación directa y regular.

Mientras el primero supone ejercer la crianza y la educación del hijo o hija, el segundo se entiende como el derecho a mantener un contacto regular con el padre o madre con el cual no convive.

La relación directa y regular comprende la convivencia, el trato y la comunicación. En cuanto a la primera, esta «se traduce en la mayoría de los casos y según la modalidad del régimen que se adopte, en tener a los niños temporalmente en su compañía y, por tanto, incluye la estancia y la pernocta; cuando ello no es posible, la vinculación puede llevarse a cabo por medio de formas más atenuadas de contacto».¹¹⁰

Así lo han señalado los tribunales de justicia en un caso en el que el padre solicita que se revoque el fallo de primera instancia, que acogió la demanda de relación directa y regular en cuanto dispuso que el demandante se podía contactar con sus hijos, todos los días, por vía telefónica, correo electrónico u otra forma de comunicación remota. La Corte Suprema enmienda la decisión basada en el hecho de que los niños y niñas tienen derecho a disfrutar de una relación sana y cercana con su padre y la familia paterna extensa, y ser objeto de sus cuidados, protección y cariño, no pudiendo limitarse el régimen a una forma tan precaria como lo es un contacto diario por vía telefónica u otra forma de comunicación similar, puesto que debe asegurar calidad y utilidad del tiempo para el beneficio de los niños y niñas, que garantice la debida oportunidad para el ejercicio del rol de crianza y de recreación que le corresponde al padre, a fin de que sus hijos e hijas disfruten a ambos padres de la manera más natural, formadora, sana y afectiva posible, garantizando la mayor cercanía al criterio y expectativa de lo óptimo, y siempre considerando su interés superior como el objetivo fundamental, en lo que los padres deben cooperar y deponer sus propios beneficios.¹¹¹

110 ACUÑA (2022), p. 13.

111 *Chávez c/ Reyes s/*, Corte Suprema, rol 38044-17, 27 de diciembre de 2017. MJJ53321.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago modificó el régimen de relación directa y regular debido a que ambos padres se encuentran capacitados para desempeñar el cuidado personal de la niña, dando cuenta de que no existen datos específicos que apunten a alguna inhabilidad de los padres, lo cual, además, se encuentra corroborado por testigos. No hay antecedentes que permitan arribar a la conclusión de que una relación más amplia con el padre pueda ser perjudicial para la niña. A su vez, estima que para cautelar la estabilidad emocional de la niña es menester mantener una relación directa y regular relativamente equilibrada entre ambos padres. Lo anterior debe, además, vincularse con la que ha sido la opinión de la niña vertida en la audiencia reservada realizada en esta instancia, quien ha manifestado su deseo en orden a mantener una relación directa y regular con su padre en una extensión mayor de aquella que actualmente rige. Por tanto, aparece que la niña requiere de la presencia de ambos padres en la etapa de su desarrollo y, por lo mismo, es menester que se fije un régimen de relación directa y regular que considere las necesidades afectivas, psicológicas y sociales de la niña, tomando en cuenta su edad y la etapa dentro del ciclo vital que actualmente transita.¹¹²

En otro caso, la Corte Suprema revocó la sentencia que autorizaba la salida del país por el término de un año debido a que omitió salvaguardar el derecho-deber del padre de mantener con la niña la relación directa y regular ya existente, de manera compatible con su viaje al extranjero al cuidado de la madre, mediante un debido pronunciamiento sobre el régimen comunicacional de la hija con su padre durante su estadía en ultramar.¹¹³

En cambio, en otro caso en el que también analizó si procedía autorizar la salida del país de la hija menor de edad con su madre hasta que cumpla la mayoría de edad, desestimó la solicitud del padre. La sentencia consideró el interés superior de la niña, el régimen comunicacional con el padre y el arraigo de la madre en su país de origen.¹¹⁴

¹¹² *González c/ Pye s*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2215-16, 22 de noviembre de 2019. MJJ47328. En el mismo sentido, *G. c/ R. s/*, Corte Suprema, rol 40678-17, 26 de febrero de 2018. MJJ54613.

¹¹³ *A. c/ B. s/*, Corte Suprema, rol 4992-19, 30 de marzo de 2020. MJJ304927. En el mismo sentido, *V. c/ C. s/*, Corte Suprema, rol 2814-18, 24 de septiembre de 2018. MJJ57879.

¹¹⁴ *Reyes Reyes Yohanny Adellensky con Ortiz Pérez Pablo Andrés*, Corte Suprema, Sala Cuarta Mixta, rol 30509-20, 6 de octubre de 2020.

En consecuencia, se trata de un derecho tanto de los NNA como de la persona progenitora que no convive con él o ella. Tanto es así que resulta imprescindible para cumplir con las obligaciones personales que nacen de la filiación: la crianza o cuidado personal de los hijos e hijas; y la educación y establecimiento, esto es, procurarle la educación, profesión u oficio que le permita subsistir autónomamente.

Ahora bien, aunque se suele enfatizar que la relación directa y regular es un derecho, es al mismo tiempo un deber para el titular y el progenitor que tiene el cuidado personal; para el primero, porque debe cumplirlo, y para el segundo, debido a que debe permitir su desarrollo y mantención. Así, la inobservancia provoca ciertas consecuencias jurídicas. El incumplimiento por cualquiera de los progenitores puede servir de fundamento para la modificación del régimen e incluso para un apremio respecto del progenitor custodio que obstaculiza o impide la relación directa o regular.

En efecto, si por alguna razón la persona que tiene el cuidado de los NNA entorpece o impide la relación directa y regular, el tribunal puede autorizar que el progenitor recupere el tiempo que no pudo vincularse. A su turno, si el progenitor custodio no cumple, la jueza / el juez puede instarlo bajo el apercibimiento de determinar la suspensión o la restricción del régimen, lo que procederá si la situación perjudica el interés de los NNA. Para tal efecto se deben acompañar antecedentes graves y calificados que lo justifiquen: «La resolución del tribunal deberá ser fundada y, cuando sea necesario para su adecuado cumplimiento, podrá solicitarse que se ponga en conocimiento de los terceros que puedan resultar involucrados [...]».¹¹⁵ Además, conforme al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal puede multarlos o arrestarlos e incluso sancionarlos penalmente por desacato.

Como se ve, el establecimiento y la permanencia de este régimen de relación «puede generar escenarios prácticos complejos que atiendan más a los intereses individuales de los adultos, normalmente en conflicto, y descuide el desarrollo integral del menor en quien debe residir la preocupación fundamental, principalmente en casos de crisis [...]».¹¹⁶

Los siguientes ejemplos permiten ilustrar lo que acabamos de señalar. En un caso, la madre impide la relación directa y regular mediante la

115 CELIS y CHÁVEZ (2023), p. 495.

116 ACUÑA (2013), p. 22.

presentación de certificados médicos falsos y, por esta razón, es condenada a la pena de reclusión nocturna por cinco días.¹¹⁷ En el mismo sentido, en otro caso la madre es apremiada con arresto por embarazar el régimen de relación directa y regular entre el padre y su hija, habiendo multas pendientes por este mismo motivo.¹¹⁸

Con todo, incluso en estas situaciones que se acaban de señalar y otras en que los padres se encuentran enfrentados por una situación de violencia intrafamiliar, los hijos igualmente tienen derecho a mantener una relación directa y regular con el padre que no goza de su cuidado personal. En estas situaciones familiares, si bien hay reglas procesales que señalan qué hay que hacer, siempre queda la idea de que, desde el interés del NNA, no se sabe exactamente lo que es¹¹⁹.

La doctrina ha intentado dar respuesta desde la coparentalidad, pues permite la cooperación entre las personas progenitoras y la mantención de una relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando ambas implicadas activamente en las vidas de estos.¹²⁰ La coparentalidad, por tanto, supone seguir decidiendo la disponibilidad para hacerlo y la predisposición para actuar individualmente ante los hijos e hijas, manteniendo la coherencia de los criterios comunes; es más que un reparto de tareas,¹²¹ aunque en la realidad muchas veces sea así.

En tanto en lo que dice relación con la vinculación con los abuelos, las normas del Código Civil no se referían expresamente a esta cuestión; sin embargo, como se lee en el proyecto de ley, se buscaba consagrar expresamente el derecho de los menores a mantener una relación directa y regular con sus ascendientes como una manera de cultivar los lazos filiativos que en definitiva estructuran la familia. Asimismo, evitar situaciones injustas en que los padres que detentan el cuidado personal buscan desarraigar a un menor de edad desvinculando a un menor de cualquier contacto con la familia del padre que no detenta el cuidado personal.¹²²

117 *Alarcón Andrades, Sandra*, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 136-09, 21 de diciembre de 2009. MJJ22708.

118 *Jara Soto, Mónica c/*, Corte Suprema, rol 6978-17, 9 de marzo de 2017. MJJ48626.

119 OTÁROLA (2021), p. 1189.

120 FARIÑA *et al.* (2017), p. 296; VILLAGRASA (2012), p. 83.

121 BOLAÑOS (2015), p. 61.

122 Boletín N° 7076-07, confiere a los abuelos el derecho a mantener una relación directa y regular con sus nietos. Iniciativa 7076-07, de 5 de julio de 2010; autores de la iniciativa: Navarro Brain, Alejandro y Quintana Leal, Jaime.

Tras la reforma de 2013, la relación se amplió a los abuelos y abuelas de acuerdo con el artículo 229-2 del CC, que contempla el derecho del «hijo [...] a mantener una relación directa y regular con los abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229».¹²³ Según la Historia de la Ley, Tapia sugirió incorporar el siguiente artículo 229-2, nuevo, al Código Civil: «El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con todos sus ascendientes. Si su interés superior así lo exige, el juez fijará la modalidad de esta relación». «Puso de manifiesto la conveniencia de consagrar esta regla [...], porque es consistente con los demás preceptos y principios que se han aprobado en el curso del debate de este proyecto. Destacó, de manera especial, el rol que cumplen los abuelos en el desarrollo del niño, haciendo presente que también les asiste el derecho a sostener una relación directa y regular con este último [...], de no producirse consenso, será el juez quien fije los términos en que se desarrollará esta relación».¹²⁴

Sin embargo, quedó pendiente la respuesta a la pregunta de si los NNA pueden solicitar relación directa y regular con personas no parientes con las que han establecido un lazo afectivo, según ha señalado la Observación General número 14 de 2013 del Comité de los Derechos del Niño.

En ese sentido, la jueza / el juez, luego de oír a los progenitores y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, pueda conferir el derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando aparezca de manifiesto la conveniencia para el menor, y que pueda, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar, conduce a considerar que los NNA pueden mantener relaciones con personas con las que tengan o hayan tenido cierta vinculación, las que solo podrán ser impedidas cuando les perjudiquen. Según Acuña, esta última disposición establece las visitas a favor de parientes del niño o niña. Se trata de una norma distinta a la del artículo 229-2 del Código Civil, porque no se consagra legalmente el derecho del niño o niña a relacionarse con parientes y tampoco un derecho de estos a relacionarse con el menor. La Ley de Menores faculta a la jueza / el juez para decidir si otros parientes pueden visitar al menor

123 BCN (s.f.), (s.p.).

124 BCN (s.f.), (s.p.).

cuando, luego de oír a los progenitores y a la persona que tiene el cuidado personal, aparezca de manifiesto la conveniencia para este. En estas situaciones corresponde al solicitante probar que es beneficiosa para el NNA. En cambio, en el artículo 229-2 del Código Civil se menciona que es un derecho del niño: «El beneficio de la relación con los abuelos se subentiende y no debe ser probada; corresponderá a quien se opone a que se fije una determinada modalidad de relación probar que esta resulta perjudicial para el niño, por cuanto un derecho del niño solo cede cuando su interés superior así lo reclama».¹²⁵

La amplitud literal de la norma permite inferir que el derecho corresponde a los NNA respecto de sus abuelos y abuelas por cualquiera de las líneas de parentesco de los progenitores e independientemente de la filiación que haya sido determinada. Además, la situación social y económica actual ha provocado que los parientes de los progenitores se involucren cada vez más en el cuidado y crianza de los NNA,¹²⁶ por lo que existe una relación afectiva entre el o la menor y los familiares que refrenda la necesidad de mantener una relación constante con ellos.

El fundamento de este derecho es la protección del interés superior del NNA, en particular, el derecho a preservar la identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas,¹²⁷ la que se concreta en el mantenimiento de vínculos con sus abuelos y demás parientes. Por lo que cabe reafirmar que es un derecho fundamentalmente para el menor.¹²⁸

Como indica la sentencia de la Corte Suprema que enmienda la decisión del tribunal por haber infringido los artículos 229-2 y 229 del Código Civil, en relación con el artículo 225 del mismo cuerpo legal,

al comprender, erradamente, que la regulación judicial del régimen comunicacional del padre con su hijo, hace innecesario la fijación de uno en relación a la abuela, soslayando la autonomía de tal prerrogativa, que, por lo mismo, y en razón del interés superior del niño, merece un tratamiento independiente, y una regulación separada de la relación directa y regular que pueda disfrutar con su padre [...].¹²⁹

125 ACUÑA (2020), p. 1.

126 YZQUIERDO (2011), p. 98.

127 LENNON y LOVERA (2011), p. 109.

128 ESPADA (2015), p. 73.

129 Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), rol 46451-16 (Casación), resolución 728949, 19 de diciembre de 2016.

De esta forma, se mantiene el vínculo con la familia extensa, y la voluntad legislativa de fortalecer el derecho de los NNA a su identidad, conocer y reconocer sus orígenes e identificarse con una historia familiar determinada.¹³⁰ Es más, las desavenencias entre abuelos o abuelas y progenitores no constituyen una causa para obstaculizar esta relación, como tampoco lo es el que ambos progenitores estén de acuerdo en la inconveniencia.¹³¹

Por esta razón, se puede confirmar que se trata de una relación que debe estar al margen de las situaciones de crisis entre las personas progenitoras. Con todo, así como la relación directa con los abuelos o abuelas puede ser establecida por medio de un acuerdo aprobado por el tribunal, también puede ser modificada, revocada o suspendida cuando sea perjudicial para el NNA, sea que la situación amerite ser comprendida en algún supuesto del artículo 229 del Código Civil o en el artículo 48 inciso sexto de la Ley de Menores, esto es, cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo o hija. Si se acompañan antecedentes graves y calificados que lo justifiquen, podrá accederse provisionalmente a la solicitud. La resolución del tribunal deberá ser fundada. De este modo, en la actualidad la relación directa y regular constituye el derecho-deber de que goza el progenitor cuando no tiene el cuidado personal; el derecho de los NNA a relacionarse con los abuelos y abuelas para mantener una relación directa y regular con ellos, y la posibilidad que el ordenamiento concede a los parientes para visitarlos.¹³²

Al fijar cualquiera de estas situaciones, la jueza / el juez debe considerar el interés superior del niño o niña, pero qué comprende específicamente esta valoración, en cuanto a la relación con la persona progenitora, no cabe duda de que los factores por ponderar están establecidos en la ley;¹³³ por tanto, la interrogante es si la jueza / el juez los aplica y, de hacerlo, cómo.

En cambio, en la vinculación entre los abuelos y abuelas y los nietos o nietas el ordenamiento incurre en una omisión; alguna jurisprudencia

130 En el mismo sentido, Corte Suprema, Sala Primera Civil, rol 1577-2019 (Familia), 9 de julio de 2019, casación fondo y forma; Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 24-15 (Familia), resolución 6406, 30 de noviembre de 2015; *Luisa Jacqueline Vielma Sepúlveda con Tracy Estafani Opazo Vargas*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1224-14 (Familia), 15 de octubre de 2014 ().

131 BALEA (2020), p. 224.

132 CHÁVEZ (2021), p. 489.

133 BCN (s.f.), (s.p.).

plantea que debe remitirse al artículo 229 del Código Civil. Por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 438-20, 10 de noviembre de 2020, se confirma la decisión de primera instancia que concede la relación directa y regular a los abuelos, aunque la demandante alega que no se escuchó a los niños, salvo en lo relacionado en el informe emitido por el DAM Pilleltu de la ciudad de Angol. Agrega que conceder tantos días a los abuelos amén de los otorgados al padre resulta claramente un exceso, ya que necesariamente deben sumarse los seis días otorgados al padre y que este vive en casa de sus padres; ergo, los niños permanecerían 17 días fuera del hogar materno por estos dos conceptos, situación que atenta contra las reglas de la lógica.¹³⁴

Otros casos sugieren que se debería calificar solo la vinculación afectiva con los abuelos y abuelas y el régimen de cuidado personal del hijo o hija con la persona progenitora no custodia. Por ejemplo, en la sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1224-14, 15 de octubre de 2014, el tribunal concede la relación directa y regular a la abuela porque «reúne las condiciones de habitabilidad y económicas respecto a cauterar el interés superior del menor».¹³⁵

Posteriormente, en la sentencia de la Corte Suprema, rol 22185-21, 16 de abril de 2021, el tribunal modificó el régimen de relación directa y regular con la abuela, y con base en los hechos asentados por los tribunales del fondo, concluyó:

Que el actual régimen está siendo un aliciente para potenciar tanto la alienación del padre y de la abuela paterna respecto al niño, menoscabando la autoridad de la madre, no permitiendo a los progenitores tener lineamientos de crianza, provocando en él un conflicto de lealtades, asumiendo problemas que son de los adultos que se encuentran a su cuidado, sumado a que al invadir la demandada tantos aspectos de la crianza del niño no le permite a la madre ejercer su rol, régimen que además repercute negativamente en la relación del niño con su hermana y madre, al disponer de pocas horas para compartir juntos, por lo que acogieron la demanda.¹³⁶

¹³⁴ *Muñoz con Largo*, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 438-20, 10 de noviembre de 2020. CL/JUR/139420/2020.

¹³⁵ *Luisa Jacqueline Vielma Sepúlveda con Tracy Estafani Opazo Vargas*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1224-14, 15 de octubre de 2014. CL/JUR/7518/2014.

¹³⁶ *Godoy con Arancibia*, Corte Suprema, rol 22185-21, 16 de abril de 2021. CL/JUR/50420/2021.

La Convención sobre los Derechos del Niño menciona que el menor que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a «mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» (artículo 9 párrafo 3). Esto también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.

Por lo tanto, y como se ha mencionado, la investigación que se transcribe persigue determinar cómo y con base en qué criterios se adjudica la relación directa y regular a la persona progenitora no custodia o los abuelos o abuelas y a otras personas con las que los NNA tienen o tuvieron relación? ¿Qué acciones toman los jueces para cumplir adecuadamente con el mandato de la Convención en cuanto a la relación directa y regular?

Una vez identificadas las interrogantes, pasamos a abordar la forma de regular la relación directa y regular, y los criterios y elementos de valoración que permiten decidir su atribución en el sistema jurídico chileno.

Definición y regulación de la relación directa y regular

Según prescribe el artículo 229 inciso segundo del Código Civil, «Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable».

De la definición transcrita, se puede inferir que es un derecho-deber que permite mantener el vínculo familiar entre el padre o madre que no tiene el cuidado personal y sus hijos e hijas. Se trata de un derecho subjetivo de carácter familiar, es decir, la facultad o poder de exigir de los integrantes de la sociedad un determinado comportamiento o el respeto a un interés legítimo reconocido por la ley. En la especie, la facultad de exigir mantener un vínculo personal, periódico y estable con sus hijos (considerando 1 de la sentencia de la Corte de Apelaciones).¹³⁷

¹³⁷ No se consigna, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1669-19, 15 de noviembre de 2019. CL/JUR/6564/2019.

Formas de establecer la relación directa y regular

La atribución de la relación directa y regular se efectúa normalmente por la vía extrajudicial, las personas progenitoras de común acuerdo determinan la relación directa y regular con los hijos o hijas, estableciendo la frecuencia y periodicidad con la que se llevará a cabo en escritura pública suscrita por los progenitores, o bien en un acta suscrita ante el oficial del Registro Civil. Cualquiera que sea la opción (artículo 225 del CC), necesita de la autorización del juzgado de familia competente para que adquiera la fuerza de una sentencia definitiva.¹³⁸ Asimismo, puede acordarse a través de un proceso de mediación, cuya convención será aprobada por el tribunal.

Ahora bien, si los progenitores no alcanzan un acuerdo, la jueza / el juez podrá determinarla, previa demanda de relación directa y regular, y en su decisión asegurará la mayor participación y corresponsabilidad de los progenitores en la vida de los NNA, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

Criterios de atribución de la relación directa y regular

Para determinar cuál de las personas progenitoras asumirá la relación directa y regular, la jueza / el juez deberá estimar las circunstancias concurrentes de acuerdo con una serie de criterios o elementos de valoración establecidos en la ley, los que utilizará para decidir las condiciones que fomentan una relación sana y cercana.

Nuestro ordenamiento de familia configura el interés superior, el derecho a ser oído y la evolución de las facultades como criterios fundamentales a los que debe atender la jueza / el juez al momento de adoptar la decisión. Son numerosas las referencias a estos principios en el ámbito internacional y en la legislación interna, lo que les concede un carácter importante.¹³⁹ En ese sentido, el artículo 225 del Código Civil menciona

¹³⁸ Algunos autores discrepan; entre ellos, MESÍAS (2017), p. 28.

¹³⁹ Declaración sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959 (principios 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (artículos 23 y 24); Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966 (artículo 10); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (artículos 5 letra b y 16 letras d y f).

el interés superior como un elemento a considerar para establecer de oficio o a petición de parte la relación directa y regular con la persona progenitora no custodia. Enseguida, el artículo 229 del mismo texto lo reitera y adiciona otros dos.

En consecuencia, estos criterios son instituidos como guías rectoras para la determinación de la relación directa y regular, de modo que prevalecen sobre cualquier otro interés legítimo que esté en juego, incluido el de los progenitores. Así se deduce de la disposición, tras la modificación de la Ley 20.680 de 13 de junio de 2013, que reforzó la protección del ejercicio de la relación directa y regular al prescribir que se suspenderá o restringirá cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo o hija, lo que declarará el tribunal fundadamente (artículo 229 inciso final). Ello quiere decir que en el caso de que el funcionamiento familiar evidencie inestabilidad o división, no le provea al NNA interacciones significativas ni apoyo material y emocional, primarán estos elementos. Además, servirán de base para interpretar las estimaciones especiales previstas en las letras de la disposición. Todavía más, estos principios no solo serán considerados en la determinación judicial de la relación directa y regular, sino también en los acuerdos. La jueza / el juez puede rechazar estos últimos si estima que han transgredido estos principios.

El código no establece una jerarquía entre estos criterios, por lo que cabe entender que deben ser estimados en su conjunto, sin que ninguno resulte decisivo por sí solo. Tampoco indica la importancia de cada uno, lo que en la práctica ha llevado a que algunos tribunales basen sus decisiones fundamentalmente en informes, situación que impide advertir el resultado del proceso.

A lo anterior se añade que constituyen una lista abierta, pues se ha previsto una cláusula que admite la posibilidad de que la jueza / el juez pueda tener en cuenta cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del niño. Aunque esta opción se ha estimado acertada, en la praxis no está exenta de dificultades, pues ha ocurrido que se prescinde de algunos o varios criterios y la decisión se basa en cualquier otro que se considere conveniente.

Así, por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 79-07, 10 de diciembre de 2007, el tribunal suspende de oficio el régimen de relación directa y regular porque vulnera derecho de padre a ser oído. El tribunal señala que lo que

realmente ha ocurrido en la especie, es que al actor más allá de toda consideración y de normas de procedimiento, se le ha impuesto una carga, un obstáculo improcedente –extensivo en el tiempo–, como es la resolución dictada de oficio que suspendió provisoriamente la relación comunicacional con su hija, no pudiendo el actor, una vez más ejercer su derecho sobre esta materia. El hecho que el actor después de largas batallas judiciales obtuvo por sentencia ejecutoriada de la Iltma. Corte en causa rol 45.805, sobre modificación relación directa y regular, el tribunal de oficio sin justificación que realmente lo amerite, proceda a suspender provisoriamente la relación directa y regular.¹⁴⁰

Algo similar ocurre en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2765-18, 11 de enero de 2019. La sentencia analiza los criterios establecidos por la ley para alterar el cuidado personal y luego afirma que la obstaculización en la relación directa y regular no legitima el cambio en el cuidado personal. Fue acordada con el voto en contra del abogado integrante, debido a que se encuentra acreditado que desde que el cuidado se encuentra radicado en la madre, esta ha puesto impedimentos:

i) Una demanda para fijar un régimen de relación directa y regular con su hijo (2016). En el mismo año, solo meses después del acuerdo entre los padres, la madre presenta una demanda de modificación del régimen comunicacional (RIT C 861 2016), que terminó por acuerdo entre las partes al igual que la anterior. En el mes de mayo de ese mismo año, la demandada presentó una demanda de violencia intrafamiliar (RIT F 232 2016), se rechazó la demanda [...]. En la audiencia de juicio se incorporaron 29 constancias ante Carabineros de Chile que dan cuenta de los incumplimientos del régimen de relación directa y regular por la madre. Finalmente, el informe elaborado por el perito, indica que la madre presenta «dificultades para visualizar el daño emocional que puede causar en su hijo a partir de los obstáculos que establece para que se lleve a cabo el régimen comunicacional con su padre y el proceso de revinculación ordenado, inoculando así la imagen paterna que el progenitor pueda entregar a partir de su ejercicio parental.¹⁴¹

¹⁴⁰ *Fernández Macías, José Ignacio contra Juez de Familia*, Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 79-07, 10 de diciembre de 2017. CL/JUR/251/2007.

¹⁴¹ *Fabián Antoine de la Rosa con Karen Kresse Arcos*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2765-18, 11 de enero de 2019. CL/JUR/178/2019.

De este modo, se sugiere utilizar la letra d) del artículo 229 del CC solo si los elementos legales resultan insuficientes para resolver el asunto y evocar que el código dice «siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el art. 229».

Desde el punto de vista del contenido y aplicación, el principio del interés superior presenta dos dimensiones en nuestro ordenamiento, una positiva y otra negativa. La primera se identifica con la realización espiritual y material de los NNA, la que se determina según sus necesidades psicológicas, familiares y educativas, y la condición económica de la familia, entre otros elementos. El artículo 225 inciso quinto del Código Civil prescribe que el juez en ningún caso podrá fundar la decisión de entregar el cuidado personal en la capacidad económica de los padres. Esta restricción demuestra que el bienestar espiritual prima sobre el material, siempre que los progenitores resguarden sus necesidades, de manera tal que lo habiliten para subsistir adecuadamente resguardando el interés superior, la autonomía progresiva y su desarrollo integral.¹⁴² En cuanto a la dimensión negativa, consiste en la obligación de adoptar las medidas que se estimen convenientes para que el interés no se vea perjudicado.¹⁴³ Esta posición obliga a que el derecho actúe como garante en todas las situaciones en que los NNA se encuentren desprotegidos o abandonados.

Pero el principal problema ya no es la ausencia de definición. El artículo 7 de la Ley 21.430 identifica el interés superior como «un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta». Desde el punto de vista del derecho, precisa que en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten a NNA se considerará primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, el que se determinará según las circunstancias *específicas de cada niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes*. Asimismo, la Defensoría de la Niñez indica que es «un principio rector que funda nuestro ordenamiento jurídico en aquellas materias

¹⁴² La Ley 21.484 modificó el artículo 323 inciso primero del Código Civil, que decía que «los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social».

¹⁴³ BARCIA (2011), p. 383.

que los involucran, y está reconocido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño». ¹⁴⁴

En nuestro concepto, estas definiciones concretan el término, lo dotan de flexibilidad y de la posibilidad de acomodarlo a cada situación y adoptar la decisión que más favorezca el bienestar de los NNA.

Así queda en evidencia en la sentencia de la Corte Suprema, rol 20126-23, 27 de septiembre de 2023. La Corte determina que el tribunal no ha fallado de forma arbitraria al otorgar la relación directa y regular al padre aun cuando este ha presentado problemas de drogadicción, pues de la prueba valorada en atención al interés superior del niño se ha demostrado que es lo mejor para la menor tener vinculación con él. ¹⁴⁵ Algo parecido se puede observar en la sentencia de la Corte Suprema, rol 26150-23, 9 de agosto de 2023. La Corte destaca que la legislación interna recoge de manera expresa el desarrollo conceptual del principio del interés superior del niño. La noción de interés superior del niño debe ser aplicada en el caso concreto como doble herramienta: como criterio de control y como criterio de solución. El interés superior de la niña debe construirse a partir de sus especiales circunstancias. La judicatura del fondo atendió a elementos concretos del contexto actual en que se desenvuelve la menor. Quedó resguardado el derecho a mantener una relación directa y regular con aquel progenitor no custodio. ¹⁴⁶

En tanto, entre los aspectos negativos, puede llegar a plantear una interpretación personal o subjetiva de la cláusula, que puede provocar desviaciones sobre aquello que la sociedad califica como razonable en un momento determinado del tiempo.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema, rol 33471-23, 25 de octubre de 2023, se indica sobre la garantía del derecho a la defensa lo siguiente:

En su aspecto o dimensión de «defensa material» que se traduce en las facultades del niño a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegido en contra de cualquier indefensión, por lo tanto, no se satisface consul-

¹⁴⁴ DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ (s.f.), (s.p.).

¹⁴⁵ *Camila Fernanda Bravo Rodríguez con Amed Fuhad Said Contreras*, Corte Suprema, rol 20126-23, 27 de septiembre de 2023. CL/JUR/39442/2023.

¹⁴⁶ *Roberto Arana Galicia con Verónica Pino Zalazar*, Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), 09/08/2023. rol 26150-23, 9 de agosto de 2023. CL/JUR/33004/2023.

tando la opinión del niño en una oportunidad durante la tramitación del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas definidas de manera previa, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio.¹⁴⁷

Y en Corte Suprema, rol 32906-22, 15 de junio de 2023, la sentencia señala que la suspensión del derecho a la relación directa y regular

altera sustancialmente el núcleo del derecho y es excepcional. Acusa la existencia de error de derecho al no apreciar integralmente la prueba rendida con la estimación del derecho a ser oíd[a] de la niña a través de la audiencia reservada. El juez tiene la obligación de dar cuenta del proceso de ponderación a la luz de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El ordenamiento jurídico no contempla el derecho de relación directa y regular respecto de terceros no parientes. Sin embargo, entre la demandada y la niña existió un vínculo de afecto generado en la relación de convivencia y afectiva entre la madre de la niña y la demandada, conformando un núcleo familiar por lo que accede a la vinculación.¹⁴⁸

Por otro lado, el derecho a ser oído se relaciona con el derecho que tiene el NNA a ser escuchado en la adopción de las decisiones que puedan afectarle, aun cuando está expresamente reconocido en el ordenamiento legal chileno e internacional.¹⁴⁹ El derecho del NNA a ser oído contiene una dimensión positiva y negativa.¹⁵⁰ La primera se refiere al derecho que tiene a solicitar ser oído antes de que se adopte cualquier decisión que le concierna; en cambio, la segunda implica que puede no ejercer el derecho a ser oído.

Tradicionalmente, se han utilizado dos criterios para determinar cuándo se debe escuchar al NNA: por un lado, la obligación de evaluar

¹⁴⁷ *Vásquez con Petersen*, Corte Suprema, Cuarta Sala, rol 33471-23, 25 de octubre de 2023. CL/JUR/42451/2023.

¹⁴⁸ *Constanza Moreno Mc Intosh con Teresa Arellano Correa*, Corte Suprema, rol 32906-22, 15 de junio de 2023. CL/JUR/25389/2023.

¹⁴⁹ Ley 16.618, de Menores, de 8 de marzo de 1967; Ley 19.620, sobre Adopción de Menores, de 5 de agosto de 1999; Ley 19.947, de Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004; Ley 19.968, de Tribunales de Familia, de 30 de agosto de 2020; Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 5 y 12 incisos primero y segundo.

¹⁵⁰ Ley 21.067, crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.

la capacidad para formarse un juicio propio y partir de la base de que el niño o niña sí la tiene; por otro, que basta con que comprenda de forma suficiente todos los aspectos para formarse su propio juicio, asignando toda la protección que se requiera para asegurarlo.

Así tiene lugar en la sentencia de la Corte Suprema, rol 16324-18, 7 de agosto de 2019. La Corte indica que «el menor de tres años no está en condiciones de formarse un juicio propio sobre el asunto debatido. Improcedencia de oír a menor en proceso de cuidado personal. Principio de interés superior del niño».¹⁵¹ La principal dificultad es que se trata de elementos subjetivos. Esto implica que la jueza / el juez debe valorar en cada situación la capacidad de juicio del niño o niña con el fin de determinar si tiene suficiente madurez para formarse y expresar su opinión. En esta tarea se apoya generalmente en otros profesionales, no en abogados.

En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 70-23, 5 de julio de 2023, la Corte reflexiona sobre el hecho de que los niños, niñas y adolescentes tienen

El derecho a expresar su opinión de manera libre en todas las situaciones o problemas que les afecten, y sus opiniones deben tenerse en cuenta en función de su edad y madurez. Ello exige darles la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial que les afecte, sin que la edad, incluso, sea un baremo absoluto para limitar el ejercicio de este derecho, pues la plena aplicación del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño convierte en imperativo el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, mediante las cuales los niños y niñas muy pequeños también pueden demostrar su capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.¹⁵²

En los juicios de familia en los que los niños y niñas carecen de la calidad de «parte» (la que, en general, radica en los progenitores o representantes abogados), el respeto del derecho de los niños y niñas a ser escuchados y a la debida consideración de su opinión nos sitúa en las condiciones, modalidades y oportunidad procesal en las que se oirá la opinión de los NNA.

¹⁵¹ *Fernando Parra Cisterna con Verónica Toledo Aguilera*, Corte Suprema, rol 16324-18, 7 de agosto de 2019. CL/JUR/4545/2019.

¹⁵² No informado, Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 70-23, 5 de julio de 2023. CL/JUR/27818/2023.

En la sentencia de la Corte Suprema, rol 8001-18, 22 de abril de 2019, la Corte determina que

La sentencia impugnada habría infringido esta regla al estar acreditada la opinión de los niños en orden a residir junto al padre en Viña del Mar, pero sin tener en cuenta esa opinión a la hora de decidir su pronunciamiento. Además, la hija adolescente no manifestó opinión en forma directa sino por medio de representante, su curadora *ad litem*, por lo que no correspondía invalidar la opinión de esa hija. A este respecto no se produce la infracción denunciada porque, como se ha relacionado, ambos hijos fueron escuchados durante el procedimiento, uno directamente y otro por medio de su representante, sin que ello signifique que la decisión sobre el cuidado, que compete a los jueces, deba ser correspondiente a esa voluntad.¹⁵³

Nos referimos a la forma en que será oído, personalmente o a través de representantes, y si contará con la asistencia y patrocinio de un letrado de su confianza,¹⁵⁴ además de la edad o en qué condiciones se considera que el NNA tiene o se ha formado su propio juicio.¹⁵⁵

En relación con el primer punto, esto es, si será escuchado personalmente, por medio de representantes o a través de un informe elaborado por algún especialista, la práctica evidencia que la participación de los niños y niñas –entendida como un proceso permanente– es muy baja, debido a que se reduce a algunas instancias y en un rol secundario.¹⁵⁶ En ese sentido, el NNA actúa en la audiencia reservada, peritajes e informes diagnósticos, y representado. Por medio de la primera se pretende recoger la opinión del niño o niña respecto de la situación por la que atraviesa, de forma que la jueza / el juez pueda considerarla al momento de fallar.¹⁵⁷ Sin embargo, su participación ha resultado insociable, porque es aislada; infructuosa, porque no siempre atesora información atinente

153 *Sin identificar*, Corte Suprema, 8001-18, 22 de abril de 2019. CL/JUR/2156/2019.

154 El 2 de abril de 2019 se publicó en el Diario Oficial el «Reglamento de la Ley N° 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales», con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones señaladas en el artículo 29 de la ley mencionada.

155 Corte Suprema, rol 4528-19, 11 de marzo de 2020. La madre recurre de la sentencia que da lugar a la petición de cuidado personal, sobre la base del argumento de que no se escuchó a la niña de tres años y no se nombró curador *ad litem*.

156 VARGAS y CORREA (2011), p. 188.

157 TRONCOSO *et al.* (2015), p. 90

a la situación del NNA, en términos de indagar sobre sus sentimientos, intereses y expectativas, además de los hechos, y fundamentalmente porque no es posible identificarla en la sentencia, pues no se sabe lo que piensa o dijo y, por consiguiente, si su opinión fue considerada en la resolución y de qué forma.¹⁵⁸

En segundo lugar, los jueces de familia escuchan a los niños y niñas a través de peritajes o informes diagnósticos realizados por profesionales, como los consejeros técnicos. Tales informes permiten identificar, en este caso, las necesidades y la fortaleza de los vínculos a fin de recomponer o mantener la relación directa y regular con la persona no custodia. Sin embargo, aunque se reconoce su utilidad, existe una confusión en torno a su función, pues se les ha atribuido el rol de «recuperar la voz» de los NNA.

En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 67-20, 6 de mayo de 2020, la Corte determina que la resolución impugnada

se ajusta a los hechos y al derecho [...]. Los documentos que el apelante acompañó en esta instancia, como fundamento de la solicitud de orden de no innovar, en nada alteran lo resuelto toda vez que de ninguno de ellos se desprende algún riesgo o una vulneración de derechos que esté afectando al niño. Tampoco puede obviarse que los documentos consistentes en informe técnico proyectivo de dibujo libre e informe de entrevista clínica, no se encuentran firmados por el profesional del que aparentemente emanan; de igual modo, el informe de situación actual del menor elaborado por la asistente social, solo da cuenta que el domicilio en el que actualmente vive con su madre, corresponde al de la pareja actual de ésta [...], y solo puede indicarse que dicha pericia fue considerada en la causa del Juzgado de Familia de Villarrica, donde las partes arribaron a una solución colaborativa, y en la que el tribunal decidió en marzo de 2019 que el cuidado personal del niño quedaba radicado en la madre.¹⁵⁹

No obstante, se trata de un medio de prueba legal elaborado por personas con conocimientos técnicos especiales acerca de los hechos que se discuten, que aportan información apreciada a través de su ciencia o arte.¹⁶⁰

158 SALUM *et al.* (2015), p. 69.

159 Corte de Apelaciones de Concepción, rol 67-20, 6 de mayo de 2020. CL/JUR/28730/2020.

160 LARRAÍN (1994), p. 491.

Finalmente, se ha considerado que el representante debe tener comunicación directa y continua con el NNA, conversar con él o ella; contactar a su entorno más cercano, como la familia y los profesores; informarle de sus derechos y situación procesal; solicitar audiencias o entrevistas; en síntesis, velar por que sea oído efectivamente. En efecto,

en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque estos se encuentren debidamente representados. El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda legalmente su representación. La persona así designada será el curador *ad litem* [...].¹⁶¹

Todo lo anterior repercute en que los jueces de familia toman decisiones en relación con la vida del NNA a veces sin el cabal conocimiento de lo que piensa y desea, y de su entorno, transgrediendo por consiguiente los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Así se deduce de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3844-18, 17 de abril de 2019, en la que se alega que

No se escuchó al niño, ya que no habría designado curador *ad litem*, y que no existe ningún informe que dé cuenta de la vinculación del niño con sus padres, así como tampoco, de su estado psicológico en relación a ellos, existiendo solo una pericia particular pagada por el padre, que da cuenta de habilidades parentales. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha expresado que existen formas no verbales de comunicación que deben ser consideradas, las cuales son capaces de emitir los niños desde muy temprana edad (juego, expresión corporal y facial, dibujo y pintura, entre otras). La forma de escuchar a los niños pequeños o lactantes sería a través de la constatación directa de su situación, conociéndolos, observando su entorno, entrevistándose con sus cuidadores y personas cercanas, lo que no se habría realizado.¹⁶²

161 Artículo 19 de la Ley 19.968.

162 *Sebastián Guerra Cisternas con Pamela Aliaga Ramírez*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3844-18, 17 de abril de 2019. CL/JUR/2100/2019.

Ahora bien, respecto a las facultades, la Convención sobre los Derechos del Niño establece dos aspectos a considerar como pauta criterio: la madurez y la edad. Respecto de la primera, se ha sostenido que debe evaluarse caso a caso, tomando en cuenta el grado de discernimiento psíquico de los NNA, así como su sensatez social y cultural. Se utilizan como parámetros para la evaluación la familia, el lugar en que vive, el nivel de estudios, el medio en el que se desarrolla y la situación económica. En cambio, en relación con la edad, la Convención omite establecer una, posiblemente debido a las diferencias entre las legislaciones y a que en los tratados internacionales se prefieren las reglas generales, que serán precisadas por la legislación interna. Sin embargo, igualmente consigna la edad como factor, porque la madurez, en general, se va adquiriendo conforme a esta.

En ese contexto, la mayoría de los ordenamientos jurídicos señala una edad en que es obligatorio, por regla general, escuchar al NNA, que va desde los 12 a los 14 años. Además, establecen que debe oírse al NNA en los casos en que la decisión le afecte. A modo de ejemplo, Chile ha prescrito expresamente que en materia de adopción «[...] el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez», y estas tendrán el carácter de decisivas, pues en caso de negarse (el agregado es mío), «[...] el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquel, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento».¹⁶³

Esta disposición y todas aquellas que hacen alusión a la edad y madurez debieran ser relacionadas con el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia y con el artículo 12 de la CDN, e interpretadas conforme a la idea de que el NNA que esté en condiciones de formarse un juicio propio debe ser evaluado desde la regla general de que tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y el reconocimiento de que tiene derecho a expresarlas; no le corresponde al niño, niña o adolescente probar que posee las facultades. En atención a ello, la regla general es que los jueces / juezas deben escuchar al menor, independientemente de su edad. De este modo, la judicatura tiene el deber de escuchar al NNA «en todos los asuntos que afectan al niño», como se desprende de las normas citadas anteriormente y en especial del artículo 12 de la CDN, pero solo tomará en cuenta dicha opinión en función de su edad y madurez; o sea, para

¹⁶³ Artículo 3 de la Ley 19.620.

evaluar la opinión del menor puede distinguir, conforme su edad, entre niños y niñas, por un lado, y adolescentes, por otro.¹⁶⁴

En consecuencia, puede tomar o excluir la opinión, y en este último caso podrá hacerlo si el NNA no está en condiciones de formarse un juicio propio, sea inconveniente lo que decida o desee o no pueda expresarse de forma alguna, según se deduce del hecho de que cuando «existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes».¹⁶⁵

En conclusión, el legislador optó por velar por el interés superior, el derecho a ser oído y la evolución de las facultades al momento de atribuir la relación directa y regular. Esta inclusión evidencia que el bienestar y la vinculación con los progenitores es una realidad normativa en nuestro sistema. Siguiendo este modelo, los tribunales de justicia transitan hacia la protección de la relación entre progenitores y NNA aplicándolos y citándolos en sus sentencias. Sin embargo, estas decisiones se han visto afectadas por las condiciones del sistema, que obstaculizan oír a los NNA y valorar su desarrollo para hacerlos participar conforme a sus facultades, asumiendo plenamente el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A continuación pasamos a revisar una serie de criterios que el legislador estableció y que se deben considerar especialmente y que evidencian lo que la sociedad ha estimado como factores importantes o relevantes a la hora de definir el interés de NNA en cuanto a la relación directa y regular. En efecto, en los artículos 225-2 y 229 del Código Civil se enumeran situaciones que constituyen un margen para que la jueza / el juez pueda integrar estos conceptos –interés superior, derecho a ser oído y la evolución de sus facultades– conforme a las características del caso.¹⁶⁶ Por lo tanto, la interpretación y aplicación queda en manos de los tribunales. En definitiva, se trata de determinar su alcance por medio de una lista que los comprenda, todos los cuales sirven de guía para tomar decisiones en este orden.¹⁶⁷

164 VARGAS y CORREA (2011), p. 194.

165 BARCIA (2013), p. 37.

166 BÉCAR (2020), p. 571.

167 RAVETLLAT y PINOCHET (2015), p. 918.

La edad del hijo o hija

Desde la dictación del Código Civil y hasta la Ley 18.802 de 1989, la edad y el sexo de los hijos menores de edad fueron los factores que determinaban el cuidado personal. El cuidado de las niñas de toda edad y los niños menores de cinco años de edad correspondía a la madre, mientras que al padre correspondía el cuidado de los hijos mayores de esa edad. La Ley 5.680 de 1935 aumentó el límite de edad de la regla para los varones a diez años. La Ley 10.271 de 1952 aumentó el límite a catorce años. La Ley 18.802 de 1989 eliminó la distinción entre sexos respecto de los menores y estableció que en caso de vivir separados los padres, el cuidado de todos los hijos menores de edad correspondería a la madre. Sin perjuicio, de la convención en que ambos padres actuando de común acuerdo pactan que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre o la decisión o la decisión judicial cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, en virtud de la cual el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres.

La Ley 19.585 al mismo tiempo que mantuvo la regla, varió al dejar que la madre y el padre convengan que uno o más de los hijos o hijas queden al cuidado del padre. En consecuencia, el Código Civil recogía un modelo de atribución que durante mucho tiempo hizo distinciones basadas en la edad.

En la sentencia de la Corte Suprema, rol 38149-16, 30 de noviembre de 2016, que se refiere a la atribución del cuidado personal de un menor en un caso de separación de los padres, se determinó que «el interés superior del niño se cumple cuando el cuidado personal queda al cuidado de la madre, aun cuando se haya utilizado normativa no vigente en algunos razonamientos del fallo impugnado».¹⁶⁸

En cambio, el actual ordenamiento menciona la edad del hijo sin establecer el lapso que debe transcurrir. Según algunos autores, si se concede la relación directa y regular bajo la modalidad de un régimen de pernoctación, debe ponderarse si el niño o niña es lactante, infante, etc.¹⁶⁹ Estos ejemplos han conducido a distinguir entre los niños y niñas que se encuentran en periodo de lactancia y los que han superado esta

¹⁶⁸ Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), rol 38149-16, de 30 de noviembre de 2016.

¹⁶⁹ CELIS y CHÁVEZ (2023), p. 259.

etapa para establecer la relación directa y regular, bajo cierta modalidad. En cuanto a los primeros, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan mayoritariamente por establecer un régimen de relación directa y regular acotado a favor de la persona progenitora no custodia debido a la necesidad biológica de mantener un vínculo diario y constante con quien lo amamanta.¹⁷⁰ Sin perjuicio de esto, se reconoce que, aun cuando no exista pernoctación, la relación filial debería ser permanente, permitiendo el contacto durante la semana a fin de desarrollar y fortalecer el apego también con este progenitor.

Los mayores problemas se han planteado en aquellos casos en los que nos encontramos ante menores que ya han superado la etapa de lactancia, pero que todavía son pequeños. En primer lugar, no queda claro cuál es la edad límite y cuáles son los elementos para estimarla.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 52-22, 12 de abril de 2022, sobre relación directa y regular y alimentos menores, se consigna lo siguiente:

El tribunal no ha encontrado impedimentos para establecer contacto entre el padre y la hija, acoge la demanda de relación directa y regular, estableciéndose un régimen ordinario de relación directa y regular entre el padre y la hija, de actuales cuatro años de edad. a) Durante los dos primeros meses siguientes a la dictación de esta sentencia; el padre retirará a la niña desde el hogar materno, los domingos en forma quincenal, a las 15:00 horas para regresar con ella a las 18:00 horas. b) En una segunda etapa que corresponderá a los siguientes dos meses posteriores a la etapa de la letra a), este régimen se ampliará en su frecuencia siendo semanal, manteniéndose los horarios de 15:00 a 18:00 horas [...].

Como se puede advertir, no se señalan las razones que explican estas diferencias. También la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3728-20, 23 de septiembre de 2021, se pronuncia sobre el cuidado personal y régimen de relación directa y regular, afirmando que se trata de obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño.¹⁷¹

¹⁷⁰ El principal argumento esgrimido por quienes defienden esta posición es que la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, prevé en su sexto principio que «salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de su madre». También que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de 1989, en el artículo 7 reconoce el derecho del menor a ser cuidado por ambos padres.

¹⁷¹ Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 52-22, 12 de abril de 2022. CL/

El artículo 26 del Código Civil dispone que se llama *infante* o *niño* a todo el que no ha cumplido siete años. Por ende, en principio, deberíamos entender que estos casos comprenden hasta que el menor cumpla esa edad. Sin embargo, en otras normas del ordenamiento, la expresión *niño* se extiende más allá. En segundo término, ni la jurisprudencia ni la doctrina se han puesto de acuerdo sobre si conviene ampliarlo. Esto ha contribuido a que, en contraposición a la postura anterior, hayan aparecido voces que, sin negar que la edad de los hijos e hijas constituye un factor a tener en cuenta para el establecimiento de la relación directa, no ven tan claro que la corta edad del menor prefiera un régimen limitado, más si la ampliación favorece su bienestar.

En la sentencia de la Corte Suprema, Cuarta Sala, rol 8270-18, 8 de octubre de 2018, la Corte señala que, sobre la base de presupuestos fácticos y considerando que el niño ya no es un lactante, resulta beneficioso aumentar el lapso en que permanece junto al padre, lo que le permitirá compartir con sus abuelos y hermano; se acogió la demanda y se modificó la relación directa y regular, estableciendo un régimen transitorio de tres meses sin pernoctación y, luego, uno definitivo, a ser cumplido fin de semana por medio, desde el día sábado a las 11:00 horas y hasta las 19:00 horas del domingo. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema, rol 75911-21, 3 de marzo de 2022, en la que el tribunal no autoriza la salida del país porque estima conveniente mantener la relación con el padre y la familia extendida; la relación directa y regular que los hijos mantienen con el padre se ejerce fin de semana por medio con pernoctación y los días miércoles, en la que, además, mantienen contacto con la familia paterna, quienes han sido su red de apoyo desde que nacieron.¹⁷²

La situación se ve alterada a medida que el niño o niña va creciendo. Si el NNA es menor o adolescente, el régimen comunicacional se extiende a la pernoctación, de modo que su establecimiento se adecua al

JUR/14111/2022. También *No se consigna*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3728-20, 23 de septiembre de 2021. CL/JUR/74888/2021. Cuidado personal y régimen de relación directa y regular. Obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño.

¹⁷² *Luis Acuña Rhor con Yinya Sepúlveda Ortega*, Corte Suprema, Cuarta Sala, rol 8270-18, 8 de octubre de 2018. CL/JUR/5675/2018; *Lauritza Correa Kianez con Pablo Belaunde Corte*, Corte Suprema, rol 75911-21, 3 de marzo de 2022. CL/JUR/7668/2022.

desarrollo que experimenta y a su autonomía progresiva, en virtud de la que decide con cuál de los progenitores quiere compartir su tiempo.

En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 142-21, 12 de noviembre de 2021, el tribunal indica que

debe tenerse en consideración que lo observado por las profesionales del PMR CEPIJ en el año 2019 no puede estimarse determinante, toda vez que en ese periodo, durante el desarrollo del programa de intervención, [las niñas] se encontraban aun en la etapa de niñez, y luego de pasados más de dos años desde esa fecha y en que no han tenido contacto con su progenitor, estas han crecido convirtiéndose en adolescente y preadolescente, lo que implicará también que habrá cambios en la forma de relacionarse entre el padre y sus hijas, toda vez que estas van adquiriendo una paulatina autonomía, y por la etapa en que cruzan tendrán cambios emocionales y sociales.¹⁷³

La voluntad expresada por el NNA supone que tiene la edad y la facultad para definirla, por lo que no es posible forzar la relación cuando existen razones propias y fundadas para no mantenerla o reiniciarla prontamente.

En la sentencia de la Corte Suprema, rol 69668-21, 27 de enero de 2022, el tribunal decide no alterar el cuidado personal ni la relación directa y regular que los hijos mantienen con el padre y la madre. Expresa respecto de la hija adolescente que «el arraigo resulta ser una piedra o base angular, desde que, sobre las circunstancias ya asentadas en la forma de vida del infante o adolescente [...]. Ha de tenerse en cuenta que la identidad personal del ser se construye a partir de los acontecimientos vivenciales, de experiencia y que forman la trama de su biografía como individuo, y se nutre de los elementos comunes a su familia y a los colectivos a los cuales pertenece».¹⁷⁴

En aquellos casos en que el vínculo afectivo y emocional es débil o no existe, se ha preferido una relación que tienda a reconstituir o constituir un vínculo entre los progenitores y los NNA que, por razones de su

¹⁷³ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 142-21, 12 de noviembre de 2021. CL/JUR/86021/2021.

¹⁷⁴ *Johana Olgún Araya con Rainier San Martín Miranda*, Corte Suprema, rol 69668-21, 27 de enero de 2022. CL/JUR/7492/2022. El tribunal decide no alterar el cuidado personal ni la relación directa y regular que los hijos mantienen con el padre y la madre.

funcionamiento anterior, ha sido suspendido o limitado como un modo de proteger al niño o niña de un daño o del riesgo de un daño para su desarrollo psicofísico.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema, rol 61633-23, 17 de julio de 2023, el tribunal considera que el interés superior de la niña debe construirse a partir de sus especiales circunstancias, debiendo atender a su edad, siete años a la fecha; el hecho de ser hija de filiación no matrimonial determinada respecto de ambos padres; la circunstancia de haberse acreditado que la relación directa y regular con su padre se encuentra suspendida desde el 3 de agosto de 2020; y que los informes de profesionales expertos dan cuenta de que no existen indicadores que pongan en riesgo a la menor.¹⁷⁵

Por último, se suele considerar que la relación directa y regular no debe impedir el desarrollo de las actividades sociales y personales del NNA. Esto implica flexibilizar la modalidad en que se ejecuta la relación directa y regular atendiendo a la edad del hijo o hija.

En consecuencia, de acuerdo a las sentencias mencionadas, se aprecia que los jueces / juezas estiman, la mayoría de las veces, que el interés superior del NNA, el derecho a ser oído y la evolución de las facultades se lograrán más cabalmente manteniendo una relación directa y regular más estricta durante los primeros años de vida, puesto que una más amplia entrañaría el desapego de la madre, con las consecuencias que ello podría acarrear para su desarrollo y la vinculación con ambos progenitores, redundando, por ende, en su desarrollo integral, pues, al separarlo, se lo sometería, una vez más –muy probablemente–, a otro proceso de adaptación.

La vinculación afectiva entre el hijo o hija y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos

Otro de los criterios que el legislador ha previsto para atribuir la relación directa y regular es la vinculación afectiva entre el hijo o hija y su padre o madre y la relación con parientes cercanos. Esta consiste en el lazo de cariño que se establece entre uno o ambos progenitores con el NNA des-

¹⁷⁵ Miguel Ahumada Cáceres con Karen Guerra Zapata, Corte Suprema, Sala Cuarta, rol 61633-23, 17 de julio de 2023. CL/JUR/28508/2023.

de la infancia y que se desarrolla a lo largo de su vida. El vínculo afectivo está relacionado con una profunda necesidad de mantener contacto y cercanía con los progenitores y con los parientes, pero también con la calidad de las interacciones, de tal manera que los sentimientos que nacen de la progresiva constitución de esa relación se vean reflejados en la relación directa y regular.¹⁷⁶

Su fundamento se encuentra en el apego, es decir, en «el proceso por medio del cual los niños establecen y mantienen una relación especial con otro individuo al que consideran mejor capacitado para enfrentarse al mundo»,¹⁷⁷ y que constituye el puente entre el desarrollo temprano y las relaciones sociales posteriores con otros.¹⁷⁸ Por lo tanto, estamos ante una unión afectiva especial entre la persona cuidadora, custodia o no, y el NNA, la cual se desarrolla gracias a las interacciones repetidas, por lo que involucra diferentes sistemas de comportamiento que se activan en situaciones de separación de los progenitores.¹⁷⁹ En consecuencia, el apego resulta fundamental para que los niños fortalezcan su identidad personal, y su desarrollo social y emocional.¹⁸⁰ De este modo, la paternidad, la maternidad y la relación con parientes cercanos deberían abarcar una presencia integral en la vida de los NNA, aunque no vivan juntos.

Entre los elementos que inciden en la vinculación afectiva está el clima familiar, es decir, las interacciones entre progenitores e hijos, que se manifiestan a través del cariño, seguridad, disponibilidad, capacidad de respuesta a las necesidades de NNA y comunicación efectiva, entre otros aspectos. También la competencia parental, entendida como la «habilidad para ejercer positivamente el rol parental [...], esta capacidad se hace evidente si los progenitores y parientes demuestran a lo largo del tiempo habilidades para promoverlas».

La apreciación se realiza siguiendo los modos de

valoración de la autoeficacia que supone un juicio sobre la capacidad y se denomina eficacia parental percibida [...]. En concreto, se estima el sentido de autoconfianza que responde al estado estable de cómo el progenitor se considera «capaz de» en general. Se tienen en cuenta:

176 DUARTE *et al.* (2016), p. 114.

177 LÓPEZ y RAMÍREZ (2005), p. 21.

178 PÉREZ y ARRÁZOLA (2013), p. 20.

179 DUARTE *et al.* (2016), p. 115.

180 PÉREZ-ABARCA *et al.* (2020), p. 21.

creencias, juicios, habilidades, cómo se organizan y ejecutan acciones que producen unos resultados esperados.¹⁸¹

La doctrina admite que es una cuestión que resulta difícil de determinar y aplicar; por esta razón, la valoración la realizan especialistas que ilustran al tribunal. En efecto, algunas de las situaciones que exponen esta aprensión es el hecho de que se haya establecido un régimen limitado debido a que el vínculo afectivo es débil, aunque un contacto continuo permita alcanzar una mayor vinculación afectiva y probablemente resolver los conflictos que existan entre los unos y otro.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema, rol 161604-23, 24 de noviembre de 2023, el tribunal establece una medida de protección para resguardar el bienestar físico, mental y espiritual de la niña que incluye un régimen de relación directa y regular en presencia de terceros. Considera que la madre ha tenido intervención y apoyo psicológico intermitente desde el año 2019 debido a dificultades en la relación de pareja y como progenitores; que se ha detectado una sintomatología ansiosa en la niña que se acentúa durante los días que permanece en el hogar del padre, y que este último reconoce conductas que amenazan el desarrollo equilibrado de la niña y no las modifica.

También en la sentencia de Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 1387-23, 7 de noviembre de 2023, los hechos de la causa condujeron a que el tribunal indicara que, aunque han transcurrido dos años desde la separación, persiste la sintomatología, incluso habiendo aumentado la irritabilidad, impulsividad y labilidad emocional, reconociendo la niña conductas de vinculación afectivas inadecuadas con la persona progenitora que tiene la relación directa y regular.

Igualmente, en la sentencia de la Corte Suprema, rol 20126-23, 27 de septiembre de 2023, el tribunal decide otorgar la relación directa y regular al padre aun cuando este ha presentado problemas de drogadicción, debido a que con la prueba valorada se ha demostrado que es lo mejor para la menor que tenga vinculación con él. Y en la sentencia de Corte Suprema, rol 61633-23, 17 de julio de 2023, se concluye que el interés superior de la niña debe construirse a partir de sus especiales circunstancias. La relación directa y regular se debe desarrollar en forma progresiva y supervisada. Por último, en Corte Suprema, rol 141528-22, 5 de

181 BERNAL y RIVAS (2013), p. 99.

julio de 2023, un caso de autorización para salir del país, el tribunal señala que el interés superior del niño se resguarda al privilegiar el vínculo de apego con la madre; igualmente, se debe fijar una relación directa y regular con el padre.¹⁸²

De ahí que los tribunales en general atribuyen un régimen de relación directa y regular limitado si la relación es extremadamente conflictiva o la vinculación con la persona progenitora o los parientes cercanos es inadecuada; en estos casos, se cuestiona la conveniencia de establecerlo. En cambio, en aquellos en que los progenitores demuestran habilidades parentales y, sin embargo, el vínculo es débil, procuran establecer una relación directa y regular progresiva.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema, rol 26150-23, 9 de agosto de 2023, la judicatura del fondo atendió a elementos concretos del contexto en que se desenvuelve la menor, y resguardó el derecho a mantener una relación directa y regular con aquel progenitor no custodio a través de una vinculación progresiva.¹⁸³

El régimen de cuidado personal del hijo o hija que se haya acordado o determinado

De acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, cuando las personas progenitoras viven juntas, el cuidado de los NNA corresponde a ambas. Por lo tanto, en estos casos no es necesario delimitar el cuidado personal de la relación directa y regular. La distinción cobra sentido si los progenitores se separan, no ha habido convivencia entre ellos o existe un cuidado personal compartido en que la convivencia se alterna en largos periodos, por lo que se puede afirmar que, siendo muy difícil que los NNA vivan con ambos progenitores simultáneamente, es necesario confiar el cuidado personal a uno de ellos y al otro la relación directa y

¹⁸² *No informado*, Corte Suprema, rol 161604-23, 24 de noviembre de 2023. CL/JUR/46066/2023; *Mp Calama C con Mauricio Esteban Avilés Rojas*, Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 1387-23, 7 de noviembre de 2023. CL/JUR/44449/2023; *Camila Fernanda Bravo Rodríguez con Amed Fuhad Said Contreras*, Corte Suprema, rol 20126-23, 27 de septiembre de 2023. CL/JUR/39442/2023; *Miguel Ahumada Cáceres con Karen Guerra Zapata*, Corte Suprema, rol 61633-23, 17 de julio de 2023. CL/JUR/28508/2023; *Verónica Rivas Bazaes con Cristian López Ríos*, Corte Suprema, rol 141528-22, 5 de julio de 2023. CL/JUR/27808/2023.

¹⁸³ *Roberto Arana Galicia con Verónica Pino Zalazar*, Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 26150-23, 9 de agosto de 2023. CL/JUR/33004/2023.

regular. Por esta razón, es necesario determinar cómo repercute la custodia en la relación directa y regular.

Algunos ejemplos que se pueden reconocer son si el cuidado del NNA se ejerce en otro país o ciudad; si el NNA posee una enfermedad que justifica un cuidado permanente; o si el cuidado compartido por amplios periodos de tiempo dificulta el contacto periódico y estable.¹⁸⁴

Por ejemplo, en la sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 257-19, 30 de agosto de 2019, el tribunal estimó que corresponde establecer

un régimen comunicacional que permita a ambos padres iguales tiempos de esparcimiento con su hijo, de lo cual se colige que el actual régimen no responde a esas necesidades, desde que entrega a la madre la posibilidad de compartir con el niño durante todos los fines de semana largos, vale decir, que incluyan feriados o festivos y aquellos que regularmente corresponden al establecimiento de fin de semana por medio.¹⁸⁵

Como se ve, consisten en situaciones relacionadas con el NNA que afectan el cumplimiento de las obligaciones personales, cuya titularidad sigue manteniéndose. Considerando estas variables, la jueza / el juez podría establecer un régimen abierto en el que la relación directa y regular no es detallada y, por ende, está sujeta a cambios según las circunstancias o las necesidades los ameriten;¹⁸⁶ o, por el contrario, designar uno pormenorizado que se adecue al interés superior del menor y que contenga la organización y coordinación de los periodos, duración, lugar, recogidas, entregas, gastos, información y anticipación de los mismos, días, horas, duración y medios de llamadas o contactos virtuales, actividades o lugares prohibidos, etcétera; e incluso un régimen reglamentado que norme todos los aspectos importantes de la relación directa y regular, sin constituirse en un régimen cerrado, pues contiene opciones o deja abierta la posibilidad de pactos.¹⁸⁷

La praxis judicial demuestra que en la mayoría de los supuestos se establece un régimen tradicional, consistente en fines de semana alternos desde el viernes hasta el domingo por la noche. Además, incluye alguna

184 MONDACA (2023), p. 212.

185 *Letelier con Godoy*, Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 257-19, 30 de agosto de 2019. CL/JUR/4936/2019.

186 ACUÑA (2014), pp. 192 y 193.

187 ACUÑA (2014), p. 247.

fiesta (Navidad o Año Nuevo) y parte de las vacaciones.¹⁸⁸ Con ello se pretende que ambas personas progenitoras puedan relacionarse con el NNA también en los días de descanso y así evitar que el menor identifique a uno de ellos con las exigencias en el día a día y al otro con los momentos de ocio y diversión los fines de semana. En tanto, no se han encontrado casos en los que se haya solicitado relación directa y regular habiendo un cuidado compartido vigente.

Así, queda en evidencia la estrecha vinculación que existe entre el cuidado personal y la relación directa y regular; ambos forman parte de la relación que los progenitores mantienen con los NNA, «un[o] de modo habitual y constante, otra, según periodicidad. Amb[os] protegen un mismo interés».¹⁸⁹

Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo o hija

El criterio comprende situaciones tales como las enfermedades físicas o psíquicas, adicciones a sustancias, comportamentales o emocionales de la persona que solicita la relación directa y regular. Así queda en evidencia en la sentencia de Corte Suprema, rol 4963-19, 30 de marzo de 2020, en que la demandante no probó que es capaz de brindarle bienestar a su hija, lo que comprende un espacio de protección y apego, estabilidad emocional y seguridad física, para el óptimo desarrollo de su personalidad, por sobre los riesgos a los cuales se vio expuesta bajo su cuidado y que motivaron su declaración de inhabilidad moral,¹⁹⁰ e incluye la relación que el NNA mantiene con el conviviente o cónyuge del progenitor no custodio, si lo hubiere, y otras más que podríamos señalar, dada la amplitud de la causal referida.¹⁹¹

En consecuencia, se trata de elementos cuyas consecuencias son disímiles, en ocasiones delimitan, en otras restringen e incluso suspenden la relación directa y regular, pero en general no la excluyen,¹⁹² ya que

188 *Paola Sauma Mahaluf con Ricardo Coll Aylwin*, Corte Suprema, rol 42651-17, 18 de abril de 2018. CL/JUR/1752/2018.

189 ACUÑA (2014), p. 257.

190 *Alexandra Orellana Cisternas con Carlos López del Pino*, Corte Suprema, rol 4963-19, 30 de marzo de 2020. CL/JUR/22266/2020.

191 MONTERO (2001), p. 84.

192 Artículo 48 inciso quinto de la Ley de Menores, que señala que «Si el ejercicio del derecho perjudica manifiestamente el bienestar del hijo y ello se comprueba con antecedentes graves y calificados que lo justifiquen, el tribunal puede disponer su suspensión o restricción».

proceden únicamente a condición de que el régimen comunicacional manifiestamente perjudique el bienestar del NNA, lo que requiere de una declaración fundada de la jueza / el juez; vale decir, solo se justifica en la medida en que se configuren causas graves y sobre la base de una ponderación concreta y casuística del interés superior, lo que conlleva la exigencia de una completa y exhaustiva valoración del material probatorio. La suspensión del derecho a la relación directa y regular es excepcional, de interpretación restrictiva.¹⁹³

En cuanto a las primeras, la doctrina indica que el criterio amerita determinar si dificulta la relación y si es contraria al interés superior del NNA. Con base en esta cuestión debería estimarse la gravedad, evolución y si se ha seguido el tratamiento para la recuperación. En nuestra jurisprudencia encontramos ejemplos en los que se ha suspendido la relación por el padecimiento de enfermedades psíquicas o vinculadas a las adicciones y el tratamiento fracasado.

En la sentencia de la Corte Suprema, rol 65460-21, 8 de marzo de 2022, el tribunal pondera la circunstancia de que el padre se relacionó con la niña desde que se inició el presente juicio, en octubre de 2019, solo por videoconferencia, demostrando un genuino interés en relacionarse con ella. En la época en que las partes vivieron juntas como pareja, el demandante ejerció actos de violencia intrafamiliar en contra de la demandada. Los tribunales del fondo concluyeron que parece conveniente establecer un régimen comunicacional del padre con la niña, el cual, sin embargo, debe ejercerse resguardando su seguridad y protección, por lo que debe desarrollarse con gradualidad y en un contexto donde él pueda tener un apoyo constante y la supervisión necesaria. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 377-20, 31 de agosto de 2020, sobre cuidado personal, en la que el tribunal logra detectar un conflicto a raíz de la adicción a las drogas de la madre de la niña.¹⁹⁴

193 *Constanza Moreno Mc Intosh con Teresa Arellano Correa*, Corte Suprema, rol 32906-2022, 15 de junio de 2023. CL/JUR/25389/2023. Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 34-22, 24 de mayo de 2022. CL/JUR/19604/2022. Reconvencional de suspensión de la relación directa y regular. Corte Suprema, rol 65460-21, 8 de marzo de 2022. CL/JUR/8874/2022. Suspensión de régimen comunicacional con el padre, no se logró acreditar que el régimen comunicacional es pernicioso para el bienestar de la niña.

194 Corte Suprema, rol 65460-21, 8 de marzo de 2022. CL/JUR/8874/2022; *Ricardo Torres Silva con Jocelyn Farías Ibarra*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 377-20, 31 de agosto de 2020. CL/JUR/72355/2020.

Pero también existen otros casos en los que se mantiene la relación debido a que se considera que beneficia igualmente al NNA. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 623-21, 17 de febrero de 2022, que se refiere a la causa de protección, se discute si se modificará la decisión de suspender la relación con la madre debido a que no solo se mantiene la exposición del niño a situaciones de vulneración, sino que, además, la situación parental se encuentra en un estatus de mayor gravedad y profundidad que al inicio de la causa y comienzo de las intervenciones. La Corte destaca que

el sujeto de protección es el niño y que no puede desatenderse la obligación de oírlo, no en un sentido de entrevista privada, sino en el lenguaje que, a no dudar, se percibe a ciencia cierta, de su historia vital, como de la sintomatología que dan cuenta informes y dichos de las partes, lo que se ha desconocido en la causa, o bien, se le ha entregado una errada connotación, lenguaje no verbal que el niño ha manifestado en sus conductas agresivas [...], vinculado ello a la etapa evolutiva en que se encuentra, y que dan cuenta que, más allá de la problemática que mantienen los padres, el niño quiere y necesita a ambos, desvirtuándose la restricción de contacto con su madre.

También en la sentencia de la Corte Suprema, rol 65460-21, 8 de marzo de 2022:

La normativa autoriza suspender o restringir el derecho que le asiste a un niño, niña o adolescente para mantener una relación directa y regular con el progenitor no custodio, para ese efecto, es menester que se acredite que su ejercicio es ostensiblemente pernicioso para su bienestar, debiendo dictarse una resolución fundada. Los hechos de la causa no permiten arribar a la conclusión que la revinculación de [la niña] con su padre sea palmariamente nociva, sí que la relación de los progenitores es conflictiva debido a las denuncias deducidas en contra de él, por lo tanto, corresponde desestimar la solicitud de que se suspenda el régimen comunicacional; sin embargo, deberá realizarse con el apoyo de profesionales expertos sobre la materia, considerando lo expresado en los informes periciales, debiendo el tribunal reevaluar la forma como se está cumpliendo el régimen comunicacional, cada seis meses.

Finalmente, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1193-19, 7 de agosto de 2020, se determina que «No se logra acreditar

que el padre del menor esté afecto a inhabilidades para relacionarse con su hijo o que padezca de algún trastorno psiquiátrico o psicológico que le impida cumplir con su rol parental».¹⁹⁵

Distinta es la situación si se trata de un padecimiento o minusvalía de carácter físico, pues esta no ha constituido un impedimento para establecer la relación directa y regular bajo una modalidad amplia.

Cada vez es más frecuente que los progenitores, luego de la ruptura de la convivencia o el matrimonio, comiencen una nueva relación sentimental; la aparición de una nueva pareja supone un cambio en la estructura familiar que requiere ser elaborado por los NNA por medio de un proceso de adaptación que, en el intertanto, puede generar sentimientos de resentimiento hacia esa persona y tornar la relación en conflictiva.

Los especialistas señalan que los NNA, tras la separación, suelen experimentar un duelo y alojar la esperanza de que sus progenitores se reconciliarán. Entonces, puede haber un rechazo hacia la nueva pareja. A lo anterior se añade que los NNA, las más de las veces, se preocupan por su futuro y sienten inseguridad, temor, ansiedad, rabia, tristeza.¹⁹⁶ Se afirma que, en algunos casos, estos sentimientos y pensamientos siguen existiendo entre tres y cinco años después de la ruptura. Como señalan Muñoz Ortega *et al.*, «Ante una separación, la niña o niño, en una u otra medida, se verá afectado, razón por la que se hace necesario disminuir al máximo factores de riesgo presentes en el entorno general del niño, y fortalecer los factores protectores de manera que se le facilite elaborar de la mejor forma posible el duelo por la pérdida familiar».¹⁹⁷

La doctrina sostiene que la convivencia con un tercero no constituye una causa para no acceder a la relación directa y regular.¹⁹⁸ Sin embargo, si la nueva pareja es una persona conflictiva, los NNA no la aceptan o no mantienen buena relación con ella,¹⁹⁹ este es un factor para considerar, pues perjudica el bienestar de los NNA.

195 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 623-21, 17 de febrero de 2022. CL/JUR/6473/2022; Corte Suprema, rol 65460-21, 8 de marzo de 2022. CL/JUR/8874/2022. *Jorge Rey Percheron con Javiera Schalchli Robinson*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1193-19, 7 de agosto de 2020. CL/JUR/163876/2020.

196 CIFUENTES y MILICIC (2012), pp. 470 y 471.

197 MUÑOZ ORTEGA *et al.* (2008), p. 350.

198 MONTERO (2001), p. 250; ACUÑA (2014), p. 179; MARTÍNEZ (2019), pp. 10 y 328.

199 Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 144/2012 (Familia), resolución 18874, 13 de julio de 2012.

La relación con los abuelos y abuelas

Con respecto a la relación directa y regular entre nietos o nietas y abuelos o abuelas, según lo que señalamos al inicio de este trabajo, el contacto periódico y estable entre estos puede ser muy relevante y beneficioso para el mejor interés del NNA. Por esta razón, el legislador decide reconocer en el artículo 229-2 del CC, que «El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con los abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad atendiendo al interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229».²⁰⁰

La redacción anotada pone en evidencia la diferencia con el régimen de la persona progenitora no custodia; en el caso de los abuelos o abuelas, la relación directa y regular no es un derecho-deber que se les atribuye a estos últimos, sino que se reconoce explícitamente como un derecho radicado en los hijos, y no en aquellos, pero tampoco un deber, sino más bien una prerrogativa que les asiste a los nietos y nietas.²⁰¹ En efecto, la incorporación normativa recogió la tendencia jurisprudencial, que a dicha época se encontraba cada vez más asentada, de reconocer la posibilidad de fijar judicialmente un régimen comunicacional entre abuelos y abuelas, y nietos y nietas, como también tuvo por objeto determinar su contenido y definir sus límites con la relación con cualquiera de las personas progenitoras.

Conforme se observa de la historia fidedigna de la ley, se decidió reconocer expresamente la aptitud convencional y judicial, en su caso, de fijar un sistema que amparara la relación habitual, siguiendo la tendencia comparada de ampliar los titulares de los regímenes comunicacionales, pero haciendo una distinción con relación a la naturaleza que tal vínculo asume respecto de las personas progenitoras. Si bien en la discusión legislativa se planteó tal posibilidad como un derecho de los abuelos, la

²⁰⁰ El juez infringió lo que preceptúan los artículos 16 de la Ley 19.968, y 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, puesto que decretó en forma contraria al sentido de dichas normas, al establecer una relación directa y regular extensa, sin consideración al interés superior del niño. Estima que debieron evaluarse las consecuencias que le provocaría al niño cumplir una relación directa y regular privilegiando la vinculación con la abuela materna, en desmedro de aquella que debe mantener con el padre no custodio e incluso con su madre.

²⁰¹ *Edilia Crisóstomo Crisóstomo con Andrea Quintana Saavedra*, Corte Suprema, rol 46451-16, 19 de diciembre de 2016. CL/JUR/8389/2016.

consideración de la idea del interés superior del niño lo transformó en un derecho de este último. En consecuencia, la inclusión de los abuelos y abuelas en dicho régimen con carácter de legal tiene como fundamento el bienestar de los niños y niñas y, en especial, el derecho a crear vínculos con su familia extensa.

Así lo refrendan estas dos sentencias que, de modo ejemplar, se refieren a la materia. En la decisión de la Corte Suprema, rol 300-17, 23 de febrero de 2017, se fija un régimen comunicacional entre el niño y la abuela paterna, considerando la necesidad del niño de vincularse con la familia paterna. En Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1037-16, 3 de febrero de 2017, la Corte estima que el tiempo recreacional con abuelos paternos y hermana mayor fortalece el sentido de pertenencia familiar y la identidad personal.²⁰²

Por esta razón, la jueza / el juez, al momento de acceder a esta solicitud, debe considerar el interés de NNA y su vinculación con las personas progenitoras y, posteriormente, el de los abuelos y abuelas, pues el objetivo es la complementariedad de todos los intereses (abuelos, progenitores y nietos).

En la sentencia de la Corte Suprema, rol 12879-19, 30 de junio de 2020, se considera que la forma en que fue concedida la relación directa y regular con la abuela

no se atuvo a las particularidades del niño ni a su interés superior, porque también se acreditó que tiene regulado un régimen comunicacional con su padre, lo que significa que los espacios disponibles de tiempo para compartir con su madre son reducidos, debido a sus estudios y a las labores que ella desarrolla durante la semana, olvidó que también debe vincularse con los restantes miembros de su familia extensa, no aequilató su edad, ni el proceso de desarrollo vital en que se encuentra, que requiere del descanso necesario, por lo que al fijar de la forma descrita dicho régimen, implicó desconocer su bienestar emocional y la posibilidad de fortalecer la fértil relación con sus progenitores y con su familia extensa.²⁰³

²⁰² *Emelinda Rojas Aguilera con Deisy Cárcamo Caro*, Corte Suprema, rol 300-17, 23 de febrero de 2017. CL/JUR/664/2017; *Nelson Bernal Fuentes y otra con Marcial Velásquez Miranda*, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1037-16, 3 de febrero de 2017. CL/JUR/408/2017.

²⁰³ *Paula Domeyko Balmaceda con Manuela Aldunate Domeyko*, Corte Suprema, rol 12879-19, 30 de junio de 2020. CL/JUR/139831/2020.

De este modo, se podría tener en cuenta el lugar de residencia del niño y la distancia respecto de los abuelos y abuelas; si estos se encuentran enfermos y si establecer la relación con los abuelos con determinada forma, esto es, muy reglamentada altera o dificulta el régimen que el NNA mantiene con su cuidador y con la persona progenitora no custodia.²⁰⁴

En efecto, «las relaciones entre abuelos y nietos dependen de variables tan diversas como la salud de los abuelos, la distancia de su residencia o la función familiar que se les asigna, entre otras muchas [...]»²⁰⁵. En el mismo sentido, «Las relaciones intergeneracionales familiares varían en función de si se convive o no bajo el mismo techo, si se habita o no en la misma población y las características de la ciudad [...]; sin embargo, la importancia que se concede a las relaciones intergeneracionales [...]».²⁰⁶ Además, es esencial la edad de los nietos y nietas, ya que la relación cambia con el tiempo. Las relaciones de los nietos y nietas pequeños con sus abuelos están muy vinculadas a la calidad de las relaciones previas de sus progenitores con sus padres, antes de la separación, si convivieron. Durante la adolescencia, esta relación toma una dimensión diferente, debido principalmente a que los jóvenes tienden a centrar su energía personal y relaciones fuera de la familia.²⁰⁷

Ahora bien, en el caso de que alguno de los progenitores quiera oponerse a la petición, tendrá que probar la inconveniencia para el bienestar del NNA, de acuerdo con el artículo 1698 del Código Civil.

La jurisprudencia chilena, por regla general, accede a la relación con los abuelos, como en la sentencia de Corte Suprema, rol 20425-18, 5 de marzo de 2019. La Corte considera la importancia del vínculo existente entre el nieto y sus abuelos. Algo parecido se expresa en la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 18-2019, 13 de febrero de 2019. La Corte estima que procede fijar régimen de relación directa y regular con quienes han ejercido el cuidado de la niña en este último tiempo. La establece de un modo progresivo cuando la relación entre el NNA y los abuelos es inicial o la niega si a partir de los informes psicológicos, la opinión del NNA y de los hechos se concluye que perjudica el interés

204 TRIADÓ *et al.* (2000), p. 199.

205 TRIADÓ *et al.* (2000), p. 109.

206 TRIADÓ *et al.* (2000), p. 109.

207 PINAZO HERNANDIS (1999), p. 231.

superior. En ocasiones, también cuando existe una situación de grave conflicto entre la persona progenitora que tiene el cuidado personal y uno o ambos abuelos.²⁰⁸

No obstante, las relaciones conflictivas no constituyen un criterio que debe ponderarse, pues ello supondría situar los intereses de otras personas por sobre los de los NNA.

Así, no cabe duda de que los abuelos ayudan en el cuidado de los nietos y nietas, y por lo tanto, intervienen en el proceso de socialización, de respetar límites, pero también son más flexibles al momento de relacionarse. A través de eso, se potencia y estrecha el vínculo entre ambos. Como plantean González Bernal *et al.*, «Los abuelos [pueden aportar] a los nietos ese amor no condicionado por lo que hagan, otorgándoles un valor seguro de sí mismos y a la vez llevan a cabo la función de consentidores, siendo indulgentes con los nietos y proporcionándoles una educación diferente a la de los padres».²⁰⁹

208 *Sin identificar*, Corte Suprema, rol 20425-18, 5 de marzo de 2019. CL/JUR/1075/2019. La Corte considera la importancia del vínculo existente entre el nieto y sus abuelos. *Juan Domingo Mañan Álvarez con Daniela Soto Mañan*, Corte de Apelaciones de San Miguel, 18-19, 13 de febrero de 2019. CL/JUR/784/2019. La Corte estima que procede fijar régimen de relación directa y regular con quienes han ejercido el cuidado de la niña en este último tiempo en forma adecuada.

209 GONZÁLEZ BERNAL *et al.* (2010), p. 675.

Capítulo 4

Impacto de la ley 21.400

Introducción

La Ley 21.400, que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo, conocida como Ley de Matrimonio Igualitario, fue publicada en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2021 y entró en vigencia el 10 de marzo de 2022.

Como su nombre lo indica, esta ley no solo modificó el Código Civil, sino también otros cuerpos normativos para adecuar la legislación en materia matrimonial a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Esta ley, aparentemente sencilla, ya que solo cuenta con nueve artículos permanentes y tres disposiciones transitorias, resulta ser bastante compleja, pues, conforme se examinará, implicará profundos cambios en diversas materias, fundamentalmente, a nuestro juicio, en materia de filiación, aunque también en otros temas, como son los regímenes patrimoniales del matrimonio, accidentes del trabajo y seguridad social, identidad de género, etc.

Impacto de la Ley 21.400 en materia de regímenes patrimoniales

En una primera aproximación, la ley en comento solo buscó impedir –al menos temporalmente– que los matrimonios entre personas del mismo sexo pudiesen acordarse bajo régimen de sociedad conyugal. El artículo primero transitorio establece que

La sociedad conyugal, así como las disposiciones que la regulan y las que hacen referencia a ella, serán aplicables a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo una vez que entren en vigencia las normas que adecúen el régimen, para hacerlo congruente con las disposiciones reguladas en esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, los matrimonios entre personas del mismo sexo podrán celebrar los pactos a que se

refiere el Párrafo 1º del Título XXII del Libro IV del Código Civil, con las restricciones y limitaciones dispuestas en la presente ley.

En consonancia con lo anterior, para determinar cuál es el régimen legal supletorio y cuál es o son los regímenes convencionales, hay que distinguir entre matrimonios celebrados en Chile y matrimonios celebrados en el extranjero.

Matrimonios celebrados en Chile

Hay que subdistinguir si se trata de un matrimonio entre personas de distinto sexo o del mismo sexo.

En el caso de matrimonio entre personas de distinto sexo, el régimen legal supletorio es la sociedad conyugal y los regímenes convencionales son los de separación total de bienes y de participación en los gananciales.

En el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, el régimen legal supletorio es la separación total de bienes²¹⁰ y el régimen convencional es el de participación en los gananciales. La Ley 21.400 ordenó agregar un inciso segundo nuevo al artículo 135 del Código Civil, el cual preceptúa que

Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, las que, por el hecho del matrimonio, se entenderán separadas totalmente de bienes, sin perjuicio de la facultad de optar por el régimen de participación en los gananciales en las capitulaciones matrimoniales, o de sustituirlo por este durante la vigencia del matrimonio, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1723.

Como explican Hernández y Lathrop, los matrimonios entre personas del mismo sexo tienen vetado optar por el régimen de sociedad conyugal, aunque agregan que ello solo sería pasajero, pues tal prohibición únicamente regirá mientras se adecuan las reglas de la sociedad conyugal al matrimonio entre personas del mismo sexo.²¹¹

210 SALAH y BUSTOS (2022), p. 144.

211 HERNÁNDEZ y LATHROP (2022), p. 89.

Matrimonios celebrados en el extranjero

El régimen legal supletorio es el de la separación total de bienes; sin embargo, para saber cuál es o son los regímenes convencionales, hay que distinguir si se trata de un matrimonio entre personas de distinto o del mismo sexo.

Tratándose de matrimonios entre personas de distinto sexo, hay dos regímenes convencionales posibles: la sociedad conyugal y la participación en los gananciales. Con todo, hay que tener presente que aquella solo puede pactarse al momento de inscribir el matrimonio en Chile.

En el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo, solo hay un régimen convencional: la participación en los gananciales.

La Ley 21.400 ordenó que el nuevo inciso tercero del artículo 135 del Código Civil fuese modificado, incorporando esta limitación para los matrimonios del mismo sexo, señalando, en definitiva, que

Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción. Tratándose de matrimonios entre personas del mismo sexo casadas en país extranjero, solo podrán pactar el régimen de participación en los gananciales.

Problema que se puede generar con la rectificación del nombre y sexo registral

Señalamos que este es el sistema en una primera aproximación, pues con estas reformas, introducidas por la Ley 21.400, se generó un problema que aún no tiene una respuesta clara de parte de la doctrina, al relacionarse este cuerpo legal con la Ley 21.120.

En efecto, como se examinará,²¹² la Ley 21.120 considera la identidad de género como un derecho, pero agrega que esa convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos (artículo 1 inciso ter-

²¹² Ver *infra* IV.7.

cero); consecuente con ello, establece que, en ningún caso, el órgano administrativo o judicial podrá exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos para dar curso, acoger o rechazar las solicitudes de rectificación del nombre o sexo registral (artículo 2 inciso segundo). En otras palabras, el solicitante es libre para decidir si se somete o no a algún tratamiento médico, quirúrgico u otros análogos para cambiar su apariencia física o función corporal, pero ello no puede ser considerado como un requisito para ejercer el derecho que contempla esta ley.²¹³

El texto actual de la Ley 21.120 establece que si una persona está casada y solicita la rectificación de su nombre y sexo registral a través del procedimiento administrativo que contempla esta ley, la resolución que acoge la solicitud debe ponerse en conocimiento de su cónyuge, quien tiene la opción de mantener su matrimonio o solicitar al tribunal de familia que ordene su disolución en el plazo de seis meses contados desde la fecha de la comunicación.

Como puede advertirse, esta reglamentación legal puede generar diversos problemas.

La primera situación que cabe examinar corresponde a aquella en que estamos frente a un matrimonio entre personas del mismo sexo, una de ellas solicita la rectificación de su nombre y sexo registral, y su cónyuge decide mantener el matrimonio. ¿Pueden optar por el régimen de sociedad conyugal? En una primera aproximación debiera decirse que no, pues la única alternativa para que personas de distinto sexo puedan casarse bajo este régimen patrimonial se presenta cuando, al momento de contraer matrimonio, nada dicen, lo que no habría ocurrido en este caso. Sin embargo, podría sostenerse que, en ese momento, no tenían la posibilidad de optar por el régimen de sociedad conyugal, lo que justifica que no lo hayan hecho en dicha oportunidad, pero ahora nada se los impide, por lo que no habría razón para privarlos de este régimen, calificado como supletorio para los matrimonios entre personas de distinto sexo.

Una segunda situación puede presentarse cuando estamos frente a un matrimonio entre personas de distinto sexo casadas bajo régimen de sociedad conyugal, uno de los cónyuges decide solicitar la rectificación

213 OPAZO (en prensa), «La filiación mixta...».

de su nombre y sexo registral, y el otro cónyuge decide poner término al matrimonio. Al momento de declararse disuelto el matrimonio estamos frente a un matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que cabe preguntarse quién puede renunciar a los gananciales. Si ambas son mujeres y trabajaron remuneradamente, ¿quién generó patrimonio reservado?, ¿quién administra los bienes sociales antes de la disolución del matrimonio?

Una tercera situación puede presentarse cuando estamos frente a un matrimonio entre personas de distinto sexo casadas bajo régimen de sociedad conyugal, uno de los cónyuges decide solicitar la rectificación de su nombre y sexo registral, y el otro cónyuge decide mantener su matrimonio. ¿Qué ocurre con la sociedad conyugal? Planteamos esto, pues la Ley 21.400 no modificó el artículo 1764 del Código Civil, por lo que no existe una causal que autorice la disolución de la sociedad conyugal, de modo que, en una primera aproximación, debiéramos sostener que esta subsiste. Sin embargo, ella es incompatible con un matrimonio entre personas del mismo sexo, pues no es posible señalar quién la administra (¿ambos maridos?, ¿o quién si se trata de un matrimonio entre dos mujeres?), o quién debe autorizar ciertos actos (¿ambas mujeres?, ¿o quién si se trata de un matrimonio entre dos varones?). Podría pensarse que, aunque no exista una causal que ponga término a la sociedad conyugal, esta de todas maneras tendría que disolverse, atendido a que es incompatible con un matrimonio entre personas del mismo sexo; o bien, podría sostenerse que debe mantenerse el *statu quo* y entender, entonces, que quien administraba hasta ese momento debe seguir haciéndolo y quien autorizaba debe continuar con esa tarea. Sin embargo, es un problema que no ha sido resuelto.

Impacto de la Ley 21.400 en materia de derechos hereditarios

Salah y Bustos plantean que la situación del cónyuge sobreviviente no tiene diferencias en atención al sexo, orientación sexual o identidad de género de quienes han celebrado matrimonio o acuerdo de unión civil; agregan que, en su concepto, el legislador igualó la situación de los convivientes civiles a la de los cónyuges en el artículo 16 de la Ley 20.830.²¹⁴

214 SALAH Y BUSTOS (2022), p. 151.

No compartimos esta última afirmación, pues, en materia de efectos hereditarios, no es correcto afirmar que se haya producido una completa igualación entre la situación del conviviente civil y el cónyuge sobreviviente, toda vez que el artículo 16 de la Ley 20.830 solo hizo tal igualación en materia de derechos.²¹⁵

Impacto de la Ley 21.400 en materia de filiación

El sistema de filiación que estaba vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 21.400 permitía sostener que la filiación correspondía a un vínculo jurídico que une a una persona con su padre o con su madre.²¹⁶ Sin perjuicio del reconocimiento doctrinario a los padres sociales, para distinguirlos de los padres biológicos,²¹⁷ siempre se sostuvo que el vínculo filiativo debía unir a una persona, no solo como máximo con dos personas, sino que, además, dichas personas debían ser de diferente sexo.²¹⁸ Ahora bien, la entrada en vigencia de la Ley 21.400 significó un cambio en la forma de entender el sistema filiativo chileno, pues la referida ley –junto con posibilitar el matrimonio válido entre dos personas del mismo sexo– permitió también que una persona pudiese tener, legalmente, dos padres (varones) o dos madres.²¹⁹

Representación legal

La Ley 21.400 modificó el artículo 43 del Código Civil, el cual señala, en la actualidad, que «Son representantes legales de una persona uno o ambos progenitores, el adoptante y su tutor o curador».

Como es sabido, la representación legal de los hijos es uno de los efectos de la patria potestad.²²⁰ Debido a lo anterior, y atendida la nueva redacción del artículo 34 del Código Civil, dada por la Ley 21.400, en la actualidad debe entenderse que la titularidad de la patria potestad co-

215 OPAZO (2017), pp. 771-785.

216 En este sentido, TRONCOSO (2020), p. 269; RODRÍGUEZ (2021), p. 241; GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 18.

217 GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 18.

218 OPAZO (en prensa), «Matrimonio igualitario...».

219 GÓMEZ DE LA TORRE (2023), p. 142.

220 Quintana la considera como una de las facultades que confiere la patria potestad. QUINTANA (2020), p. 399. Ramos se refiere a ella como uno de los atributos de la patria potestad. RAMOS (2007), p. 475. Para ALBORNOZ, se trata de un deber. ALBORNOZ (2022), p. 143.

rresponde a ambos progenitores o a aquel que ellos designen en la forma que establece la ley.²²¹

Determinación de la filiación

Los impactos de la Ley 21.400 en la determinación de la filiación son los siguientes:

A) Aspectos generales

Partiendo de la base de que la determinación de la filiación es la constatación o proclamación oficial, a través de los mecanismos legales, de la paternidad o maternidad, podemos advertir que este tema también se ha visto modificado por la Ley 21.400.

El sistema establecido por las leyes 19.585 y 19.620 permitía distinguir entre filiación por naturaleza, por adopción y tecnológica.²²² A su turno, el artículo 179 del Código Civil prescribe que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial, distinción que no decía relación con los derechos que tenían los hijos, sino con el mecanismo que establecía la ley para determinar la filiación, en particular la paternidad.²²³

Este sistema daba primacía a la verdad biológica, con contadas excepciones;²²⁴ de ahí que, cuando se definía la filiación por naturaleza, se hablaba de la que se producía por el hecho de la generación, por la procreación o por la concepción natural.²²⁵

La Ley 21.400, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y adecuar las reglas sobre filiación a esta nueva realidad matrimonial, produjo dos importantes efectos en materia de determinación de la filiación: por una parte, aumentó el número de casos con un cuarto

221 SALAH y BUSTOS (2022), p. 163.

222 En este sentido, ABELIUK (2000), p. 44; CORRAL (1999), p. 46, y QUINTANA (2020), p. 302.

223 En este sentido, López plantea que la diferencia entre filiación matrimonial y no matrimonial «se basa en el distinto sistema de presunciones y acciones que se genera como lógica consecuencia de si existe o no un matrimonio de por medio. En todo lo demás, esto es sus consecuencias, no hay diferencia». LÓPEZ DÍAZ (2017), p. 504.

224 GÓMEZ DE LA TORRE (2017), p. 125.

225 En este sentido, TRONCOSO (2020), p. 274, y QUINTANA (2020), p. 303.

tipo de filiación, que hemos denominado filiación mixta²²⁶, y, por otra parte, produjo una disociación entre la determinación de la filiación y la verdad biológica.

B) La filiación mixta

Entendemos por filiación mixta la que se caracteriza por ser, por definición, matrimonial o no matrimonial, pero se determina a través de los mecanismos que establece el Código Civil para el otro tipo de filiación; es decir, si estamos frente a una filiación que por su definición es matrimonial, se determina a través de los mecanismos de la filiación no matrimonial y, por otro lado, podemos estar frente a una filiación que por su definición es no matrimonial, pero que se determina a través de los mecanismos de la filiación matrimonial.²²⁷

Dentro de los casos de filiación mixta, hay algunos que surgieron con la entrada en vigencia de la Ley 21.400.

El primero de ellos se presenta si estamos frente a un matrimonio entre personas del mismo sexo en el que la mujer está embarazada, alguno de los cónyuges solicita la rectificación de su nombre y sexo registral, el cónyuge de quien pidió la rectificación solicita a la jueza / el juez la terminación de su matrimonio, y la sentencia que declara terminado el matrimonio se dicta antes del parto. Si quien solicitó la rectificación de su nombre y sexo registral fue el marido, la maternidad de la criatura se determinará a través del parto, cumpliéndose los requisitos que exige el artículo 183 del Código Civil, pero ¿cómo se determina su filiación respecto de su otro progenitor? Preguntamos esto, porque el otro progenitor, legalmente, es una mujer, por lo que no cabe aplicar el artículo 183 del Código Civil para determinar su maternidad, porque ella no parió al hijo o hija; tampoco cabe aplicar el artículo 184 del mismo cuerpo legal, toda vez que dicha disposición solo se aplica para determinar la paternidad en los matrimonios entre personas de distinto sexo, y acá se trata de determinar una maternidad. Todo indica que la madre que no dio a luz solo podría determinar su maternidad a través del reconocimiento o de sentencia firme que acogiera la acción de reclamación, no obstante tratarse de una filiación matrimonial de origen. Si quien solicitó la rectificación de su nombre y sexo registral fue la mujer, como ahora legal-

226 OPAZO (en prensa), «La filiación mixta...».

227 Ídem.

mente es un hombre, el parto no le serviría para determinar paternidad y, si no está determinada la maternidad, no puede operar la presunción de paternidad. Por lo tanto, ambos progenitores, no obstante tratarse de una filiación matrimonial de origen, solo podrán determinar filiación a través del reconocimiento o de una sentencia judicial que acoja la acción de reclamación.²²⁸

El segundo se presenta si estamos frente a un matrimonio entre personas de distinto sexo y uno de ellos solicita la rectificación de su nombre y sexo registral por razón de identidad de género.²²⁹ Conforme se examinará,²³⁰ la Ley 21.120 considera la identidad de género como un derecho, pero agrega que esa convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos (artículo 1 inciso tercero); consecuente con ello, establece que, en ningún caso, el órgano administrativo o judicial podrá exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos para dar curso, acoger o rechazar las solicitudes de rectificación del nombre o sexo registral (artículo 2 inciso segundo). En otras palabras, el solicitante es libre para decidir si se somete o no a algún tratamiento médico, quirúrgico u otros análogos para cambiar su apariencia física o función corporal, pero ello no puede ser considerado como un requisito para ejercer el derecho que contempla esta ley.²³¹

Consecuentemente, el cónyuge que solicita la rectificación de su nombre o sexo registral puede que decida no modificar su apariencia o la función corporal, aunque legalmente se trate de un matrimonio entre personas del mismo sexo, biológicamente son de distinto sexo y, por lo mismo, pueden engendrar. ¿Cómo se determina la filiación en estos casos? Preguntamos esto, porque quien da a luz al hijo o hija, aunque biológicamente sea una mujer, legalmente puede ser un varón y ese par-

228 Ídem.

229 En nuestro concepto, este caso también puede presentarse si la solicitud de rectificación del nombre y sexo registral se formula antes del matrimonio, pues, aunque legalmente se trate de un matrimonio entre personas del mismo sexo, biológicamente serán personas de distinto sexo, por lo que pueden procrear.

230 Ver *infra* IV.7.

231 OPAZO (en prensa), «La filiación mixta...».

to no permite determinar paternidad, o bien quien no da a luz puede ser legalmente una mujer que está casada con la madre gestante, aunque biológicamente sea un varón, pero, como legalmente es una mujer, no cabe aplicar la presunción *pater is est*.²³²

C) La filiación tecnológica

Por otro lado, la Ley 21.400 modificó el artículo 182 del Código Civil en lo que se refiere a los hijos de filiación tecnológica o de reproducción humana asistida. En efecto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley, el mencionado artículo 182 establecía que, tratándose de hijos nacidos de técnicas de reproducción humana asistida, serán considerados padre y madre el hombre y la mujer que se sometieron a ellas, de manera que la filiación determinada de conformidad con esta disposición no podría ser impugnada ni reclamarse una distinta.

A partir de esta disposición, se entendía que, aunque las técnicas de reproducción humana asistida no están reglamentadas en nuestro país, era necesario que fuesen dos personas de distinto sexo quienes se sometieran a ellas. Además, se requería que dichas personas voluntariamente optasen por someterse a una técnica de reproducción humana asistida. Finalmente, si se utilizaba alguna técnica heteróloga, es decir, si se usaba el material genético de un tercero, el donante del material genético no podría impugnar la filiación determinada ni reclamarla para sí, no obstante que la prueba pericial biológica pudiese resultarle favorable.

La Ley 21.400 modificó el artículo 182 del Código Civil, eliminando la exigencia de que las personas que quieran someterse a estas técnicas deben ser de distinto sexo, de manera que la redacción actual de la disposición solamente establece que los progenitores de los hijos nacidos producto de técnicas de reproducción humana asistida serán las dos personas que se sometieron a ellas, lo que implica que puede tratarse de dos personas del mismo sexo. Ello se traduce en que necesariamente deben utilizar el material genético de un tercero o tercera, quien tiene vedado impugnar la filiación así determinada y reclamar la propia filiación.

Con todo, la redacción del actual artículo 182 del Código Civil ha generado algunas discrepancias a nivel doctrinario cuando se trata de

232 OPAZO (en prensa), «La filiación mixta...».

dos personas del mismo sexo. En efecto, Gómez de la Torre sostiene que esta disposición solo puede aplicarse a una pareja de mujeres, rechazando que pueda aplicarse a una pareja de varones, toda vez que estos, al carecer de útero, necesariamente deben recurrir a una tercera, la mujer gestante, de manera que ya no se trataría de dos, sino que de tres personas que se someterían a estas técnicas, lo que impide aplicar el artículo 182 del Código Civil, que se refiere solamente a las dos personas que se sometieron a dichas técnicas.²³³

En un sentido contrario, Lathrop sostiene que, cuando se utiliza el material genético de un tercero o tercera, siempre podría cuestionarse que solo sean dos personas las que se someten a la técnica, y que este problema se resuelve dilucidando qué se va a entender por «someterse» a dichas técnicas, para lo cual propone recurrir a la voluntad procreacional que contempla la disposición. Una vez precisado que lo que determina la filiación en estos casos es la voluntad procreacional, en su concepto, se advertirá que es indiferente si se trata de una pareja de personas de distinto sexo, de una pareja de varones o de una pareja de mujeres, pues quienes consintieron en someterse a la técnica de reproducción humana asistida serán quienes la ley considera como progenitores de los hijos.²³⁴

Acciones de filiación

Como sabemos, se define a las acciones de filiación como aquellas que tienen por objeto obtener de los tribunales un pronunciamiento relativo a la filiación, ya sea declarándola, o bien negando la que estaba establecida legalmente.²³⁵ Dentro de ellas encontramos la acción de impugnación, la acción de reclamación y las acciones residuales, que son la de desconocimiento y de nulidad del reconocimiento.

Estas acciones están reglamentadas en los artículos 211 y siguientes del Código Civil, los cuales no fueron modificados por la Ley 21.400. Sin embargo, al reformarse el artículo 34 del referido código, ello ha impactado en el tema de las acciones de filiación, especialmente en lo que se refiere a los legítimos contradictores.

233 GÓMEZ DE LA TORRE (2022), p. 13.

234 LATHROP (2022a), pp. 110-111.

235 QUINTANA (2020), p. 319.

A) *Acción de impugnación*

Es la que tiene por objeto que el tribunal deje sin efecto el estado civil de hijo o hija que se detenta respecto de determinada persona.²³⁶

A partir de la reglamentación que formula el Código Civil, se distingue entre impugnación de la maternidad; de la paternidad matrimonial de origen; de la paternidad no matrimonial, y de la paternidad matrimonial adquirida, todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo que se dirá respecto de la impugnación de la filiación mixta.

a. Impugnación de la maternidad

En cuanto a la impugnación de la maternidad, cabe tener presente que el Código solo reglamentó aquella que busca dejar sin efecto la maternidad que se determinó a través del parto, por lo que debe agregarse la impugnación que puede hacerse del reconocimiento –vía repudiación o nulidad– o, excepcionalmente, de la maternidad determinada por decreto judicial.

Teniendo presente lo expuesto, el artículo 217 inciso primero del Código Civil contempla solamente dos causales que autorizan la impugnación de la maternidad: el falso parto y la suplantación del pretendido hijo o hija al verdadero o verdadera. De ahí que Troncoso señale que, por esta acción, se busca desvirtuar los elementos que determinan la maternidad: el hecho del parto y la identidad del producto del parto, recayendo el peso de la prueba en quien impugne.²³⁷

El falso parto corresponde a la suposición de parto mediante la inscripción de nacimiento con el nombre de una mujer que realmente no ha dado a luz; mientras que la suplantación del pretendido hijo o hija al verdadero o verdadera corresponde a la sustitución del parto, o sea, al cambio de identidad del hijo o hija, lo que ocurre cuando el hijo o hija que ha nacido de una mujer se cambia por otro, a cuyo nombre se hace la correspondiente inscripción.²³⁸

236 QUINTANA (2020), p. 325.

237 TRONCOSO (2020), p. 300.

238 ÁLVAREZ (1999), pp. 106-107. En un sentido similar, Gómez de la Torre explica que el falso parto es que no hubo realmente parto y la suplantación del pretendido hijo al verdadero se refiere a que el niño que nació de la mujer fue reemplazo por otro. GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 104.

Por otro lado, son titulares de la acción de impugnación el marido de la supuesta madre (si ella estaba casada); la madre supuesta, quienes disponen de un año contado desde el nacimiento, y el hijo o hija supuesta, quien dispone de un año contado desde que alcanza la plena capacidad; a menos que salga inopinadamente a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, pues, en tal caso, podrá subsistir o revivir la acción por un año, contado desde la revelación justificada del hecho (artículo 217 incisos segundo y cuarto del Código Civil). También se les concede titularidad al verdadero padre, a la verdadera madre y al verdadero hijo o hija, quienes no tienen plazo alguno, pero deben ejercer, simultáneamente, las acciones de impugnación de la filiación existente y reclamación de la verdadera filiación, regla que también es aplicable al hijo o hija supuesto o supuesta (artículo 217 inciso tercero del Código Civil).²³⁹ Finalmente, el artículo 218 del Código Civil otorga titularidad a toda persona a quien esa maternidad perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los supuestos padre o madre, siempre que no exista posesión notoria del estado civil, para lo cual disponen de un año contado desde el fallecimiento del respectivo padre o madre.

El tema puede complicarse, después de la entrada en vigencia de la Ley 21.400, con la determinación de los *legitimados pasivos*. Este aspecto se encuentra regulado en el artículo 317 del Código Civil, a partir del cual es posible sostener que, en la cuestión de maternidad, son legítimos contradictores el hijo contra la madre y la madre contra el hijo, agregando su inciso segundo que también pueden ser legítimos contradictores los herederos del padre, madre o hijo fallecido.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 21.400, resultaba claro que, para determinar a los legitimados pasivos, debía distinguirse quién impugnaba. Si lo hacía la supuesta madre, aplicando el artículo 317 del Código Civil, debía demandar al supuesto hijo. Gómez de la Torre sostenía que la acción también debía dirigirse en contra del pretendido padre,²⁴⁰ aunque, en nuestro concepto, ello solo se justificaba cuando se trataba de una filiación matrimonial, pues al impugnarse la maternidad, se des-

²³⁹ El hijo o hija supuesta, entonces, tiene dos alternativas: puede ejercer solamente la acción de impugnación, caso en el cual dispone de un año desde que alcanza la plena capacidad; o puede ejercerla en conjunto con la acción de reclamación de la verdadera filiación, caso en el cual no dispone de plazo alguno.

²⁴⁰ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), pp. 104 y 105. En el mismo sentido, ÁLVAREZ (1999), p. 109.

truía la presunción de paternidad, lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil, justifica tener como legítimo contradictor al pretendido padre.²⁴¹ Si quien demandaba era el supuesto padre, la acción debía dirigirla en contra del hijo o hija supuesta y la pretendida madre.²⁴² Si quien demandaba era el supuesto hijo o hija, la acción debía dirigirse en contra de la supuesta madre y, si esta estaba casada, también en contra de su marido, pues, al quedar sin efecto la maternidad, desaparece uno de los requisitos para que opere la presunción de paternidad, por lo que esta también queda sin efecto. Si quienes demandaban eran los verdaderos padre, madre, hijo o hija, o un tercero, la acción debía dirigirse en contra del hijo o hija supuesta, la madre supuesta y, si esta estaba casada, también en contra de su marido; en el caso del tercero, se agregaba que la acción también podía dirigirse en contra de los herederos de ambos pretendidos progenitores o, a lo menos, de uno, pues la procedencia de la acción requería de la muerte del padre o de la madre.²⁴³ Se trataba de un litisconsorcio pasivo necesario.²⁴⁴

Advertimos que el tema puede complicarse porque, ahora, podemos enfrentarnos a una persona que tenga, legalmente, dos madres. ¿Pueden impugnarse esas maternidades?²⁴⁵

Tratándose de la madre gestante, la impugnación de su maternidad se regirá por las reglas generales ya examinadas, debiendo acreditarse el falso parto o la suplantación del hijo o hija. La madre no gestante habrá determinado su maternidad a través del reconocimiento, por lo que podrá alegarse su repudiación o su nulidad. En el caso de un matrimonio entre dos mujeres, una de las cuales tenía un hijo o hija antes del matrimonio que es reconocido por su cónyuge, determinándose la filiación matrimonial adquirida, o si una de ellas decide tener a un hijo de manera natural, esto es, sin recurrir a una técnica de reproducción humana asistida, ¿podría esta segunda maternidad ser impugnada por

241 En este sentido, Abeliuk sostiene que, «demostrada la falsa maternidad, también la filiación dejará de ser matrimonial y, por ende, la acción afecta al marido en el caso que tenga esa calidad. En caso contrario, la acción se dirigirá solo contra el hijo». ABELIUK (2000), p. 211.

242 ÁLVAREZ (1999), p. 108. En el mismo sentido, GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 104.

243 GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 105. En el mismo sentido, ÁLVAREZ (1999), p. 109; ABELIUK (2000), p. 211.

244 ÁLVAREZ (1999), p. 109.

245 Ver *supra* IV.4.2.

el padre biológico del hijo o hija? En nuestro concepto, el tema no es de simple solución, toda vez que entran en conflicto el interés de la madre reconociente, el interés del padre en asumir su calidad de progenitor y el interés superior del hijo o hija.

Dado que, a nuestro juicio, en Chile una persona solo puede tener, como máximo, dos progenitores,²⁴⁶ a ese padre solo le cabría la posibilidad de impugnar la maternidad determinada por el reconocimiento, lo que implica aplicar las formas de impugnación del reconocimiento, que son su repudiación o su nulidad. El problema es que el padre no es titular de ninguna de ellas, ya que no puede repudiar el reconocimiento,²⁴⁷ ni tiene legitimación activa para demandar la nulidad. Sin embargo, no resulta lógico que, si el que reconoce es un varón, el verdadero padre pueda intentar en su contra la acción de impugnación de la filiación en conjunto con la acción de reclamación de su propia filiación, mientras que si quien reconoce es una mujer, le estaría vetado ejercer las mismas acciones. Por esta razón, en nuestro concepto, la forma de resolver este conflicto sería a través del artículo 201 del Código Civil, entendiendo que es un caso en el que entran en conflicto la prueba pericial biológica (del padre demandante) con la posesión notoria del estado civil de hijo o hija (respecto de la madre demandada), el cual se resuelve a favor de la posesión notoria si esta cumple con los requisitos del artículo 200 del mismo código;²⁴⁸ es decir, el caso debiera resolverse a favor de la madre demandada, rechazándose la demanda y, en caso contrario, se preferirá la prueba pericial biológica, con lo cual el tribunal debiera acoger la demanda²⁴⁹.

246 OPAZO (en prensa). «Matrimonio igualitario...».

247 Según el artículo 191 del Código Civil, solo puede repudiar el hijo o hija reconocida, y el artículo 193 del mismo cuerpo legal agrega a los herederos de este o esta.

248 Según Gómez de la Torre, «constituye una especie de reconocimiento de hecho o social de la paternidad o maternidad. Se da cuando al hijo se le nombra, se le trata y se le reconoce como tal, durante un tiempo prolongado. Puede que biológica o genéticamente no lo sea, pero socialmente lo aparenta». GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 87. El artículo 200 del Código Civil exige que el padre, la madre o ambos hayan tratado al hijo o hija como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, presentándolo en ese carácter a sus familiares y amigos, y que estos y el vecindario de su domicilio, en general, lo hayan reputado y reconocido como tal; además, esta situación debe haber durado, a lo menos, cinco años continuos y debe probarse por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignas que la establezcan de un modo irrefragable.

249 En nuestro concepto, para evitar esta posible impugnación por parte del padre, lo que debiera hacerse es utilizar el mecanismo de la adopción por integración.



b. Impugnación de la paternidad matrimonial de origen

En este caso, lo que se persigue es destruir la presunción de paternidad, por lo que la prueba se dirige exclusivamente a demostrar que el hijo o hija no lo es del marido.²⁵⁰

Según el artículo 212 del Código Civil, son titulares de la acción el marido, quien cuenta con distintos plazos, dependiendo de si estaba o no separado de hecho de su mujer. Si no lo estaba, el plazo es de ciento ochenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto y, si lo estaba, el plazo es de un año contado desde la misma fecha. A partir de lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil, el legitimado pasivo sería el hijo o hija.

También es titular el hijo o hija por sí, quien cuenta con el plazo de un año contado desde que alcance la plena capacidad (artículo 214 inciso segundo del Código Civil). A partir de lo dispuesto en el artículo 317 del mismo cuerpo legal, el legitimado pasivo sería su presunto padre.

El artículo 214 inciso primero del Código Civil concede titularidad al representante legal del hijo o hija, quien dispone del plazo de un año contado desde el nacimiento. De conformidad con lo señalado en el artículo 317 del Código Civil, la acción se dirigirá en contra del presunto padre. Cabe tener presente que, conforme explica Quintana, quien asumirá la representación legal del hijo o hija será, por regla general, su madre, quien debe actuar en el interés de aquel, pero con ello podría generarse un conflicto de intereses, por lo que debiera nombrarse al hijo o hija un curador para la litis.²⁵¹

Finalmente, el artículo 213 del Código Civil da legitimación activa a los herederos del marido y, en general, a toda persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual, por el mismo plazo que concede el artículo precedente, o por el que faltare para completarlo. Con todo, estas personas pierden la titularidad si el padre hubiere reconocido al hijo o hija como suyo en su testamento o en otro instrumento público. Se ha planteado que el interés debe ser patrimonial²⁵² y que

²⁵⁰ Como explica Court, «los nuevos artículos 212 y siguientes no establecen causales taxativas de impugnación de la paternidad, de manera que la presunción de paternidad podrá ser desvirtuada por cualquier prueba en contrario que justifique que el marido no es el padre». COURT (1999), p. 37.

²⁵¹ QUINTANA (2020), p. 326.

²⁵² ABELIUK (2000), p. 182.

pueden actuar a través de representante legal o mandatario.²⁵³ Dentro de dichos herederos también puede figurar la madre.²⁵⁴

Cabe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 del Código Civil, en estos juicios la madre será citada, pero no está obligada a comparecer; se ha planteado que es necesario emplazarla para que la sentencia le sea oponible.²⁵⁵

c. Impugnación de la paternidad no matrimonial

Como en toda acción de impugnación, se busca dejar sin efecto la filiación que se ha determinado vía reconocimiento, para lo cual debiera probarse que el reconocido no es hijo o hija biológica del reconociente. Ello explicaría por qué el padre que reconoció no es titular de la acción de impugnación.

El artículo 216 inciso primero del Código Civil confiere titularidad al hijo o hija, por sí, si es capaz, quien tendrá el plazo de dos años para impugnar, contado desde que supo de ese reconocimiento. Abeliuk precisa que puede impugnar, aunque haya efectuado actos de aceptación del reconocimiento.²⁵⁶ A partir de lo dispuesto en el artículo 317 del mismo código, es legítimo contradictor el padre o sus herederos.²⁵⁷

El inciso segundo del mismo artículo confiere titularidad al representante legal del hijo o hija, quien debe actuar en el interés de este o esta, dentro del plazo de un año contado desde el reconocimiento. En virtud de lo dispuesto en el artículo 317 del código, el legítimo contradictor es el padre o sus herederos.

El artículo 216 inciso tercero del Código Civil señala que son legitimados activos los herederos del hijo o hija si este o esta fallece desconociendo el acto de reconocimiento o antes de que venza el plazo que señala el inciso primero de este artículo. En el primer caso, cuentan con el mismo plazo y, en el segundo, con lo que falte para completarlo; en ambas situaciones el plazo se cuenta desde la muerte del hijo o hija. En esta situación, el legítimo contradictor es el padre; por esta razón, dentro de los herederos, no se cuenta al padre.²⁵⁸

253 ABELIUK (2000), p. 188.

254 ABELIUK (2000), p. 186.

255 QUINTANA (2020), p. 327.

256 ABELIUK (2000), p. 196.

257 ÁLVAREZ (1999), p. 104. En el mismo sentido, LÓPEZ (2017), p. 548.

258 COURT (1999), p. 67.

El inciso final del artículo 216 del Código Civil confiere titularidad a las personas que prueben un interés actual en la impugnación, dentro del plazo de un año desde que tuvieron ese interés y pudieron hacer valer su derecho. Si bien Troncoso sostiene que el interés debe ser patrimonial,²⁵⁹ a juicio de Quintana el interés, en el ámbito del derecho de familia, no puede circunscribirse a uno de carácter pecuniario.²⁶⁰ Cualquiera que sea la opción que se tome, dicho interés debe probarse previamente, pues es un presupuesto indispensable de la acción de impugnación.²⁶¹ La acción deberá dirigirse tanto en contra del padre como respecto del hijo o hija, toda vez que no es posible que el reconocimiento pierda efecto respecto de uno y no respecto del otro.²⁶²

d. Impugnación de la paternidad matrimonial adquirida

El artículo 216 inciso cuarto del Código Civil hace aplicable lo dispuesto en los tres incisos anteriores a este caso, con la excepción de que el plazo de dos años se contará desde que el hijo o hija supo del matrimonio o del reconocimiento que determinó su paternidad. Cabe tener presente que, a juicio de Quintana, en la situación del hijo o hija que nace después de transcurridos trescientos días de decretada la separación judicial de los progenitores, a quien el legislador le hace aplicable la presunción *pater is est*, en rigor se trata de un caso de reconocimiento y, por lo mismo, en su concepto, es irrevocable y no cabría impugnarlo, sin perjuicio de ser procedente la acción de nulidad.²⁶³

e. Impugnación de la filiación determinada judicialmente

Sabemos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, la sentencia judicial que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad produce efectos *erga omnes*, lo que resulta lógico, atendido el carácter indivisible que presenta el estado civil.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 220 del mismo código establece que la filiación determinada a través de una sentencia judicial no puede ser impugnada, salvo el caso de excepción que contempla el

259 TRONCOSO (2020), p. 300.

260 QUINTANA (2020), p. 328.

261 ABELIUK (2000), p. 200.

262 ABELIUK (2000), p. 202.

263 QUINTANA (2020), p. 329.

artículo 320 del mismo cuerpo legal, el cual señala que dicha sentencia no puede oponerse a los verdaderos progenitores ni al verdadero hijo o hija, quienes siempre pueden impugnar, pero deben hacerlo de conformidad con el mecanismo establecido en el artículo 208 del código.

Lo anterior se traduce en que quien desee impugnar debe ejercer simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva filiación. Para estos efectos, la acción de impugnación se torna imprescriptible. Si los progenitores que van a impugnar están casados, deben actuar conjuntamente.²⁶⁴

En todo caso, es fundamental que la filiación determinada por decreto judicial resulte contradictoria con la filiación que se pretende reclamar.²⁶⁵ Además, es necesario que esas personas que van a impugnar y reclamar no hayan sido parte en el juicio de filiación anterior.²⁶⁶ Asimismo, resulta necesario notificar estas acciones a las personas que fueron parte en el juicio anterior.²⁶⁷

Finalmente, en la doctrina se ha planteado la duda en torno a si la jueza / el juez puede acoger una acción y rechazar la otra. Abeliuk sostiene que si la jueza / el juez rechaza la de impugnación, no puede acoger la de reclamación, pues el hijo o hija quedaría con dos filiaciones incompatibles.²⁶⁸ Corral va más allá, al plantearse el caso en que se compruebe la falsedad de la filiación impugnada, pero no se pueda probar la veracidad de la filiación reclamada; en tal situación, a su juicio, la jueza / el juez no puede aceptar una acción y rechazar la otra, sino que debe aceptar o rechazar ambas acciones, pues, de razonarse de otro modo, el hijo o hija quedaría sin filiación determinada.²⁶⁹

B) Acción de reclamación

Se ha entendido que es aquella que tiene por finalidad determinar la filiación que no se posee.²⁷⁰ Esta acción se puede utilizar para determinar la filiación tanto matrimonial como no matrimonial.²⁷¹

264 GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 108.

265 Ídem.

266 Ídem.

267 Ídem.

268 ABELIUK (2000), p. 214.

269 CORRAL (1999), p. 83.

270 ÁLVAREZ (1999), p. 83. En el mismo sentido, GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 89.

271 ÁLVAREZ (1999), p. 83. En el mismo sentido, RAMOS (2007), p. 425, y TRONCOSO (2020), p. 287.

a. Reclamación de la filiación matrimonial

Según el artículo 204 del Código Civil, es titular de esta acción el hijo o hija, quien debe ejercer la acción en contra de ambos progenitores. Esta acción es imprescriptible.²⁷² Cabe tener presente que se ha sostenido que, si la demanda ha sido notificada y fallece uno de los progenitores, el juicio puede continuarse contra los herederos.²⁷³ En este caso, se entiende que si el hijo o hija no tiene filiación determinada, puede ejercer solamente la acción de reclamación; en cambio, si tiene una filiación determinada, pero esta es inexacta, debe ejercer las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la verdadera filiación, en los términos del artículo 208 del mismo cuerpo legal.

La misma disposición confiere titularidad a uno o ambos progenitores, precisando que, si es ejercida por uno de ellos, el otro debe intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad. Esta acción también es imprescriptible y el legitimado pasivo es el hijo o hija.²⁷⁴ Sin embargo, Abeliuk entiende que, si la acción es ejercida por uno de los progenitores, este debe demandar al otro, lo que es algo distinto a sostener que este último deba intervenir en el juicio, pues a nadie se le puede obligar a formar parte de un juicio.²⁷⁵ Court agrega que si demanda uno de los progenitores y el otro ha fallecido, basta con emplazar a los herederos del progenitor fallecido.²⁷⁶ En este caso, resulta claro que si el hijo o hija tiene determinada una filiación que es inexacta, los progenitores deberán ejercer, simultáneamente, las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la verdadera filiación, en los términos del artículo 208 del Código Civil. Sin embargo, si el hijo o hija no tiene determinada su filiación, cabe preguntarse si pueden los progenitores ejercer la acción de reclamación o bastaría con reconocer al hijo o hija. En nuestro concepto, como estamos hablando de la determinación de la filiación matrimonial, no tiene cabida el reconocimiento, por lo que la única alternativa que tienen los progenitores es ejercer la acción de reclamación de filiación matrimonial, lo que es coincidente con lo dispuesto en el inciso final del artículo 185 del mismo cuerpo legal.

272 COURT (1999), p. 96.

273 COURT (1999), p. 95. En el mismo sentido, ÁLVAREZ (1999), p. 84.

274 COURT (1999), p. 95.

275 ABELIUK (2000), p. 160. En el mismo sentido, RAMOS (2007), p. 425; QUINTANA (2020), p. 321; TRONCOSO (2020), p. 288.

276 COURT (1999), p. 95.

El artículo 207 del Código Civil confiere titularidad a los herederos del hijo o hija que fallece siendo incapaz, dentro del plazo de tres años, contado desde su muerte. Agrega que si el hijo o hija fallece antes de transcurrir los tres años contados desde que alcance su plena capacidad, los herederos solo contarán con el plazo que falte para completarlo. Finalmente, señala que el plazo o su residuo comenzará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen su plena capacidad. Abeliuk entiende que los herederos deben actuar de consuno y que si el hijo o hija hubiese iniciado la acción en vida, sus herederos pueden continuarla, en virtud de lo dispuesto en el artículo 317 del mismo código.²⁷⁷

b. Reclamación de la filiación no matrimonial

El artículo 205 del Código Civil señala que el hijo o hija es el titular de la acción y que el legitimado pasivo es alguno de sus progenitores, el cual debe estar vivo, salvo los casos de excepción del artículo 206 del mismo código. Esta acción también es imprescriptible. Cabe tener presente que, si durante la secuela del juicio y antes de que se dicte sentencia, el progenitor demandado reconoce voluntariamente al hijo o hija, el tribunal no puede acoger la demanda y el progenitor no se verá afectado por la sanción que contempla el artículo 203 del mismo cuerpo legal.²⁷⁸

La misma disposición agrega que cualquiera de los progenitores es titular de la acción cuando el hijo o hija tenga determinada una filiación distinta, pero, en tal caso, el progenitor debe ejercer simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la propia filiación, en los términos del artículo 208 del mismo cuerpo legal, porque si el hijo o hija no tiene determinada su filiación, la acción de reclamación es improcedente, ya que el progenitor puede reconocerlo o reconocerla.²⁷⁹

Finalmente, la disposición legal en comento confiere titularidad al representante legal del hijo o hija incapaz, quien debe actuar en el interés de este.

277 ABELIUK (2000), p. 165.

278 QUINTANA (2020), p. 322.

279 TRONCOSO (2020), p. 289. En el mismo sentido, RAMOS (2007), p. 426.

C) Las acciones residuales

Son acciones que, al igual que la acción de impugnación, buscan dejar sin efecto una filiación que ya se encuentra determinada, pero que se diferencian de esta por cuanto no hay que probar la falsedad de la filiación atribuida. Estas son la acción de desconocimiento y la acción de nulidad del reconocimiento.

a. Acción de desconocimiento

Tiene por objeto establecer que el marido, al momento de casarse, no tenía conocimiento del estado de embarazo de su mujer.²⁸⁰ Esta acción procede respecto del hijo o hija que nace dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio entre personas de distinto sexo, de manera que está amparado por la presunción *pater is est*, ya que, en el sistema establecido por la Ley 19.585, basta con nacer dentro del matrimonio para que sea aplicable la presunción de paternidad. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 del Código Civil, si, al tiempo de celebrarse el matrimonio, el marido no sabía del estado de embarazo de su mujer, puede ejercer esta acción de desconocimiento, de conformidad con las reglas de la acción de impugnación de la filiación matrimonial.

Conforme señalamos, no se trata de una acción de impugnación, pues la discusión no gira en torno a la veracidad o falsedad de la paternidad, sino en torno a si el padre sabía o no del estado de embarazo de su mujer al momento de celebrarse el matrimonio. Por esta razón, si el padre pierde el juicio, nada impide que pueda ejercer la acción de impugnación,²⁸¹ ya que no habrá cosa juzgada al no existir la triple identidad, pues no se configura la identidad legal del objeto pedido.

En este caso, se ha sostenido que la carga de la prueba le corresponde al hijo o hija demandada, quien tendrá que probar que quien figura como su padre se casó sabiendo del estado de embarazo de su madre o

²⁸⁰ A juicio de Quintana, «está orientada a que el tribunal declare que la presunción de paternidad no es aplicable». QUINTANA (2020), p. 331.

²⁸¹ RAMOS (2007), p. 445. En el mismo sentido, Quintana sostiene que «siendo esta una acción cuyo objetivo es simplemente que el tribunal constate los supuestos ya mencionados, le queda a salvo, al marido, la posibilidad de entablar la acción de impugnación de paternidad». QUINTANA (2020), p. 332.



que lo ha reconocido por hechos positivos;²⁸² la razón de ello radica en que no cabe la prueba de un hecho negativo absoluto, esto es, de un hecho negativo que no puede expresarse como un hecho positivo.²⁸³

Cabe tener presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 20.830, la acción de desconocimiento también resulta aplicable tratándose de un acuerdo de unión civil celebrado entre dos personas de distinto sexo.

b. Acción de nulidad del reconocimiento

Es aquella que tiene por objeto acreditar los supuestos que producen la invalidez del reconocimiento. Como explica Court, el reconocimiento es un acto jurídico y, como tal, debe cumplir con los requisitos de existencia y de validez de todo acto jurídico. En principio, son aplicables las reglas generales en materia de nulidad, por lo que esta puede ser absoluta o relativa.²⁸⁴ De la misma manera, para determinar quiénes son sus titulares, cabe aplicar las reglas generales en materia de nulidad.²⁸⁵

Con todo, existe una regla especial en materia del plazo de prescripción cuando se invoca un vicio de la voluntad. El artículo 202 del Código Civil establece que el plazo es de un año contado desde la fecha del reconocimiento, a menos que el vicio invocado sea la fuerza, pues, en tal caso, el año se cuenta desde que cesa la fuerza.

282 RAMOS (2007), p. 445.

283 Si bien hay autores que han sostenido que los hechos negativos siempre pueden ser objeto de prueba, pues pueden reformularse en un hecho positivo y, por lo mismo, son susceptibles de prueba, porque basta con acreditar el hecho positivo contrario. RUZ (2011), p. 508; CORRAL (2022), p. 774. En nuestro concepto, ello no es así, por lo que se hace necesario distinguir entre hechos negativos absolutos y relativos. Los primeros son aquellos que no pueden reformularse en una afirmación, por ejemplo, «nunca he estado en Londres», y, por lo mismo, no pueden ser objeto de prueba; los segundos son aquellos que sí pueden reformularse en una afirmación, por ejemplo, «ayer no estuve en Londres», para lo cual basta probar dónde estuve ayer y con ello se acredita que no estuve en Londres, estos sí pueden ser objeto de prueba. En el caso que nos interesa, sostener que el marido no sabía del estado de embarazo de la mujer al tiempo del matrimonio ¿puede reformularse en una afirmación? En nuestro concepto, no es posible y por eso se invierte la carga de la prueba, debiendo el hijo o hija demandada acreditar que su presunto padre sí sabía del estado de embarazo de su madre al momento de celebrarse el matrimonio.

284 COURT (1999), pp. 99 y 100.

285 COURT (1999), p. 101.

En nuestro concepto, dado que, de conformidad con los casos de filiación mixta que se han identificado,²⁸⁶ la acción de nulidad del reconocimiento va a tener un mayor campo de aplicación, también será procedente para aquellos casos de filiación matrimonial determinada a través del reconocimiento.

Impacto de la Ley 21.400 en materia de acuerdo de unión civil

El texto original de la Ley 20.830 contenía un inciso segundo en su artículo 12, el cual establecía que los matrimonios celebrados por personas del mismo sexo en el extranjero serían reconocidos en Chile como acuerdo de unión civil si cumplían con las reglas dispuestas en esta ley, y sus efectos serían los mismos de este acuerdo.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 21.400 esta reglamentación tenía una razón de ser: un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero no podía ser considerado como tal en nuestro país. Esta solución encontraba expresa consagración en el artículo 80 de la Ley 19.947, disposición que reconocía validez a los matrimonios celebrados en el extranjero en la medida en que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

Como puede advertirse, esta regla fue derogada por la Ley 21.400, toda vez que ya no se justificaba este cambio de estatuto, siendo que, al aceptarse la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo, si este era celebrado en el extranjero, debía ser reconocido como tal y no como acuerdo de unión civil.²⁸⁷

Frente a este reconocimiento a los matrimonios entre personas del mismo sexo, cabe preguntarse si se justifica todavía la existencia de la figura del acuerdo de unión civil o si debiera derogarse. Esta pregunta resulta del todo pertinente pues, si se mira lo que ha ocurrido en algunos ordenamientos foráneos, como en Quebec, es posible advertir que la figura de la unión civil solo se justificó como una forma de dar reconocimiento a las parejas del mismo sexo que –hacia 2002, año en que se incorpora la unión civil al Código Civil de Quebec, en que no se permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo– buscaban la oficialización de su unión en términos similares a los del matrimonio. Sin em-

²⁸⁶ Ver *supra* IV.4.2.

²⁸⁷ OPAZO (2022a), p. 78.



bargo, en 2005 el legislador federal de Canadá permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo que la unión civil perdió interés y se cree que desaparecerá.²⁸⁸ ¿Seguirá el mismo derrotero nuestro país? Todo indica que no, pues, existiendo el matrimonio entre personas de distinto sexo, la mayoría de los acuerdos de unión civil formalizados en Chile ha sido entre personas de distinto sexo.

Impacto de la Ley 21.400 en materia de administradoras de fondos de pensiones

La Ley 21.400 no modificó el Decreto Ley 3.500, de 1981, por lo que debe entenderse que las disposiciones de dicho decreto ley serán aplicables a los cónyuges, viudos o viudas, independientemente de si están o estuvieron casados con alguien de distinto o su mismo sexo.

Impacto de la Ley 21.400 en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

La Ley 21.400 modificó el artículo 44 de la Ley 16.744, de 1968, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, con el propósito de incluir expresamente al cónyuge varón y al viudo varón como beneficiarios de la pensión vitalicia.²⁸⁹ De esta manera, el texto actual del referido artículo 44 señala:

El cónyuge superviviente mayor de 45 años de edad, o inválido de cualquier edad, tendrá derecho a una pensión vitalicia equivalente al 50 % de la pensión básica que habría correspondido a la víctima si se hubiere invalidado totalmente, o de la pensión básica que percibía en el momento de la muerte.

Igual pensión corresponderá a la viuda o viudo menor de 45 años de edad, por el período de un año, el que se prorrogará por todo el tiempo durante el cual mantenga a su cuidado hijos legítimos que le causen asignación familiar. Si al término del plazo o de su prórroga hubiere cumplido los 45 años de edad, la pensión se transformará en vitalicia.

Cesará su derecho si contrajere nuevas nupcias.

Sin embargo, la viuda o viudo que disfruta de pensión vitalicia y contrajere matrimonio tendrá derecho a que se le pague, de una sola vez, el equivalente a dos años de su pensión.

²⁸⁸ PINEAU y PRATTE (2006), pp. 517 y 518. Revisado el Código Civil de Quebec el 13 de noviembre de 2023, esta figura todavía existe en dicho cuerpo legal.

²⁸⁹ LATHROP (2022b), p. 198.



Por otra parte, la Ley 21.400 derogó el artículo 46 de la Ley 17.344, que antes establecía que «El viudo inválido que haya vivido a expensas de la cónyuge afiliada, tendrá derecho a pensión en idénticas condiciones que la viuda inválida».

Además, la Ley 21.400 modificó el artículo 93 de la Ley 17.344, el cual reforma el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 6.037, de 1937, que crea la Caja de la Marina Mercante, de manera que el referido inciso segundo del artículo 33 actualmente señala: «El padre y la madre de imponente, por los cuales este haya estado percibiendo asignación familiar, concurrirán en el montepío, conjuntamente con el cónyuge sobreviviente y los hijos, con una cuota total equivalente a la que corresponda a un hijo legítimo».

Impacto de la Ley 21.400 en materia de Ley 21.120

La Ley 21.120, de 2018, conocida como Ley de Identidad de Género, establece, en su artículo 1, que el derecho a la identidad de género corresponde a la facultad de toda persona, cuya identidad de género no coincida con su nombre y sexo registral, para solicitar la rectificación de estos.

Su texto original establecía, para el ejercicio de esta facultad, dos tipos de procedimiento: uno administrativo, que se tramitaba directamente ante el oficial del Registro Civil, cuando una persona era mayor de edad y no tenía vínculo matrimonial vigente (artículos 9 a 11 de esta ley), y otro judicial, dentro del cual se contemplaban dos procedimientos diferentes, dependiendo de si se trataba de una persona menor de edad (artículos 12 a 17), siendo competente el tribunal de competencia en materias de familia del domicilio del solicitante (artículo 13), o si se trataba de una persona mayor de edad con vínculo matrimonial vigente (artículos 18 y 19), siendo competente el tribunal con competencia en materia de familia del domicilio de cualquiera de los cónyuges, a elección del solicitante (artículo 18).²⁹⁰

Esta ley, además, ordenó agregar un numeral 5 al artículo 42 de la Ley 19.947, estableciendo, en su texto original, que el matrimonio terminaba «por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género». Es decir, de conformidad con la redacción dada a este numeral 5 del artículo 42 de la Ley de Matri-

²⁹⁰ OPAZO (2022b), p. 120.



monio Civil, debía entenderse que, por el solo hecho de que la sentencia que acogía la solicitud de rectificación del nombre y sexo registral por razón de identidad de género quedase firme, el matrimonio terminaba de pleno derecho, entendiéndose que, para todos los efectos legales, los comparecientes se consideraban como divorciados, lo que se justificaba en que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 21.120, el matrimonio entre personas del mismo sexo no era admitido en Chile, por lo que, de no haberse incorporado esta nueva causal de terminación del matrimonio, habría existido un matrimonio entre personas del mismo sexo.²⁹¹

La Ley 21.400 introdujo algunas modificaciones a la Ley 21.120. En primer lugar, estableció que el procedimiento por aplicar depende única y exclusivamente de si el solicitante es o no mayor de edad. Si lo es, se aplica el procedimiento administrativo, independientemente de cuál sea su estado civil. Si es menor de edad, se aplica el procedimiento judicial.²⁹²

En segundo lugar, cambió la redacción del numeral 5 del artículo 42 de la Ley 19.947, el cual, en la actualidad, señala: «Por voluntad del cónyuge de la persona que ha obtenido la rectificación de la ley N° 21.120, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de dicho cuerpo legal», es decir, ahora se entiende que la sola resolución administrativa o sentencia judicial²⁹³ que autoriza la rectificación del nombre o sexo registral por razón de identidad de género no produce, de pleno derecho, la terminación del matrimonio, sino que tal decisión queda entregada al cónyuge de la persona que se sometió al procedimiento de rectificación.²⁹⁴ Para estos efectos, el Servicio de Registro Civil informará, en el primer caso, o el tribunal que acogió la solicitud de rectificación ordenará, en el segundo, la notificación de la resolución o sentencia al otro cónyuge, el cual podrá concurrir al tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio de cualquiera de los cónyuges, dentro del plazo de seis meses, a fin de solicitar que ordene la terminación del matrimonio.²⁹⁵

291 Ídem.

292 OPAZO (2022b), pp. 122 y 123.

293 Dado que la Ley 21.515 elevó la edad mínima para contraer matrimonio a los 18 años, entendemos que cada vez serán menos los casos de personas menores de edad que se encuentren casadas; de todas maneras, esta situación podría presentarse, sin perjuicio de existir un vicio de nulidad del matrimonio.

294 OPAZO (2022b), p. 122.

295 OPAZO (2022b), p. 123.

El tribunal citará a los cónyuges a audiencia preparatoria, pudiendo demandarse la compensación económica de conformidad con las leyes 19.947 y 19.968, de 2004. La jueza / el juez debe dictar sentencia con el solo mérito de la solicitud, procediendo a declarar la terminación del matrimonio en virtud de la causal del numeral 5 del artículo 42 de la Ley 19.947, regulando sus efectos y resolviendo cualquier otra materia que se hubiere ventilado en el procedimiento; además, los comparecientes se tendrán como divorciados para todos los efectos legales.²⁹⁶

Esta reglamentación de la Ley 21.120, después de su reforma por la Ley 21.400, genera, a lo menos, tres preguntas, una de carácter procesal y dos de carácter sustantivo.

La interrogante de carácter procesal consiste en determinar cómo se tramita la solicitud de terminación del matrimonio. Y la pregunta surge porque todo indica que el procedimiento a aplicar es de carácter voluntario o no contencioso, el contemplado en el artículo 102 de la Ley 19.968. Esta disposición señala que la cuestión voluntaria se sujetará al procedimiento especial que establece la ley que lo contempla. Si esta nada dice, se rige por las reglas contenidas en el Libro IV del Código de Procedimiento Civil en todo aquello que sea compatible con las disposiciones de la Ley 19.968, especialmente en cuanto a la oralidad, y, en aquello que no sea compatible, se aplica lo dispuesto en el inciso segundo del citado artículo 102, esto es, que la solicitud presentada por escrito será resuelta de plano, a menos que el tribunal considere necesario oír a los interesados, para lo cual los citará a una audiencia a la que deberán asistir con todos sus antecedentes, con el objeto de resolver, en dicha audiencia, la cuestión sometida a su conocimiento.

Dado que, en este caso, la Ley 21.120 establece un procedimiento especial, debemos aplicarlo y la jueza / el juez debiera llamar a las partes a una audiencia preparatoria. Lo complejo es precisar la forma en que habrá de desarrollarse esa audiencia preparatoria, toda vez que la ley solo establece que se puede demandar compensación económica; la jueza / el juez debe declarar terminado el matrimonio con el solo mérito de la solicitud, es decir, no se admite oposición; la jueza / el juez debe regular los efectos de la terminación y resolver cualquier otra materia que se hubiere ventilado. En consecuencia, cabe preguntarse: en la audiencia preparatoria, ¿debe la jueza / el juez instar a las partes a la reconciliación?, ¿debe informar

296 Ídem.



del derecho a reclamar compensación económica?, ¿en caso afirmativo, cuál es la oportunidad para demandarla? Luego, ¿puede demandarse el cuidado personal de uno o más hijos e hijas?, ¿puede demandarse la regulación del régimen comunicacional con uno o más hijos e hijas?, en estos dos últimos casos, ¿se debe demandar en la audiencia preparatoria? Si se demanda compensación económica, cuidado personal o relación directa y regular, el procedimiento ¿sigue siendo voluntario o se torna contencioso?; en cualquiera de estos casos, ¿cómo continúa la tramitación?

Dado que la disposición señala que la jueza / el juez debe llamar a las partes a audiencia preparatoria, que se puede demandar compensación económica, que la jueza / el juez debe regular los efectos de la terminación del matrimonio y resolver cualquier otra materia que se hubiere ventilado, entendemos que, en principio, como todas estas materias son contenciosas, se debiera interponer la demanda de compensación económica, alimentos, cuidado personal, y relación directa y regular con la suficiente anticipación como para que el demandado pueda contestar en el plazo establecido en el artículo 58 de la Ley 19.968 (al menos cinco días de anticipación a la fecha de realización de la audiencia preparatoria). Sin embargo, como hay trámites que escapan del control de las partes (por ejemplo, la notificación de la demanda), en caso de no ser posible cumplir con dicho plazo (por ejemplo, porque la demanda se notificó cinco días antes de la audiencia preparatoria), debiera fijarse una nueva fecha para dicha audiencia, para así cumplir con los plazos legales, especialmente el plazo de 15 días que contempla el artículo 59 de la Ley 19.968, y no dejar al demandado en la indefensión.

Sin embargo, puede ocurrir que, antes de la audiencia, no se haya interpuesto demanda alguna. En tal caso, en dicha audiencia, la jueza / el juez deberá informar a los cónyuges sobre la existencia del derecho a demandar compensación económica (artículo 64 Ley 19.947). En tal situación, como explica Lepin, debiera suspenderse la audiencia y permitir que se ejerza la acción de compensación económica y conceder al demandado el plazo para contestar o reconvenir,²⁹⁷ hecho lo cual debiera citarse nuevamente a audiencia preparatoria.

En lo demás, la tramitación debiera seguir su curso normal, de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 60 y siguientes de la Ley 19.968.

297 LEPIN (2010), pp. 103 y 104.

Por otro lado, la primera pregunta de carácter sustantivo que genera esta reglamentación es la siguiente: ¿a qué tipo de divorcio se refiere la disposición? El citado artículo 11 de la Ley 21.120 se limita a decir que los cónyuges se tendrán por divorciados para todos los efectos legales, pero ¿a cuál de los distintos tipos de divorcio que contempla la Ley 19.947 se refiere la disposición legal en comento? La pregunta surge por cuanto la Ley 19.947 distingue entre divorcio unilateral, bilateral y culposo, existiendo algunos efectos particulares para este último; por ejemplo, la posibilidad de negar compensación económica al cónyuge que ha dado motivo al divorcio por su culpa, o rebajar prudencialmente su valor.²⁹⁸ En consecuencia, si el matrimonio termina por solicitud del cónyuge de quien pidió la rectificación de su nombre y sexo registral por razón de identidad de género, ¿se puede invocar el artículo 62 de la Ley 19.947 para pedir a la jueza / el juez que niegue la compensación económica o rebaje prudencialmente su valor? Entendemos que no, porque, dado que la Ley 21.120 establece que la rectificación del nombre y sexo registral es un derecho, no es posible sostener que estemos frente a un caso de divorcio culposo, que exige falta imputable al otro cónyuge que constituya una violación grave a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio y que torne intolerable la vida en común.

La segunda pregunta de carácter sustantivo que surge es la siguiente: ¿se puede demandar la nulidad del matrimonio? Preguntamos esto porque el texto original de la Ley 21.120 fue criticado por Pablo Cornejo, quien sostuvo que, al terminar el matrimonio de pleno derecho por la sentencia que acogía la solicitud de rectificación del nombre y sexo registral, se obstaba a que el otro cónyuge pudiese ponerle término demandando la nulidad del matrimonio por vicio de error en la persona del otro contrayente, lo que, a su turno, obstaba a la obtención de ciertos efectos que solo produce la sentencia que declara la nulidad; por ejemplo, la opción de solicitar que la disolución y liquidación del régimen de bienes se hiciera de conformidad con las reglas del régimen respectivo o las reglas generales de la comunidad.²⁹⁹ Según el texto actual de la Ley 21.120, modificado por la Ley 21.400, subsiste la inquietud en orden a si el cónyuge de quien solicitó la rectificación de su nombre y sexo registral puede o no demandar la nulidad del matrimonio, toda vez que no queda

298 OPAZO (2022b), p. 121.

299 CORNEJO (2017), p. 97.



claro si se trata de un concurso de acciones o si la solicitud a que alude el artículo 42 numeral 5 de la Ley 19.947 excluye la posibilidad de demandar la nulidad del matrimonio.³⁰⁰ En nuestro concepto, estaríamos frente a un concurso de acciones, de manera que el cónyuge de quien solicitó la rectificación de su nombre y sexo registral podrá solicitar que se declare disuelto su matrimonio de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 42 de la Ley 19.947, o bien demandar la nulidad de dicho matrimonio fundada en el vicio de error en cuanto a las cualidades personales del otro contrayente que, atendida la naturaleza y fines del matrimonio, ha sido determinante para prestar el consentimiento matrimonial.

300 OPAZO (2022b), p. 123.

Capítulo 5

Presupuestos de la declaración de susceptibilidad de adopción del niño, niña o adolescente

Aspectos generales de la adopción en Chile

La adopción ha sido definida como «la institución que tiene por fin insertar a un menor de edad como hijo en una familia que pueda satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen».³⁰¹ Para Acuña, es

una institución jurídica constituida por sentencia judicial en virtud de la cual y en base al interés superior del adoptado y a su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, se proporciona a un menor de edad una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen, confiriéndole el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes.³⁰²

Por su parte, Abeliuk la define negativamente, al señalar que es «aquella que no deriva de la naturaleza, esto es, no es biológica, sino que está determinada por la ley, donde intervienen la voluntad de las partes y la autoridad judicial, que finalmente la constituye».³⁰³ Gómez de la Torre la define como

la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una familia que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.³⁰⁴

301 RODRÍGUEZ (2021), p. 311.

302 ACUÑA (2016), pp. 544 y 545.

303 ABELIUK (2000), p. 225.

304 GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 223.

La Ley 19.620, de 1999, es la que rige actualmente el sistema de adopción en nuestro país.

Como explican Hernández y Lathrop, esta ley contempla un régimen único de adopción, terminando con la adopción contractual de la Ley 7.613 y la distinción entre adopción simple y plena de la Ley 18.703.³⁰⁵ En consecuencia, ya no es necesario distinguir entre adoptado mayor o menor de edad para determinar qué clase de adopción es procedente.³⁰⁶

Esta ley establece que la adopción solo puede ser establecida a través de una sentencia judicial. Para tales efectos, la constitución de la adopción se estructura mediante dos procedimientos: el primero, de declaración de susceptibilidad de adopción,³⁰⁷ y el segundo, de constitución de la adopción o de la adopción propiamente tal.³⁰⁸ Ambos procedimientos son de competencia de los tribunales de familia (artículo 8 numerales 13 y 14 de la Ley 19.968).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 19.620, pueden ser adoptados:

- El menor de edad cuyos padres no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él o ella, y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.
- El menor de edad que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 19.620, el cual establece que, cuando uno de los cónyuges que quiere adoptar es el padre o madre del niño, niña o adolescente, y solo ha sido reconocido como hijo por él o ella, se aplica directamente el procedimiento de adopción, no el de susceptibilidad; pero si el hijo o hija ha sido reconocida por ambos progenitores o tiene filiación matrimonial, será necesario el consentimiento del otro progenitor. A falta del otro progenitor, o si este se opusiere a la adopción, el juez resolverá. Finalmente, el referido artículo 11 agrega la posibilidad de que uno de los solicitantes sea otro ascendiente consanguíneo del progenitor del niño, niña o adolescente a adoptar.

305 HERNÁNDEZ Y LATHROP (2022), p. 221. En el mismo sentido, LÓPEZ (2017), p. 556.

306 LÓPEZ (2017), p. 557.

307 Como explica Gómez de la Torre, «se elimina la figura de la declaración de abandono del menor, por considerar que atentaba contra la dignidad del niño y, en cambio, se crea la figura de la susceptibilidad de la adopción». GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 237.

308 HERNÁNDEZ Y LATHROP (2022), p. 223.

- El menor de edad que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes de la misma ley.

Revisaremos, a continuación, estas tres situaciones, haciendo presente que, en el caso de la segunda, la declaración de susceptibilidad solo será procedente cuando el hijo o hija tenga determinada su filiación respecto de ambos progenitores y aquel que no está involucrado en la adopción se opusiere a esta.

La declaración de susceptibilidad de adopción del niño, niña o adolescente y sus presupuestos

Según Corral, la expresión «declaración de susceptibilidad de adopción» resulta ser imprecisa, pues puede estar refiriéndose tanto a la declaración que formula la jueza / el juez cuando hay voluntad de entrega de los progenitores (artículo 8 letra a) de la Ley 19.620), como a la declaración que formula la jueza / el juez en los casos del artículo 12 de la Ley 19.620. De ahí que prefiere utilizar la expresión «declaración de adoptabilidad», distinguiendo entre adoptabilidad por voluntad de entrega y adoptabilidad por situación de desamparo.³⁰⁹

Adoptabilidad por voluntad de entrega

Este es el caso del menor de edad cuyos padres no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él o ella, y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante la jueza / el juez competente. Ambos requisitos deben concurrir copulativamente.³¹⁰

En Francia se ha sostenido que el consentimiento de los representantes legales para dar en adopción al NNA constituye un acto particularmente grave, pues su objeto reside en una modificación voluntaria de las estructuras familiares, es decir, se trata de permitir un cambio del estado civil del NNA; de ahí que el ordenamiento jurídico establezca de manera muy estricta las exigencias para que se manifieste el consentimiento de los representantes legales.³¹¹

309 CORRAL (2002), p. 157.

310 BARCIA (2020), p. 1020.

311 ÉGÉA (2022), p. 468.



López explica que este consentimiento debe manifestarse ante el tribunal de familia y que puede prestarse antes del nacimiento del hijo o hija solamente cuando ha sido patrocinado por el Servicio de Mejor Niñez³¹² o un organismo acreditado ante él, con lo que se busca desincentivar que las futuras madres busquen interrumpir su embarazo, sino que opten por dar a su hijo o hija en adopción.³¹³ Por otro lado, también se procura garantizar que no se esté lucrando con las necesidades de la madre que se encuentre en una situación económica desfavorable empeorada por el proceso de gestación.³¹⁴ En consecuencia, la regla general será que la voluntad de los progenitores se preste después del nacimiento del hijo o hija.³¹⁵

Conviene tener presente esta distinción entre los diferentes momentos en que los progenitores pueden manifestar su voluntad de entrega, pues, si la voluntad se presta antes del nacimiento del hijo o hija, la ley exige que la madre ratifique dicho consentimiento después de nacido el hijo o hija. Para tales efectos, dispone de un plazo de treinta días³¹⁶ contados desde el parto, durante el cual no puede ser objeto de apremios para que ratifique y, si no lo hace, se le tendrá por desistida de su decisión, a menos que no haya ratificado por haber fallecido, pues, en tal caso, la ley considera suficiente manifestación de voluntad de entregar al hijo o hija la que ya conste en el proceso.³¹⁷

Por el contrario, si la voluntad se presta después de nacido el hijo o hija, el o los progenitores que hayan manifestado su voluntad dispondrán de un plazo de treinta días para retractarse, el que se cuenta desde la fecha en que se haya manifestado tal voluntad ante el tribunal; ven-

312 Cabe tener presente que la Ley 19.620 se refiere al Servicio Nacional de Menores (Sename) y no ha sido modificada; atendido que el artículo 58 de la Ley 21.302 establece que el Servicio de Mejor Niñez es el continuador jurídico del Sename, debe entenderse que esta facultad que la Ley 19.620 confiere al Sename en la actualidad debe entenderse conferida al Servicio de Mejor Niñez. En este sentido, como explica Albornoz, esta «institución que, de igual forma que su predecesora, estará dotada de la facultad de hacerse parte en todos los asuntos que digan relación con la protección del niño o niña, cuando esta pueda estar amenazada». Albornoz (2022), p. 77.

313 LÓPEZ (2017), p. 565.

314 CORRAL (2002), p. 130.

315 CELIS y CHÁVEZ (2021), p. 266. En el mismo sentido, LÓPEZ (2017), p. 565.

316 En concepto de Abeliuk, es un plazo de caducidad. ABELIUK (2000), p. 242.

317 CÉLIS y CHÁVEZ (2021), pp. 266 y 267.

cido el plazo, ya no cabe la retractación.³¹⁸ Si bien esta solución puede resultar discutible, especialmente si se considera el carácter subsidiario de la adopción,³¹⁹ es necesario fijar un plazo que indique hasta qué momento cabe la retractación, por razones de seguridad jurídica.

Llama la atención que, en nuestro país, la ley nada dice respecto de si el progenitor menor adulto puede manifestar su voluntad por sí mismo o si, por el contrario, debe hacerlo su representante legal o si este puede autorizarlo.³²⁰

En cuanto al procedimiento, una vez expresada la voluntad de entregar al hijo o hija en adopción, el tribunal debe citar a audiencia preparatoria, que se debe realizar entre el décimo y el decimoquinto día posterior a la presentación de la solicitud; ratificada la voluntad de entrega, la jueza / el juez informará al o a los solicitantes sobre la fecha en que vencerá el plazo para retractarse.

Si la solicitud hubiese sido presentada por uno solo de los progenitores y la filiación estuviese determinada respecto de ambos, el tribunal ordenará que se cite al otro progenitor a la audiencia preparatoria, bajo apercibimiento de que su inasistencia hará presumir su voluntad de entregar al menor en adopción. En la audiencia, el progenitor citado podrá allanarse a la declaración de voluntad de entrega o formular oposición. La citación se notificará personalmente si el progenitor tuviese domicilio conocido; en caso contrario, el tribunal, al proveer la solicitud, requerirá al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informen, dentro de quinto día, el último domicilio de dicha persona que conste en sus registros. De no establecerse el domicilio o de no haber sido habido el progenitor en el domicilio que hubiere sido informado, la notificación se hará por medio de aviso publicado en el Diario Oficial.

En la misma audiencia, el tribunal comprobará que los progenitores no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del hijo o hija. En este sentido, cabe tener presente que las

318 CÉLIS y CHÁVEZ (2021), p. 267.

319 CORRAL (2002), p. 67.

320 Esto, a diferencia de lo que ocurre en Quebec, donde el artículo 554 de su Código Civil expresamente establece que el progenitor menor de edad puede consentir por sí mismo, sin autorización en la adopción de su hijo o hija. Ello se justifica en que se trata de una decisión personal que no puede ser tomada por otra persona, sea un progenitor o un guardador. PINEAU y PRATTE (2006), p. 721.

funciones parentales no son delegables: la sola manifestación de voluntad de entregar al hijo o hija en adopción no es suficiente para configurar esta causa de adoptabilidad; también es necesario que los progenitores no estén en condiciones de hacerse cargo responsablemente del hijo o hija, cuestión que también es consecuencia del carácter subsidiario de la adopción.³²¹ Esta circunstancia se prueba con el informe del organismo patrocinante y, si no hubiere tal organismo, con el que designe el tribunal, el cual deberá remitir su informe para que sea conocido en la audiencia de juicio.

Albornoz aclara que, en la audiencia preparatoria, deben resolverse, entre otros asuntos, la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de adoptabilidad del NNA y, en especial, la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia de aquel o aquella con su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él o ella.³²² Esto es consecuencia del carácter subsidiario de la adopción.

¿Qué ocurre si el otro progenitor, en la audiencia preparatoria, formula oposición a la solicitud de declaración de adoptabilidad? Debe entenderse que no se configura esta causal de adoptabilidad, pues, conforme expresamos, se requiere de la voluntad de ambos progenitores. Sin embargo, de ello no se sigue que se haya frustrado la declaración, porque podría configurarse una causal distinta: el desamparo. En consecuencia, si en la audiencia de juicio se acredita que ambos progenitores han incurrido en alguna de las causales de inhabilidad que contempla el artículo 226 del Código Civil, procede la declaración de adoptabilidad por desamparo.³²³ Con todo, en nuestro concepto, en virtud de lo dis-

321 En este sentido, Corral expresa que «si se trata de velar por el interés superior del niño hay que hacer los mayores esfuerzos para que este pueda desarrollarse en el medio familiar que lo vio nacer, y en especial con sus padres. Son los padres los que constitucionalmente tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos». Afirma esto último con base en el artículo 19 número 10 de la Constitución. CORRAL (2002), p. 67.

322 ALBORNOZ (2022), p. 89.

323 Esta es la solución que se ha aplicado en Francia. En dicho país se considera que si ambos progenitores han incurrido en alguna causal de inhabilidad para ejercer el cuidado personal y alguno de ellos se opone a entregar al hijo en adopción, su negativa se considera como abusiva; en tal caso, visto por el Consejo de Familia, cuando la negativa se erige como un obstáculo a una adopción que satisface el interés superior del NNA, el tribunal puede declarar la adoptabilidad si estima que la

puesto en el artículo 203 del Código Civil, se prescinde de la voluntad del progenitor cuya paternidad o maternidad fue determinada judicialmente contra su oposición.

Si él o la solicitante hubiese fallecido o se encontrase imposibilitado o imposibilitada de manifestar su voluntad, bastará la sola declaración ya formulada. En tal caso, así como si no se deduce oposición, el tribunal resolverá en la audiencia preparatoria, en tanto cuente con el informe del organismo patrocinante y haya transcurrido el plazo de retractación.

Si el tribunal no pudo resolver en la audiencia preparatoria, deberá citar a audiencia de juicio, la que se verificará dentro de los quince días siguientes a la audiencia preparatoria; sin embargo, si el plazo para retractar su voluntad estuviese vigente, la audiencia de juicio se verificará dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de dicho plazo. No se suspenderá la audiencia ni se decretará su prolongación en otras sesiones por el hecho de no haberse recibido los informes u otras pruebas decretadas por el tribunal.

Si el tribunal declara al NNA como susceptible de ser adoptado, deberá informar de esta decisión al Servicio de Mejor Niñez³²⁴ para los efectos de que sea incorporado en los registros de personas que pueden ser adoptadas.

Adoptabilidad en caso de negativa de uno de los progenitores en la adopción por integración

La adopción por integración es «aquella en que el menor se encuentra en desamparo solo respecto de uno de sus progenitores y no del otro que lo mantiene bajo su cuidado y asistencia y que, además, lo ha insertado en el hogar que ha conformado con su marido o mujer, quien, a pesar de no ser ascendiente biológico del hijo de su cónyuge, lo trata y lo quiere como tal».³²⁵

negativa del progenitor es abusiva porque se ha desinteresado del NNA a riesgo de comprometer su salud o moralidad, criterios que son idénticos a los que definen el abandono de familia y que reemplazan la entrega del NNA. ÉGÉA (2022), p. 473. Por el contrario, en Quebec se ha establecido que la negativa, aunque sea abusiva, por parte de uno de los progenitores, pone fin al proceso, a menos que se obtenga la pérdida de su autoridad parental. PINEAU y PRATTE (2006), p. 720.

324 ALBORNOZ (2022), p. 77. Ver nota 301.

325 CORRAL (2002), pp. 162 y 163.

También se le llama adopción del propio hijo o nieto,³²⁶⁻³²⁷ porque se trata de NNA que son hijos o hijas consanguíneas de alguno de los adoptantes, pero los dos desean adoptarlo en calidad de hijo matrimonial de ambos.³²⁸

En Chile, esta forma de adopción está regulada en los artículos 8 letra b) y 11 de la Ley 19.620, a partir de los cuales resulta necesario distinguir tres situaciones.

La primera es que uno de los cónyuges³²⁹ que quiere adoptar es el padre o madre del potencial adoptado o adoptada y este solo ha sido reconocido por él o ella; en este caso, se aplica directamente el procedimiento de adopción, lo que implica que el NNA no debe ser inscrito en el registro de menores susceptibles de ser adoptados.³³⁰ Quintana critica esta disposición, señalando que no se entiende por qué el legislador exigió que la única forma de determinación de la filiación para poder optar por este tipo de adopción sea el reconocimiento, pues ello implica otras formas de determinar la filiación, por ejemplo, si se trata de una maternidad determinada a través del parto o si la determinación operó en virtud de una sentencia judicial.³³¹ En este caso, deberán acompañarse los certificados de matrimonio de los solicitantes y de nacimiento del NNA, donde conste su filiación respecto de uno de aquellos.³³²

La segunda es cuando el hijo o hija tiene determinada su filiación respecto de ambos progenitores; en tal caso, se necesita del consentimiento del otro progenitor. En caso de faltar el otro progenitor o si este

326 CORRAL (2002), p. 162.

327 En nuestro concepto, acá se genera un conflicto que no ha sido suficientemente tratado por la doctrina nacional y que se presenta por el hecho de que si el potencial adoptado o adoptada es hijo o hija de uno de los potenciales adoptantes, cabe preguntarse por qué recurrir al procedimiento de adopción y no al reconocimiento, especialmente si se tiene presente que, en el reconocimiento, el progenitor que reconoce no está obligado a probar la veracidad de su paternidad o maternidad.

328 RODRÍGUEZ (2021), p. 316. Según Mikalef-Toudic, esto se justificaba antiguamente en el deseo de una madre de dar a su hijo o hija la calidad de legítimo o legítima, pero, al establecerse la igualdad de derechos entre todos los hijos, ya no existe tal interés. MIKALEF-TOUDIC (2022), p. 344.

329 Cabe tener presente que en otros ordenamientos jurídicos se permite la adopción por integración no solo tratándose del hijo o hija del cónyuge, sino también del del compañero o compañera unida por un pacto civil de solidaridad (PACS), e incluso del concubino o concubina. MIKALEF-TOUDIC (2022), p. 345.

330 QUINTANA (2020), p. 342.

331 Ídem.

332 QUINTANA (2020), pp. 342 y 343.

formula oposición, corresponde a la jueza / el juez declarar si el hijo o hija es susceptible de ser adoptado o adoptada. En concepto de Troncoso, la judicatura procederá de conformidad con los parámetros que se establecen para la adoptabilidad por desamparo; es decir, la jueza / el juez solo declarará al NNA como susceptible de ser adoptado en caso de inhabilidad física o moral de los progenitores, si existe falta de atención personal o económica, o si se ha hecho entrega del NNA con el propósito de desentenderse de sus obligaciones legales.³³³ Para Rodríguez, el juez resolverá dependiendo de si es razonable o no la oposición.³³⁴

La tercera es si uno de los solicitantes que quiere adoptar es otro ascendiente consanguíneo del padre o madre del NNA.³³⁵ Quintana entiende que no puede tratarse de ninguno de los progenitores, sino de un abuelo o abuela, o bisabuelo o bisabuela.³³⁶ En tal caso, señala la disposición legal en comento, se aplicará el artículo 9 (referido a la declaración de adoptabilidad por entrega voluntaria del menor) o el artículo 13 (referido a la declaración de adoptabilidad por desamparo), según corresponda. Este caso ha sido criticado por Quintana, toda vez que, en su concepto, puede acarrear problemas serios tanto familiares como psicológicos a los involucrados, no obstante tratarse de una práctica común en nuestro país, sin perjuicio de vulnerar el derecho a la identidad del NNA,³³⁷ por su parte, Acuña plantea que este caso resulta paradójico, pues, en definitiva, implica que se puede adoptar a quien verdaderamente ya es hijo o hija, es decir, supone reemplazar la filiación biológica ya determinada por una filiación adoptiva entre las mismas personas.³³⁸

Adoptabilidad por desamparo

Corral la denomina adopción por desamparo del niño, niña o adolescente, precisando que se trata de una conducta voluntaria e imputable

333 TRONCOSO (2020), p. 339.

334 RODRÍGUEZ (2021), p. 316.

335 Cabe tener presente que en Francia, en principio, se prohíbe la adopción entre ascendientes y descendientes en línea directa y entre hermanos y hermanas; con todo, el tribunal puede declarar la adopción si existen motivos graves en el interés del adoptado para tomar en consideración. MIKALEF-TOUDIC (2022), p. 346.

336 QUINTANA (2020), p. 343.

337 Ídem.

338 ACUÑA (2016), p. 550.



a los progenitores o consanguíneos de este, pues, pudiendo hacerlo, no han querido otorgar al hijo o hija los cuidados y afectos que necesita para su desarrollo.³³⁹

En Francia se habla de la declaración judicial de desamparo, causal de carácter objetivo que se presenta cuando sus progenitores no han mantenido con el hijo o hija las relaciones necesarias para su educación o su desarrollo durante el año que precede a la solicitud, sin que aquellos se hayan encontrado impedidos por alguna causa. Para tales efectos, se precisa que el NNA que se encuentra en situación de desamparo haya sido acogido por una persona, un establecimiento o un servicio departamental de la ayuda social durante el año que precede a la solicitud de declaración judicial de desamparo; para tales efectos, la persona o institución que haya acogido al NNA se encuentra en la obligación de presentar la solicitud de declaración de desamparo ante el tribunal competente, transcurrido ese año y después de haber propuesto las medidas necesarias para sostener a los progenitores. Con todo, el tribunal no declarará el desamparo si, durante ese año, un miembro de la familia solicita hacerse cargo del NNA y si esa solicitud se considera acorde al interés de este último.³⁴⁰

Por su parte, en Quebec se habla del NNA abandonado,³⁴¹ entendiéndose por tal aquel que ni sus progenitores ni su tutor se preocupan de su suerte. Si estas personas no asumen el cuidado, la manutención o la educación del NNA durante seis meses, puede ser declarado susceptible de adopción. Pinaeu y Pratte sostienen que este caso es el más difícil de evaluar y el que genera las mayores discusiones; la razón se encuentra en que, frecuentemente, aunque los progenitores hayan descuidado a su hijo o hija, aquellos no aceptan la ruptura del vínculo filiativo que entraña necesariamente la adopción y se ilusionan en torno a su capacidad de retomar el cuidado de su hijo o hija; la mayoría de las veces el tema de la

339 CORRAL (2002), pp. 155 y 156.

340 ÉGÉA (2022), p. 482. Antes de la ley de 14 de marzo de 2016, se hablaba de la declaración judicial de abandono, que procedía en caso de desinterés manifiesto de los progenitores por su hijo o hija, entendiéndose que tal desinterés se configura cuando los progenitores no han mantenido con su hijo o hija las relaciones necesarias para mantener los lazos afectivos, por lo que se ha entendido que el interés del NNA no constituye una condición suficiente para declarar judicialmente al NNA como abandonado, toda vez que, en tal caso, el desinterés manifiesto no se ha establecido. Esta noción fue criticada por su carácter amplio, que daba gran discrecionalidad al juez. ÉGÉA (2022), p. 479.

341 PINEAU Y PRATTE (2006), p. 729.



adopción se presenta en un contexto de protección: la seguridad y desarrollo del NNA están comprometidos.³⁴² De ahí que los tribunales hayan establecido que, en caso de abandono, el procedimiento para obtener la declaración de adoptabilidad comprende tres etapas: la primera, para examinar si, en los hechos, los progenitores o el guardador del NNA han, durante seis meses, dejado de cuidar de este, de interesarse por él y por su manutención; si la respuesta a este primer punto es positiva, enseguida deben verificar si es probable que los progenitores retomen el cuidado de su hijo o hija y, en caso de respuesta negativa a esta última cuestión, resta por apreciar si la declaración de adoptabilidad es recomendable en el interés del NNA.³⁴³

La declaración de susceptibilidad de adopción es siempre judicial,³⁴⁴ siendo indiferente si la filiación está o no determinada.³⁴⁵ Además, se trata de un procedimiento que puede devenir contencioso,³⁴⁶ según haya o no oposición de legítimo contradictor; pero, una vez ejecutoriada la resolución que declara la susceptibilidad de adopción, no cabe oposición alguna.³⁴⁷

Rodríguez plantea que se trata de niños, niñas o adolescentes que están o se presumen abandonados por sus progenitores, de conformidad con una investigación preliminar y resolución de un tribunal de familia.³⁴⁸ Troncoso precisa que, en este caso, es indispensable la resolución

342 Ídem.

343 PINEAU y PRATTE (2006), p. 730. Agregan que la jurisprudencia ha decidido que esta situación debe evaluarse con un criterio objetivo, dependiendo de las circunstancias de la especie, de manera que si el abandono es o no intencional, resulta ser irrelevante. PINEAU y PRATTE (2006), p. 731.

344 ABELIUK (2000), p. 244.

345 TRONCOSO (2020), p. 339. Ver nota 434.

346 HERNÁNDEZ y LATHROP (2022), p. 223.

347 GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 237.

348 RODRÍGUEZ (2021), p. 317. Cabe tener presente que «estos menores son aquellos que la antigua ley denominaba abandonados. Esta denominación fue reemplazada por la declaración judicial de susceptibilidad, de carácter menos estigmatizador». GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 248. Con todo, en concepto de Corral, «el cambio es positivo en cuanto a no agraviar más al menor tachándolo de ‘abandonado’, pero técnicamente no puede ser más impreciso y se confunde con la resolución que el juez debe dictar cuando hay voluntad de entrega de los padres y que también es una ‘declaración de que el menor es adoptable’. De allí que la doctrina tiene que venir en apoyo de la ley y precisar los conceptos para impedir la confusión. Nosotros optamos por unir ambas declaraciones dentro del nombre genérico de declaración de adoptabilidad y distinguir entre el adoptabilidad por voluntad de entrega y el adoptabilidad por situación de desamparo». CORRAL (2002), p. 157.

judicial que declare que el niño, niña o adolescente es susceptible de ser adoptado; agrega que, para estos efectos, es indiferente si la filiación está o no determinada.³⁴⁹

El artículo 12 de la Ley 19.620 establece las causales que autorizan la declaración de susceptibilidad de adopción. Esta disposición señala que procede la referida declaración cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las situaciones que se analizan a continuación.

A) Inhabilidad física o moral de ambos progenitores

El artículo 12 inciso primero numeral 1 de la Ley 19.620 se refiere al caso en que los progenitores están inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal del hijo o hija, en los términos establecidos en el artículo 226 del Código Civil, esto es, cuando procede confiar el cuidado personal a terceros.³⁵⁰

A juicio de Acuña, para que proceda este caso, además de la inhabilidad de ambos progenitores, es necesario que no existan otros adultos responsables a quienes la jueza / el juez pueda confiar el cuidado personal del niño, niña o adolescente.³⁵¹

Corral agrega que en la configuración de las causales en las que se entiende que uno o ambos progenitores se encuentran inhabilitados física o moralmente, la jueza / el juez debe ser particularmente cuidadoso, ya que la adopción produce como efecto privar al o a los progenitores del vínculo parental con su hijo o hija, lo que es más grave que solamente conceder el cuidado personal de este o esta a otra persona.³⁵²

B) Falta de atención personal o económica

El artículo 12 inciso primero numeral 2 de la Ley 19.620 se refiere al caso en que los progenitores no le proporcionen atención personal o econó-

349 TRONCOSO (2020), p. 339.

350 Ver *supra* II.4.

351 ACUÑA (2016), p. 551. En el mismo sentido, Corral sostiene que la ley se refiere a la persona o personas a quienes se haya confiado su cuidado; «la expresión es amplia por lo que caben no solo los ascendientes o colaterales consanguíneos del menor, sino también sus guardadores y en general toda persona que, de hecho, por voluntad de los padres o por determinación judicial, se había hecho cargo del menor». CORRAL (2002), p. 158.

352 CORRAL (2002), p. 159.



mica durante el plazo de dos meses. Si el niño o niña tuviese una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días. Con todo, no constituye causal suficiente para la declaración de susceptibilidad de adopción la falta de recursos económicos para atender al niño o niña; es decir, la situación de pobreza no puede ser considerada como una razón para declarar a un niño, niña o adolescente como susceptible de ser adoptado o adoptada, pues los progenitores de escasos recursos de todas maneras pueden entregar afecto a sus hijos e hijas y cuidar de ellos.³⁵³

Gómez de la Torre precisa que esta falta de atención, sea personal, afectiva o económica, debe ser imputable al o a los progenitores,³⁵⁴ por lo que no se configura si la falta de atención se debe a fuerza mayor; por ejemplo, si el progenitor está privado de libertad en un establecimiento penitenciario.³⁵⁵

C) Entrega del niño, niña o adolescente con ánimo de desligarse de sus obligaciones legales

El artículo 12 inciso primero numeral 3 de la Ley 19.620 contempla el caso en que los progenitores entreguen al niño, niña o adolescente a una institución pública o privada de protección de menores de edad o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.

Quintana precisa que la ley exige dos requisitos para que se configure esta causal:³⁵⁶ que se entregue el niño, niña o adolescente a una institución pública o privada de protección de menores de edad o a un tercero, y que exista la real voluntad de librarse de las obligaciones que le impone la ley respecto de dicho niño, niña o adolescente.³⁵⁷ Como es difícil acreditar la existencia de dicha voluntad, el legislador establece ciertas presunciones de concurrencia de ella,³⁵⁸ presunciones que son simplemente legales y, por lo mismo, admiten prueba en contrario, de manera que corresponde al progenitor o progenitores acreditar que, cuando dejaron al hijo o hija, no tenían la intención de desligarse de sus obligaciones legales o que no pudieron visitarlo o visitarla por razones de fuerza

353 GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 250.

354 GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 249.

355 CORRAL (2002), p. 161.

356 Corral agrega un tercer requisito: «que la entrega la haya hecho el padre o la madre o la persona que tenía asignado su cuidado». CORRAL (2002), p. 161.

357 QUINTANA (2020), p. 344.

358 TRONCOSO (2020), p. 340.



mayor.³⁵⁹ Corral agrega que es necesario probar en el proceso los hechos base de las presunciones y que será la jueza / el juez, en definitiva, quien decida si concurren o no en un caso determinado.³⁶⁰

D) Los casos de abandono del menor de edad en la vía pública, en lugar solitario o en recinto hospitalario se entenderán comprendidos en este caso

Se presume el ánimo de abandono cuando la mantención del niño, niña o adolescente a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor de edad que el ejercicio del cuidado personal por alguno de los progenitores o de las personas a quienes se haya confiado su cuidado. Rodríguez precisa que, por regla general, se trata de niños, niñas o adolescentes institucionalizados por abandono, por voluntad de los progenitores o por orden judicial.³⁶¹

También se presume dicho ánimo cuando tales personas no visiten al niño, niña o adolescente, por lo menos una vez, durante cada uno de los plazos señalados precedentemente, salvo causa justificada; para tal efecto, las visitas quedarán registradas en la institución.

Quienes reciban al menor de edad en tales circunstancias deberán informar al tribunal competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los progenitores o por las personas que lo tenían bajo su cuidado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 19.620, el procedimiento de declaración de susceptibilidad de adopción se puede iniciar de oficio por el juez, o bien a solicitud del Servicio de Mejor Niñez³⁶² o a instancia de las personas o instituciones que tengan al niño, niña o adolescente bajo su cuidado. El tribunal debe citar a todas las personas que puedan tener alguna relación con el menor de edad para que la jueza / el juez se forme un juicio respecto a si aquel está o no abandonado.

359 GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 250.

360 CORRAL (2002), p. 162.

361 RODRÍGUEZ (2021), p. 320.

362 Ver nota 419.



Capítulo 6

Constitución y modificación del estado civil: la prueba del estado civil

Aspectos generales

El artículo 304 del Código Civil define estado civil e indica que es la «calidad de un individuo, en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles». La definición ha sido criticada debido a que se la estima amplia y a que no se corresponde con el contenido del título del Código Civil dentro del cual está ubicada. No expresa en realidad qué es el estado civil, limitándose a consignar que de él resultan consecuencias jurídicas, sin señalar en qué consiste la «calidad» de la que proceden estos efectos.³⁶³ A lo que se añade que podría aplicarse a la capacidad de ejercicio y a la nacionalidad.³⁶⁴

Por otra parte, cuando el Código Civil se refiere al estado, lo hace aludiendo al de familia, que la mayoría de las personas relaciona con el hecho de ser casado, soltero, viudo o divorciado, porque le atribuye la cualidad de permanente. Según Corral, esta apreciación es discutible debido a que el estado a veces resulta de relaciones que no son familiares y, además, que no es permanente en todas las situaciones; por ejemplo, el estado civil de conviviente que la Ley 20.830, de 2015, creó o el caso del hijo de filiación indeterminada o no matrimonial, que es reconocido y obtiene la filiación matrimonial. Estas situaciones demuestran que el estado puede variar.

En nuestro concepto, las críticas planteadas no consideran una cuestión fundamental: que la definición y su introducción en el Código Civil se asienta en la idea de explicar la capacidad de obrar de las personas, y dado que esta se entiende indisolublemente unida al propio concepto de persona como elemento esencial de la misma, el estado civil pasa a enunciar ciertos elementos del ser humano que pueden ser utilizados

³⁶³ ORREGO (2023b), p. 17.

³⁶⁴ CORRAL (2022), p. 415.

para la configuración precisa de los derechos y obligaciones que pueden ser ejercidos o contraídos por la posición que la persona tiene en la estructura social.³⁶⁵ Así, el estado civil se constituye sobre la base de ciertas cualidades (*status* y *conditio*) que la ley tiene en cuenta para atribuirle ciertos efectos.

Tal explicación cobra sentido las veces que se ha intentado explicar las normas en las que el legislador utiliza la expresión “estado civil”. Algunas aluden a una posición y otras a una cualidad debido a que, luego de quedar sin base la teoría del Estado romano porque se reconocieron los derechos políticos a todos y la capacidad a las personas que se hallaban sujetas a potestad familiar, los autores optaron, uno, por prescindir de la teoría y reemplazarla por la capacidad; otros, en tanto, la tomaron en sentido general, haciéndola equivalente a calidad o posición jurídica.³⁶⁶

A lo anterior se añade que las relaciones que en ese contexto se dan requieren acreditar las condiciones de capacidad y la vinculación familiar; por ejemplo, la edad, si está casado o no, si está sometida a alguna incapacidad. Según se establece en nuestra legislación, la inscripción o subinscripción y las partidas constituyen prueba de los estados civiles, la edad y la muerte, todos hechos que se deben inscribir en el Registro Civil. Conforme a ello, estas inscripciones se constituyen en un medio de prueba fundamental, dado que, existiendo, el Registro Civil pasa a ser el centro probatorio de las circunstancias personales que comprende el estado civil.

El fundamento de este rol radica en la presunción de exactitud de los hechos inscritos en el Registro Civil, en cuya virtud debe concluirse que los asientos registrales y, por consiguiente, las partidas, copias y las mismas inscripciones o subinscripciones dan fe de una serie de circunstancias: existencia del hecho jurídico, sujetos intervinientes y tiempo y lugar. Por consiguiente, el tema pasa a ser fundamental.

Nuestro propósito, en esta parte, es averiguar si el concepto de estado civil que indica el Código Civil comprende todas las cualidades de la persona y analizar la prueba del estado civil, haciendo hincapié en el valor que tienen las inscripciones en nuestro sistema actual, pues constituyen la verdad oficial de los hechos o circunstancias de la persona y, a la postre, deberían ser consideradas como título de legitimación del estado civil.

365 GOLDENBERG (2017), p. 309.

366 CASTÁN TOBEÑAS (2007), p. 154.

En ese empeño, se utilizará la legislación vigente, doctrina nacional y extranjera y también jurisprudencia chilena.

Concepto de estado civil

Siendo así, resulta natural que la mayor parte de la doctrina nacional lo conceptualice como la calidad o posición usualmente permanente que un individuo ocupa en la sociedad, en orden a sus relaciones de familia,³⁶⁷ en cuanto le confiere o impone determinados derechos, deberes y obligaciones civiles. En cambio, la comparada distingue entre estado civil y estado de familia. Al primero lo define como

El posicionamiento del sujeto con relación, por lo menos, a tres grupos de cualidades que influyen en la capacidad del sujeto: con relación a sí mismo, en donde influye la edad, la salud mental y el sexo; con relación a la sociedad en general, señalándose al respecto que constituyen elementos que determinan el estado de nacionalidad y la profesión, y con relación a la familia, lo que da lugar al estado de familia³⁶⁸.

El segundo, como «la posición de una persona dentro de una concreta familia que integra, en cuya virtud esa persona puede ejercer derechos subjetivos y cumplir los correlativos deberes derivados de las relaciones familiares».³⁶⁹

Así, por un lado, se tiene el estado de familia, que se configura como una particular atribución del ordenamiento a la persona como sujeto de las relaciones jurídicas familiares. Sus elementos son los vínculos jurídicos entre una persona y otra u otras, complementándose la idea con la circunstancia de que tales nexos pueden estar ausentes. De este modo, las situaciones que pueden darse son múltiples y muy variadas, como se dijo.³⁷⁰ Por lo que, si definimos el estado civil, lo indicado sería decir que es aquel que se atribuye jurídicamente a la persona, como titular de

³⁶⁷ *Petre Vasovich Díaz con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 22761-23, 21 de noviembre de 2023. CL/JUR/45859/2023. La Corte estima que el recurrente tiene existencia legal y derecho a gozar de los atributos de la personalidad que reconoce el ordenamiento jurídico; señala que el estado civil es la calidad que un individuo ocupa en la sociedad, derivada de sus relaciones de familia.

³⁶⁸ RIPERT y BOULANGER (1988), pp. 10-12.

³⁶⁹ MIGNON y ROSSI (2019), p. 2; TALLANO y NEGRITTI (2014), pp. 5 y 7.

³⁷⁰ RIPERT y BOULANGER (1988), p. 10.

relaciones con otros, situación que le confiere derechos y deberes interdependientes y recíprocos para la realización de sus intereses.

Constitución y modificación del estado civil

Las fuentes del estado civil son los actos o hechos jurídicos que los constituyen. Por ejemplo, el estado civil de casado se origina en el matrimonio.³⁷¹ También puede producirse en una sentencia judicial. Así ocurre con el estado civil de soltero, que emana de la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, o con el estado civil de padre, madre o hijo, que tiene su origen en la sentencia que determina la filiación o declara la adopción.

Como se ve, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 13388-23, 11 de diciembre de 2023, se señala, en un recurso de protección interpuesto en contra del Registro Civil debido a que rechazó la solicitud de posesión efectiva, que la filiación determinada conforme a la ley permite comprobar el estado civil de hijo. Estado civil es una de las consecuencias que trae aparejada la filiación. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 12779-23, 31 de julio de 2023, y Corte de Apelaciones de Temuco, rol 34896-22, 25 de abril de 2023.³⁷²

Finalmente, es un hecho jurídico, como el de viudo por el hecho jurídico de la muerte,³⁷³ el hijo mayor de edad por el tiempo que ha vivido o el estado demente, si se deteriora gravemente la capacidad mental y esto interfiere en su vida cotidiana. Cuando se produce alguno de estos motivos o causas, la persona adquiere un estado determinado.

Consecuencias del estado civil

El estado civil es de interés para toda la sociedad, debido a que determina el lugar que una persona ocupa en esta y porque de esta situación derivan importantes consecuencias jurídicas.

³⁷¹ VODANOVIC (2005), p. 236.

³⁷² Víctor Cerna Ulloa con Servicio de Registro Civil e Identificación, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 13388-23, 11 de diciembre de 2023. CL/JUR/47607/2023. En el mismo sentido, Colomba Veloso Veloso con Servicio de Registro Civil e Identificación, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 12779-23, 31 de julio de 2023. CL/JUR/30935/2023; Rosa Espinoza Saavedra y otro con Servicio de Registro Civil e Identificación, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 34896-22, 25 de abril de 2023. CL/JUR/16629/2023.

³⁷³ CORRAL (2022), p. 417.

Respecto de las segundas, que está fuera del comercio, lo que significa que las personas no tienen poder para modificar o disponer de sus cualidades por medio de un acuerdo o convención.

Asimismo, es imprescriptible, no puede ser adquirido ni perdido por la prescripción y, en consecuencia, la acción para reclamarlo tampoco lo es. Sin embargo, en algunos casos, la ley ha hecho excepciones. Las principales son la acción de desconocimiento y la acción de reclamación que pasa a los herederos del hijo después de su fallecimiento.

No puede celebrarse transacción alguna sobre el estado civil porque consistiría en «una concesión hecha por los adversarios de la persona que le reconocerían la cualidad que anteriormente le discutían, o en una renuncia por parte de esta persona que abandonaría su cualidad».³⁷⁴ Por lo tanto, todo acuerdo de esta naturaleza es nulo.

También tiene una eficacia general debido a que toda persona necesita estar ubicada en el estado civil que le pertenece, y lo mismo sucede con los terceros que tratan con ella, por lo que constituye una excepción al principio de eficacia relativa de la cosa juzgada, al extender sus efectos a los terceros que no hayan litigado.

Por último, la persona que tiene un estado civil determinado asume una serie de derechos y deberes, como son los que existen entre los cónyuges; el de padre o madre e hijo o hija; obligaciones y derechos recíprocos como los alimentos, entre otros.³⁷⁵

Prueba del estado civil

El estado civil requiere tener un título que lo legitime, es decir, «una causa habilitante para el ejercicio de las facultades derivadas de los derechos y situaciones jurídicas, lo que resulta de gran interés en materia de estado civil por su permanencia y eficacia general que tiene para la sociedad».³⁷⁶ Por esta razón, el legislador consideró que se debía eximir de investigar la validez del título de adquisición o atribución del estado civil.³⁷⁷ Toda persona que tenga una partida o un certificado de inscripción o subinscripción puede dar seguridad de la existencia del estado civil, sin que tenga que probar de otra forma ni la existencia ni su legalidad.

374 RIPERT y BOULANGER (1988), p. 14.

375 MEZA BARROS (1995), p. 194.

376 DÍAZ (2002), p. 1494.

377 CASTÁN (2007), p. 157, y ALESSANDRI (2010), p. 297.

Por estas razones, en nuestro sistema se prueba, entre otros medios, principalmente por las partidas y la inscripción (artículos 305 a 308 del Código Civil). Por ejemplo, la partida de matrimonio, de nacimiento o bautismo y de defunción o inscripciones en el Registro Civil, como la del hijo que acaba de nacer.

En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, rol 170-22, 8 de agosto de 2022, el tribunal, en un recurso de apelación en contra de la sentencia que acogió la resolución de contrato con indemnización de perjuicio, hace presente que el artículo 305 del Código Civil consigna

El estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado, o viudo, y de padre, madre o hijo, se acreditará frente a terceros y se probará por las respectivas partidas de matrimonio, de muerte, y de nacimiento o bautismo. El estado civil de padre, madre o hijo se acreditará o probará también por la correspondiente inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo judicial que determina la filiación. Fluye del mérito de los antecedentes y de la norma, que el vínculo de parentesco entre el promitente vendedor y los demandados no resulta determinado, en razón que no se acompañaron las partidas de nacimiento respectivas que acreditara la filiación entre ellos, ni menos la posesión efectiva que probara su calidad de herederos, según las reglas generales, lo que hace plenamente aplicable el referido artículo 305.³⁷⁸

El ordenamiento presume la autenticidad y pureza de los documentos, siempre y cuando estén en la forma debida. Esto significa que son instrumentos públicos de acuerdo con el artículo 1699 del Código Civil, y que de igual forma lo son los certificados o copias de inscripciones o sus inscripciones que expidan el conservador o los oficiales del Registro Civil, dado que son autorizados por funcionarios legalmente facultados y, por consiguiente, surtirán los mismos efectos de las partidas (artículos 305, 306, 307 y 308 del Código Civil).

También se acredita por medios supletorios, testigos presenciales de los hechos constitutivos del estado civil y por la posesión notoria del estado civil. Los artículos 309 y siguientes del Código Civil tratan sobre los medios cuando faltan las partidas.

³⁷⁸ *Soto Figueroa con Figueroa Soto*, Corte de Apelaciones de Chillán, rol 170-22, 8 de agosto de 2022. CL/JUR/30161/2022.

Valor jurídico de los medios de prueba

El valor de estos medios es reconocido en el artículo 308 del Código Civil, que indica los aspectos que atestiguan los documentos y la forma de impugnarlos. En ese sentido, los documentos certifican la declaración hecha por los contrayentes del matrimonio, por los padres, padrinos u otras personas en los respectivos casos, pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes.³⁷⁹ De ello se deduce que la disposición distingue entre el hecho de que la declaración se haya realizado y que sea verdadero lo declarado. Lo primero consta al funcionario, lo segundo escapa a sus posibilidades. Por lo tanto, pueden impugnarse probando que la declaración es falsa. Esta regla establecida constituye una aplicación del mérito probatorio de los instrumentos públicos, dado que comprende lo que le consta al funcionario, situación que determina la credibilidad en estos instrumentos.

A) Impugnación de las partidas

Las partidas pueden ser impugnadas por falta de autenticidad, por falsedad de las declaraciones o por falta de identidad de la persona.

La autenticidad dice relación con el hecho de que el documento haya sido expedido cumpliendo los requisitos formales establecidos por la ley. De ser así, está protegido por una presunción de exactitud y legalidad,³⁸⁰ cuyas consecuencias son que quien afirme algo contrario a la partida debe desvirtuar la presunción y comprobar que no ha sido otorgada por las personas y del modo que en ella se expresa, debido a que no es copia fiel del original, es decir, que ha sido alterada o falsificada.

La falsedad de las declaraciones comprende faltar a la verdad en las aseveraciones, o pagar a quienes la rinden o a las autoridades que sirven de ministro de fe, entre otras diversas prácticas que evitan que la verdad de lo ocurrido se sepa.³⁸¹ La veracidad de las declaraciones no constituye una cuestión que el oficial del Registro Civil puede atestiguar, y por esta razón la ley limita su responsabilidad a recibirlas, haciéndoles las obser-

³⁷⁹ 2º Juzgado de Letras de Talca, sentencia V-133-12, 27 de agosto de 2013; Juzgado de Letras de Cañete, sentencia V-142-12, 31 de julio de 2013; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 355-13 (Familia), resolución 51251, 6 de junio de 2013.

³⁸⁰ DÍAZ (2002), p. 189.

³⁸¹ TIRANT LO BLANCH MÉXICO (2023), (s.p.).

vaciones del caso si las partes declarasen hechos evidentemente erróneos. Pero si aquellas insistieren, las declaraciones deberán ser admitidas y consignadas como hayan sido hechas, junto con las observaciones del oficial del Registro Civil, sin perjuicio de las acciones que competan en contra de las personas que realizan declaraciones falsas (artículo 14 DFL 1).³⁸² Sin embargo, esto no significa que no deben suponerse verdaderas; de acuerdo con las reglas del *onus probandi*, lo normal es que las declaraciones sean fidedignas y quien sostenga lo contrario debe probarlo.

La falsa identidad de la persona supone la suplantación de una persona. El artículo 307 del Código Civil permite rechazar estos documentos «probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar». En consecuencia, las partidas no comprueban la identidad; sin embargo, imponen la carga de probar a quien sostiene la no identidad. Tal situación es similar a la regulada en el artículo 308, explicada anteriormente. Según Meza Barros, la doctrina suele distinguir «para decidir a quién incumbe la carga de la prueba, si la persona cuya identidad se cuestiona está en posesión del estado civil que constata la partida o no se encuentra en posesión de dicho estado. En el primer caso, debería probar la no identidad el que la alega; en el segundo, la persona que afirma que la partida se refiere a ella».³⁸³ Así, las partidas e inscripciones pasan a constituir la prueba principal del estado civil, mientras su contenido no sea impugnado judicialmente; son la verdad oficial de los hechos o actos que se inscriben en el Registro Civil, y constituyen una presunción que opera dispensando de la prueba al favorecido y desplazando el *onus probandi* al contradictor.

B) Otros documentos auténticos, los testigos y la posesión notoria como medio de prueba del estado civil

Los artículos 309 y 313 del Código Civil se refieren a estos medios de prueba del estado civil. El primero, en cuanto la falta de la partida podrá

³⁸² DFL 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley 4.808, sobre Registro Civil; de la Ley 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley 16.618, Ley de Menores; de la Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

³⁸³ MEZA BARROS (1995), p. 217.

suplirse por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos y, en defecto de estas pruebas, por la posesión notoria de ese estado civil. En tanto, el segundo, si bien se refiere solo al estado civil del matrimonio, deja un espacio para que la jueza / el juez utilice estos medios si «no pudo explicarse y probarse satisfactoriamente» la falta de la partida, o también la pérdida o extravío del libro o registro. De modo que la prueba no se circunscribe solo a aquellas situaciones en que se conciba y compruebe la ausencia de la partida.

Otros documentos auténticos comprenden los instrumentos tanto públicos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1699 del Código Civil, como los privados que han sido reconocidos o mandados tener por reconocidos debido a que tienen el mérito de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito y de las personas a quienes han transferido las obligaciones y derechos de estos (artículo 1702 del Código Civil).

Los testigos dicen relación con las declaraciones que «hacen personas extrañas al juicio, que reúne[n] los requisitos establecidos por la ley y que deponen en la forma que esta establece acerca de hechos sustanciales y pertinentes controvertidos por las partes».³⁸⁴ En el caso de la paternidad o maternidad, el artículo 309 del Código Civil se encarga de señalar que las partidas pueden suplirse por este medio, siempre que las personas que atestigüen hayan presenciado los hechos de que se trata, de modo que son personas que han percibido por sus propios sentidos los hechos acerca de los que informan.

El valor probatorio de la prueba de testigos está consignado en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil. La disposición señala que la declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial que a su vez puede constituir plena prueba cuando tenga los caracteres de gravedad y precisión para formar el convencimiento del tribunal. Enseguida, la declaración de dos o más testigos contestes en el hecho y las circunstancias fundamentales que lo rodean, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, puede constituir plena prueba.

C) Posesión notoria del estado civil

Los artículos 200 y 310 del Código Civil tratan de la posesión notoria; el primero, de la calidad de hijo, y el segundo, del estado de matrimonio.

³⁸⁴ CASARINO (1997), p. 122.



En ambos casos se suele sostener que se requiere del nombre, o sea, llevar o usar aquel que corresponde al estado que se afirma; el trato, la situación de haber sido considerado en la forma en que se hace a las personas que lo poseen, y la fama, es decir, el hecho de haber sido apreciado como tal por los deudos en general.

Para que esta prueba sea admitida, la ley indica que debe durar a lo menos cinco años continuos y se demuestre por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, o bien diez años continuos por lo menos, para el estado de hijo y de matrimonio, respectivamente.

Este último requisito ha generado un requerimiento de inconstitucionalidad; en este caso, el Tribunal Constitucional estimó que

La determinación certera y permanente del estado civil mediante la posesión notoria requiere no solo de un estándar probatorio alto, sino de reiteración y permanencia ininterrumpida en el tiempo de los elementos que determinan tal posesión notoria [...]. Es por ello que no resulta arbitrario, sino que en realidad resulta necesario establecer un plazo como el que se determina en el precepto cuestionado, sin que 5 años resulte excesivo ni desproporcionado [...]. Decide rechazar el recurso.³⁸⁵

En conclusión, las partidas y la inscripción constituyen la prueba de los hechos inscritos en el Registro Civil y únicamente en los casos señalados anteriormente se admitirán otros medios de prueba. Por lo tanto, gozan de exclusividad probatoria y solo en casos excepcionales cabe acudir a medios extrarregistrales.

D) Prueba del matrimonio

El Código Civil trata la prueba del matrimonio; este puede acreditarse mediante otros documentos auténticos, es decir, otros instrumentos públicos, como, por ejemplo, una sentencia en la que se declara que ciertas personas contrajeron matrimonio. También por declaraciones de testigos

³⁸⁵ En la sentencia rol 9560-20, 29 de julio de 2021, se ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la frase «siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos», contenida en el artículo 200 inciso primero del Código Civil, en el proceso RIT C-5453-2019, RUC 1921442915-5, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de Santiago, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol 2841-20 (Familia).

que hayan presenciado la celebración del matrimonio y, en defecto de tales pruebas, por la posesión notoria del estado civil de casado, es decir, a través de la acreditación de testimonios fidedignos que demuestren que este estado ha sido percibido por todos y sin protesta o reclamo de nadie durante diez años continuos a lo menos (artículos 312 y 313 del Código Civil). El artículo 310 del Código Civil se refiere a la posesión notoria del estado de matrimonio como aquel que consiste en que los cónyuges se hubiesen tratado como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales, y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general.

E) La prueba del estado civil de hijo o hija

Respecto de la prueba del estado de hijo, es decir, de la filiación, el artículo 309 inciso segundo del Código Civil prescribe que la filiación podrá acreditarse con los instrumentos auténticos mediante los cuales se haya determinado legalmente; a falta de estos, el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios previstos en los artículos 195 a 221 del mismo texto. La ley establece que, en los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte (artículo 198 inciso primero del Código Civil). Sin embargo, la prueba testimonial es insuficiente por sí sola.

Las presunciones también permiten acreditar el estado civil y, para que esto sea posible, deben cumplir los requisitos exigidos en el artículo 1712 del Código Civil, o sea, deben reunir el carácter de graves, precisas y concordantes.

Las pruebas periciales de carácter biológico son practicadas por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos designados por la jueza / el juez. La ley permite que la jueza / el juez designe establecimientos públicos o privados para realizar los exámenes periciales. Las partes, por una sola vez, tienen derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico. La negativa injustificada de una de las partes a someterse configura una presunción grave que la jueza / el juez valora en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil. En otras palabras, la presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

La posesión notoria de la calidad de hijo permite acreditar la filiación; consiste en que el padre, la madre o ambos hayan tratado a la persona como hijo o hija, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que estos y el vecindario de su domicilio en general le hayan reputado y reconocido como tal (artículo 200 del Código Civil). Para demostrar la filiación a través de esta prueba se requiere: 1) que la posesión notoria haya durado a lo menos cinco años continuos, y 2) que se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

En ese sentido, la Corte Suprema, rol 18050-23, 3 de noviembre de 2023, analiza de forma minuciosa lo que acabamos de señalar. El tribunal rechaza un recurso de casación en la forma, acoge el recurso de casación en el fondo deducido y dicta sentencia de reemplazo en un juicio de filiación en el que se había dado lugar a la demanda de filiación no matrimonial. Afirma que

[...] doctrinariamente se ha considerado «que la posesión notoria del estado de hijo o hija constituye una especie de reconocimiento de hecho o social de la paternidad o maternidad, así como también que refleja la voluntad de acogida también presente en otras instituciones, como la adopción de una persona respecto a otra a la que trata como hijo o hija, aunque biológica o genéticamente no lo sea. Su asentamiento en el nuevo estatuto de filiación se produjo durante la discusión en el Parlamento, al observarse que el proyecto de ley otorgaba prevalencia absoluta a la verdad biológica, lo que llevó a introducir ajustes tendientes a otorgar un mayor equilibrio entre el origen biológico, como antecedente de una determinada filiación, y la posesión notoria, considerando que en ciertas circunstancias se debía dejar paso a valores socialmente más importantes, atendida la importancia de los lazos afectivos y sociales presentes en el contexto de la posesión notoria». [...] Pues bien, examinados los hechos asentados en el proceso [...], concluye «que no se encuentran establecidos, con la nitidez que requiere la institución en estudio, presupuestos fácticos constitutivos de la posesión notoria de la calidad de hija de la demandante respecto del presunto padre. En efecto, si bien los hechos acreditados dan cuenta de que la actora llegó a la casa de la familia de don [...] cuando tenía días de vida y se crio y creció en ella, hasta el fallecimiento de este, no aparecen asentados aquellos que permitan establecer los presupuestos que requiere la norma respecto del



presunto padre. Si bien constan situaciones que, desde luego, demuestran cercanía y confianza entre aquel y la demandante, como el hecho de haber celebrado contratos de comodato sobre terrenos, que la beneficien, o que ella haya sufragado los gastos funerarios del mismo, se echa en falta hechos constitutivos de una relación filial, como la que se ha de dar entre quien considera hija a una persona, aunque no exista un vínculo biológico que los una y que son los que menciona la norma que se denuncia como infringida». Así, llama la atención que la sentencia impugnada [...] se limita a señalar que «fueron legalmente examinados, quienes dan razón de sus dichos y explican cómo y por qué tomaron conocimiento que la demandante era tenida como hija por don Arnoldo (sic)...» sin que consigne, efectivamente, cuáles son esos hechos que configurarían la posesión notoria, lo que era indispensable, ya que en el motivo cuarto lo que hace la sentencia de primera instancia es describir la prueba rendida, sin dar por establecidos sucesos específicos.³⁸⁶

En cuanto a la posibilidad de que la prueba de testigos sea suficiente por sí sola para acreditar la posesión notoria, la sentencia de la Corte Suprema, rol 13533-22, 22 de febrero de 2023, indica en una declaración de posesión notoria del estado civil en la Ley 19.253 que el requirente se sujetó a lo dispuesto en la ley en relación con la petición hecha respecto de su tía materna, ya fallecida; aportó todos los antecedentes para acreditar la posesión de estado civil, y lo hizo en un procedimiento idóneo. El artículo 4 de la Ley 19.253 dispone:

Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el director.

La disposición transcrita tiene dos efectos manifiestos: 1) permite demandar derechos que emanan de la filiación o del matrimonio sin que sea necesario el previo establecimiento de la respectiva filiación o matrimonio. Así, por ejemplo, el indígena que pretenda reclamar una heren-

³⁸⁶ *Marcela Ríos Medina con Georgina Castillo Luengo*, Corte Suprema rol 18050-23, 3 de noviembre de 2023. CL/JUR/43725/2023.

cia como hijo del causante podrá interponer derechamente la acción de petición de herencia aun cuando su filiación no esté reconocida; 2) «La posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo» servirá de fundamento de la acción intentada en lugar de la filiación o del matrimonio y dicha posesión notoria se acreditará con «la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el director».³⁸⁷

Algo muy parecido podemos encontrar en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1523-19, 12 de junio de 2020, que señala que, tratándose de indígenas, la posesión notoria de estado civil de hijo no confiere a la persona beneficiada el estado civil en sí misma, solo se le reconocen los derechos y obligaciones que trae aparejados. Para los indígenas, la solicitud de declaración de posesión notoria de estado civil no requiere que deba canalizarse a través de alguna de las acciones de filiación que establece el Código Civil. Suficiencia probatoria para acreditar la posesión notoria del estado civil de acuerdo al artículo 4 de la Ley 19.253.³⁸⁸

El artículo 200 del Código Civil no se refiere a esta cuestión, aunque Orrego sostiene que «podría estimarse que permanece la exigencia de complementar la prueba de testigos, desde el momento de que el precepto establece que la posesión notoria se prueba ‘por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos’».³⁸⁹

Ahora bien, si hubiese colisión de pruebas, el artículo 201 del Código Civil dispone que la posesión notoria del estado civil de hijo preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. En efecto, podría ocurrir que una persona hubiere sido tratada como hijo o hija en los términos indicados, y que del examen biológico no quedare establecida dicha filiación. En tales situaciones, la ley prefiere a la realidad social, salvo que hubiese razones graves que demuestren la inconveniencia de aplicar la regla anterior, de modo que se imponen las pruebas de carácter biológico.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1146-21, 23 de marzo de 2022, sobre impugnación y reclamación de paternidad, el tribunal indica que

³⁸⁷ *Margarita Aillapán Caullán*, Corte Suprema, rol 13533-22, 22 de febrero de 2023. CL/JUR/7889/2023.

³⁸⁸ *Ana Curamil Hueichapan y otros con no se consigna*, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1523-19, 12 de junio de 2020. CL/JUR/37418/2020.

³⁸⁹ ORREGO (2023), p. 24.

uno de los principios que subyace en el nuevo régimen de filiación es el derecho a la identidad, siendo una de sus manifestaciones la idea de la libre investigación de la paternidad y maternidad y su finalidad la búsqueda y establecimiento de la verdad biológica. Pero la gran excepción a esta lógica es la posesión notoria de calidad de hijo, el cual le otorga mayor importancia a la verdad social por la existencia de lazos afectivos. Todo ello porque bajo la idea del interés superior del niño, se entiende que lo que más favorecerá al desarrollo psicológico del niño, son los lazos afectivos y psicológicos por sobre la sola relación biológica. Así lo expresa Enrique Barros sobre el criterio adoptado por el Senado, apoyándolo ya que, «Los lazos afectivos y psicológicos de paternidad, se crean con más fortaleza en la vida diaria que en razón de la sola herencia, desprovista de toda otra relación filial. Por eso resulta que la nueva ley de filiación haya optado por moderar el valor de la sangre, de una manera prudencial que parece justificada».³⁹⁰

Cosa juzgada de la sentencia que declara como verdadera o falsa la paternidad o maternidad

El artículo 3 del Código Civil prescribe que las sentencias no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronunciaren. Esto significa que producen efectos solo a las personas que han intervenido en el juicio; en otras palabras, son relativas. Sin embargo, el artículo 315 del Código Civil señala que las sentencias en que se declare verdadera o falsa la paternidad o maternidad de un hijo tienen efecto absoluto, el que se produce, en estos casos, sobre todas las consecuencias que de ella derivan.

Esto requiere, como primera condición, que se circunscriba a la paternidad o maternidad y esta materia haya sido el objeto principal del juicio. No aplica a los juicios en que la determinación de la verdadera o falsa paternidad o maternidad sea un antecedente o causa de pedir de la acción principal. En segundo lugar, necesita que la sentencia esté firme o ejecutoriada, o que se haya pasado en autoridad de cosa juzgada. El artículo 174 del Código de Procedimiento Civil señala cuándo se entiende firme o ejecutoriada una sentencia judicial.

Tercero, que haya sido pronunciada contra legítimo contradictor (artículo 317 del Código Civil).

³⁹⁰ *Valentina Martínez Ortiz con Mario Martínez Cifuentes y otra*, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1146-21, 23 de marzo de 2022. CL/JUR/11272/2022.



Sucede en este caso que la ley reserva a ciertas personas el derecho a someter a juicio esta situación. Lo decidido a su respecto produce un efecto absoluto debido a que ninguna persona puede volver a plantear esta cuestión. Por ejemplo, en los juicios de paternidad y maternidad las partes son el padre e hijo y madre e hijo respectivamente. También pueden intervenir los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción, así como los herederos del hijo fallecido cuando estos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla.

En la sentencia de la Corte Suprema, rol 124701-23, 2 de agosto de 2023, en una causa en la que se impugna y reclama la paternidad, el tribunal se refiere a la procedencia de dirigir la acción de impugnación en contra de los herederos del padre fallecido:

Armonizando dichas normas –artículos 205, 208 y 214 del Código Civil–, es posible establecer que, si un hijo tiene establecida la filiación matrimonial respecto de una pareja y desea reclamar otra de su verdadero padre que no contrajo matrimonio con su madre, deberá demandar impugnación de la filiación matrimonial y reclamación de la filiación no matrimonial, sin limitación de plazo. Sin embargo, para que dichas sentencias produzcan efecto *erga omnes*, es decir, en toda la sociedad, haciendo excepción al artículo 3° del Código Civil, es necesario que se cumplan, copulativamente, las exigencias del artículo 316 del mismo texto, entre ellas, la de haberse pronunciado contra legítimo contradictor. El tenor de la ley –artículo 317 del Código Civil– se extrae que son legítimos contradictores: el hijo, el padre, la madre, los herederos del hijo siempre que actúen como demandantes y los herederos de los padres siempre que actúen como demandados.³⁹¹

A lo anterior se agrega el artículo 206 del Código Civil, que permite entablar la acción de reclamación de filiación cuando se trata del hijo póstumo o cuando el padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto. La acción debe dirigirse contra los herederos del padre o madre fallecido, dentro del plazo de tres años, contado desde la muerte, o si el hijo es incapaz, desde que este haya alcanzado la plena capacidad. El artículo 318 del Código Civil señala que el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de los herederos aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron.

³⁹¹ Reservado, Corte Suprema, rol 124701-23, 2 de agosto de 2023. CL/JUR/32484/2023.

Por último, que no haya habido colusión en el juicio: «se entiende por colusión el acuerdo secreto y fraudulento de demandante y demandado para provocar la dictación de una sentencia en un sentido dado».³⁹² La prueba de la colusión incumbe a quien la alega y debe acreditarla dentro de los cinco años subsiguientes a la sentencia (artículo 319 del Código Civil).

La acción para impugnar o reclamar una filiación es imprescriptible

El artículo 320 establece la imprescriptibilidad de quien se presenta como verdadero padre, madre o hijo / hija y de la inoponibilidad de los fallos entre terceros. La verdadera filiación siempre podrá ser reclamada por el hijo / hija, el padre o la madre, no importa el tiempo transcurrido.³⁹³

Las inscripciones en el Registro Civil a propósito del estado civil: valor probatorio y naturaleza jurídica

El Registro Civil es un servicio que tiene por objeto registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y su identificación. Le corresponde llevar los registros y efectuar las actuaciones que le encargue la ley (artículo 3 de la Ley 19.477, que aprueba la Ley Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación, y artículo 1 de la Ley 4.808).

Entre los registros que crea y mantiene nuestro ordenamiento se encuentran los de nacimiento, matrimonio y defunción; condenas; pasaportes; de conductores de vehículos motorizados; de vehículos motorizados; de profesionales; de discapacidad; de violencia intrafamiliar, y de consumo y tráfico de estupefacientes. Estos registros son muy importantes debido a que la información que contienen y proporcionan permite demostrar la identidad de las personas, y acreditar hechos y actos del estado civil de estas.³⁹⁴ En otras palabras, las inscripciones, además de ser un asiento escrito sobre un hecho, tienen un valor probatorio primario.

392 MEZA BARROS (1995), p. 227.

393 El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable, de acuerdo con el artículo 195 inciso segundo del Código Civil.

394 ALESSANDRI (2010), p. 293.

Así lo indica la Corte de Apelaciones en un juicio de acción de petición de herencia:

[...] pues a pesar del tenor de los artículos 6° N° 3 y 8° de la Ley 4.808, lo cierto es que la subinscripción es un trámite administrativo, constitutivo de una formalidad por vía de publicidad respecto de terceros, para hacer oponible el fallo a estos, pero no indispensable entre los litigantes, particularmente si se tiene presente que, como consta en autos de fojas 76 a 82, fue acompañada en primera instancia, con citación, sin ser objetada.³⁹⁵

Del mismo modo, en una causa de la Corte de Apelaciones de Temuco se especifica que las inscripciones, subinscripciones o anotaciones que practique el Servicio de Registro Civil e Identificación no conceden estado civil alguno. Como resulta, entre otros, de los artículos 1 y 8 de la Ley 4.808, el respectivo registro de las sentencias judiciales y de otros instrumentos cumple la función de formalidad necesaria para hacer valer en juicio el respectivo instrumento.³⁹⁶

Alessandri afirma que «dichas inscripciones solo tienen por objeto establecer una prueba preconstituida, por lo cual su omisión solo impide que se pueda probar el acto por ese medio».³⁹⁷ El artículo 8 de la Ley 4.808 constituye un ejemplo de lo que se acaba de señalar: «Las sentencias judiciales y los instrumentos que, en conformidad a esta ley, deben ser inscritos o subinscritos en los registros, no podrán hacerse valer en juicio sin que haya precedido la inscripción o subinscripción que corresponda».

La Corte Suprema, en un recurso de casación interpuesto en un juicio de alimentos, determina si se infringieron las disposiciones del sistema valorativo de la sana crítica al no dar valor a un certificado de matrimonio sin inscribir en Chile en un caso de pensión de alimentos. Indica que los considerandos de la sentencia ofrecen los razonamientos de un adecuado proceso de apreciación probatoria, pues se tuvo por no probado el estado civil de casado del alimentario al no haberse cumplido con lo prescrito en los artículos 4, 8 y 24 de la Ley 4.808, toda vez que el acta

³⁹⁵ Corte de Apelaciones de Chillán, rol 53-14 (Civil), resolución 16842, 5 de noviembre de 2014.

³⁹⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1402-13 (Protección), resolución 44793, 4 de julio de 2013.

³⁹⁷ ALESSANDRI (2010), p. 294.

matrimonial respectiva no da cuenta de que se haya inscrito en Chile, por lo que no puede hacerse valer en el país, unido a la circunstancia de que se tuvieron por acreditados los presupuestos legales para regular una pensión de alimentos³⁹⁸.

La Corte Suprema, en un juicio en el que se discute la nulidad de un matrimonio anterior al actual, indica que para que proceda el recurso es necesario que se funde en la vulneración de las normas sustantivas que han resuelto la litis, lo que no se ha cumplido en la especie, desde que la recurrente no denuncia infracción a los artículos 4 y 8 de la Ley 4.808 y 4 y 29 de la Ley de Matrimonio Civil vigente a la fecha de celebración del matrimonio de las partes, lo que ha llevado a los jueces del fondo a concluir que la sentencia de nulidad del primer matrimonio no ha podido invocarse en juicio por no acreditarse su inscripción y, en consecuencia, a acoger la acción principal entablada. La aludida circunstancia deja a la Corte en la imposibilidad de pronunciarse en los términos pretendidos³⁹⁹.

Las inscripciones que realiza el Registro Civil suelen contener: i) el lugar y fecha en que se hacen; ii) el nombre, edad, profesión y domicilio de los comparecientes; iii) la forma en que se ha acreditado la identidad de los comparecientes o el hecho de que son conocidos por el oficial del Registro Civil; iv) la naturaleza de la inscripción; v) la firma de los comparecientes; vi) la firma del oficial del Registro Civil, y vii) la circunstancia personal que la ley estima inscribible y que ha tenido lugar con anterioridad. Tales hechos, actos o circunstancias de la persona que se constatan públicamente conducen a considerar que las inscripciones registrales hacen fe de todos estos elementos y que existe un núcleo fundamental de la inscripción al que la ley aplica el principio de eficacia probatoria privilegiada, que analógicamente se ha de aplicar al resto de las inscripciones. Sin perjuicio de ello, el Registro Civil contribuye a preconstituir, por medio de ciertas presunciones legales, la prueba de determinados estados civiles que no son *per se* autónomamente inscribibles en el Registro Civil.

La Ley 17.344 autoriza cambio de nombres y apellidos en los casos que indica y modifica la Ley 4.808, que menciona que las personas pueden

398 Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), rol 31955-19 (Familia), 27 de abril de 2020, casación fondo.

399 Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), rol 3690-13 (Casación), resolución 44856, 4 de julio de 2013.

modificar los nombres y apellidos que sean ridículos, risibles o menoscaban moral o patrimonialmente a la persona; o alterar el nombre que tienen si han sido reconocidos por más de cinco años con otros nombres. También pueden adicionar un apellido al nombre del hijo o hija cuya filiación no se encuentre determinada o si los apellidos son iguales. Por último, pueden modificar el nombre si desean convertirlo al español, modificar la pronunciación o la escritura; si pretenden alterar el orden de los apellidos que figura en su inscripción de nacimiento o desean usar uno u otro apellido de un ascendiente en línea recta hasta el de abuelos o abuelas. En estos casos, la inscripción modifica una circunstancia personal del titular, cuyo asiento permite probar la constitución.⁴⁰⁰

Sin embargo, no es la única función de la inscripción, dado que el Registro Civil publicita los actos que afectan el estado civil y la capacidad de las personas con el propósito de poner en conocimiento de terceros esta información; la falta de inscripción afecta al acto o contrato haciéndolo inoponible frente a terceros. Se trata de la inoponibilidad que, si bien no se encuentra expresamente contemplada en la Ley del Registro Civil ni en su Reglamento. Sin embargo, el Código Civil y algunas normas externas a él son explícitos, pero no de forma general, sino en relación con algunas instituciones de derecho de Familia o estados civiles concretos. Por ello, la pregunta que se debe hacer es si es de aplicación general o no.

Revisemos algunos ejemplos que pueden resultar ilustrativos. Con relación al matrimonio, los artículos 19 y 20 de la Ley 19.947 se refieren al acta y a la inscripción, aunque distinguen entre aquel que se celebra ante el oficial del Registro Civil y el que se realiza ante una entidad religiosa. Si en el primero se omiten cualquiera de ellas, el matrimonio es válido, pues –como se vio anteriormente– constituyen medios de prueba y ante su ausencia, para comprobarlo, se puede recurrir a medios supletorios que constatan el estado civil. En consecuencia, la inscripción en este caso es un medio de prueba y no una medida de publicidad o un requisito del acto. En la segunda situación, en cambio, el acta que otorga la entidad religiosa, en la que se acredita el cumplimiento de los requisitos, debe presentarse para su inscripción ante algún oficial del Registro Civil dentro del término de ocho días siguientes a su celebración. El incumplimiento de este requisito provoca que el matrimonio no produzca efecto civil alguno.

400 LASARTE (2009), p. 284.

Otra situación corresponde a la sentencia que declara la nulidad del matrimonio. El artículo 4 numeral 4 de la Ley 4.808, sobre Registro Civil, y el artículo 50 de la Ley 19.947 indican que debe inscribirse y, en particular, la segunda norma señala el efecto de que no será oponible a terceros sino desde que esta subinscripción se verifique. Algo muy parecido regla el legislador sobre la sentencia que declara la separación judicial, donde determina como medida de publicidad la subinscripción al margen de la respectiva inscripción matrimonial. El efecto jurídico en este caso es que «efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán la calidad de separados» (artículo 32 de la Ley 19.947).

Del mismo modo, la sentencia de divorcio establece que producirá efectos entre los cónyuges desde que la sentencia que lo declara se encuentre ejecutoriada, la que debe inscribirse al margen de la inscripción matrimonial; una vez realizada, será oponible a terceros y los ahora ex-cónyuges adquieren el estado civil de divorciados. Como se ve en todos estos casos, al legislador le interesa que los terceros tomen conocimiento del cambio, debido a las consecuencias jurídicas que este genera (artículo 59 de la Ley 19.947).

A las situaciones que acabamos de describir se añaden la sentencia que declara la separación de bienes de los cónyuges; las sentencias que conceden a la mujer o a un curador la administración extraordinaria de la sociedad conyugal (artículo 1758 del Código Civil), y los actos que indica el artículo 6 de la Ley 4.808 y que se inscriben al margen de la partida de nacimiento respectiva. Los efectos de estos últimos están regulados en los artículos 189 y 191 del Código Civil. Estas disposiciones prescriben que

el reconocimiento no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción de este al margen de la inscripción de nacimiento del hijo [... y] privará retroactivamente el reconocimiento de todos los efectos que beneficien exclusivamente al hijo o sus descendientes, pero no [...] afectará a los actos o contratos válidamente ejecutados o celebrados con anterioridad a la subinscripción correspondiente.

También las sentencias que acceden a la demanda de desconocimiento de paternidad (artículo 184 del Código Civil), las sentencias que determinan la filiación (185 y 186 del Código Civil) y la acción de impugna-



ción (artículos 211 al 221 del Código Civil). La subinscripción al margen de la inscripción del nacimiento del hijo no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos con anterioridad a la subinscripción, es decir, no es oponible a terceros.

Las convenciones de los progenitores sobre el cuidado personal o la patria potestad (artículos 225 y 244 del Código Civil). El artículo 225 del Código Civil dispone en su inciso final que «mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros». Correlativamente, el artículo 246 del mismo texto establece que «mientras una subinscripción relativa al ejercicio de la patria potestad no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros».

Las sentencias que atribuyen el cuidado personal del NNA, decretan la suspensión de la patria potestad o dan lugar a la emancipación judicial constituyen ejemplos que también se deben considerar, dado que la resolución que decreta o deje sin efecto la suspensión y la que decreta la emancipación deben subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. (artículos 225, 268 y 271 del Código Civil).

Tampoco serán oponibles a terceros las resoluciones judiciales que declaran la interdicción provisoria o definitiva de una persona, sea por demencia o prodigalidad, si no se inscriben o subinscriben en el conservador de bienes raíces y/o en el Libro de Matrimonios del Registro Civil.⁴⁰¹

Como se ve, se trata de un caso de inoponibilidad de un acto por falta de publicidad. En efecto, por lo general, la omisión de la inscripción o subinscripción no priva de validez al acto, solo causa que este sea inoponible a los terceros mientras no se cumpla con la inscripción o subinscripción.⁴⁰²

La inoponibilidad de las sentencias sobre estado civil resulta indiscutible, a partir de que podrían ser cuestionadas en juicio por los terceros perjudicados, no obstante la sentencia ejecutoriada que no esté inscrita. Sin embargo, esta apreciación debería matizarse debido a que la protección del tercero, por razones de seguridad jurídica, no está contemplada en nuestro sistema de forma extensa. El legislador ha decidido aplicarla

401 ARÉVALO y LLULLE (2023), p. 57.

402 ALESSANDRI (2010), p. 297.

solo en ciertos casos, lo que nos sugiere no ampliarla por medio de la analogía a casos no previstos en el ordenamiento.⁴⁰³

De ahí que se puede afirmar que el Registro Civil ofrece la oportunidad de informarse de manera auténtica sobre determinadas circunstancias, cuya existencia es necesaria para que se produzca un efecto jurídico, o cuyo conocimiento es útil para esto. El hecho de que falte y no esté inscrita protege al tercero porque se considera como si existiera o fuera verdadera y, al contrario, si falta, como que no existe, y eso sucede cuando un hecho o acto de una relación jurídica provoca que no surja o se extinga porque falta la inscripción, es decir, cuando tiene eficacia constitutiva. En este caso, la circunstancia no inscrita, simplemente, no existe.

⁴⁰³ Corte Suprema, Rol N° 10.844-2022, de reemplazo, y Corte de Valparaíso, Rol N° 1.778-2020.

Conclusión

El tema de las relaciones paterno- / materno-filiales ha sido objeto de profundas transformaciones en los últimos años, especialmente con la entrada en vigencia de la Ley 20.680, apuntándose, cada vez más, a una mayor igualdad entre los progenitores a la hora de relacionarse con sus hijos e hijas; así, aparecen las nociones de *coparentalidad* y *corresponsabilidad*, conforme a las cuales, ambos progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos e hijas y a participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de estos.

Para el ejercicio del cuidado personal de los hijos e hijas cuando los progenitores viven separados, el sistema se estructura teniendo presente el interés superior de los hijos e hijas. Para tales efectos, se da preferencia al acuerdo entre las personas progenitoras, quienes incluso pueden pactar el cuidado personal compartido; a falta de acuerdo, la ley establece que el cuidado personal corresponderá al progenitor con quien habiten los hijos e hijas y, en todo caso, la jueza / el juez puede radicar el cuidado personal en uno solo de los progenitores o confiarlo al progenitor que carece de él. Esta decisión de la jueza / el juez no se toma de manera arbitraria, sino que el artículo 225-2 del Código Civil consigna una serie de criterios para tales efectos, los que no son sino la concreción del interés superior del hijo o hija.

El cuidado personal solo se puede confiar a terceros cuando ambos progenitores están inhabilitados física o moralmente y para ello se requiere, necesariamente, de una sentencia judicial; si bien la ley establece quiénes tienen derecho preferente a detentar el cuidado personal, es necesario que ese tercero demuestre tener habilidades suficientes para ello, de conformidad con el interés superior de NNA.

La Ley 21.400, conocida como Ley de Matrimonio Igualitario, no solamente permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que, además, influyó en una serie de materias.

Tratándose de los regímenes patrimoniales del matrimonio, si bien la intención del legislador fue que los matrimonios entre personas del mismo sexo no pudiesen acceder a la sociedad conyugal, el legislador



no tuvo en cuenta lo dispuesto en la Ley 21.120, que autoriza la rectificación del nombre y sexo registral. Ahora podemos estar frente a un matrimonio entre personas del mismo sexo en que uno de ellos solicita la rectificación de su nombre y sexo registral, surgiendo la pregunta de si pueden optar por el régimen de sociedad conyugal que, en un principio, les estaba vedado, o bien podemos estar frente a un matrimonio entre personas de distinto sexo casadas bajo régimen de sociedad conyugal en el que uno de los cónyuges solicita la rectificación de su nombre o sexo registral, surgiendo la pregunta sobre si esa sociedad conyugal termina o subsiste y, en este último caso, a quién le correspondería su administración ordinaria, interrogantes que continúan vigentes, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia han sabido responderlas.

En materia de derechos hereditarios, entendemos que los derechos del cónyuge sobreviviente son idénticos, independientemente de si se trataba de un matrimonio entre personas de distinto sexo o del mismo.

En cuanto a la filiación, este es el ámbito en el que la Ley 21.400 ha causado mayor impacto, ya que esta permite que una persona pueda tener filiación matrimonial cuando ambos progenitores son del mismo sexo, no existiendo ningún motivo para que la situación sea diferente en caso de filiación no matrimonial.

Se advierten importantes cambios en materia de determinación de la filiación, generándose casos de filiación mixta, pues estaremos frente a hipótesis de filiación matrimonial, pero que se va a determinar de conformidad con las reglas de la filiación no matrimonial. Ello ocurrirá cuando estemos frente a un matrimonio entre personas de distinto sexo en el que la mujer esté embarazada, alguno de los progenitores solicite la rectificación de su nombre y sexo registral antes del parto y el otro cónyuge solicite la terminación de su matrimonio; si quien solicitó la rectificación es el marido, la maternidad de la gestante se determinará a través del parto, pero la de la no gestante solo podrá determinarse a través del reconocimiento o sentencia judicial, mecanismos propios de la determinación de la filiación no matrimonial.

Otro caso se presentará cuando estemos frente a un matrimonio entre personas de distinto sexo en que uno de los cónyuges solicite la rectificación de su nombre y sexo registral y el otro cónyuge decida mantener su matrimonio (lo mismo puede ocurrir cuando estamos frente a dos personas de distinto sexo en que uno de ellos, antes de casarse, solicita la rectificación de su nombre y sexo registral). Aunque legalmente sea

un matrimonio entre personas del mismo sexo, biológicamente tienen distinto sexo y pueden procrear, por lo que se genera el problema de determinar la filiación de los hijos e hijas. Si legalmente son dos mujeres, la maternidad de la gestante se determinará vía parto y la de la no gestante, vía reconocimiento; si legalmente son dos varones, ambas paternidades deberán determinarse vía reconocimiento.

En cuanto a la filiación tecnológica, la Ley 21.400 modificó el artículo 182 del Código Civil, por lo que ahora quienes podrán someterse a las técnicas de reproducción humana asistida son dos personas –sean del mismo o de distinto sexo– que determinarán su filiación de conformidad con la voluntad procreacional que contempla esta disposición.

También se presentan importantes cambios en materia de acciones de filiación, pues, aunque las disposiciones del código que se refieren a este tema no fueron modificadas por la Ley 21.400, el hecho de admitirse que una persona pueda tener dos progenitores del mismo sexo necesariamente repercute a la hora de determinar quiénes son los legítimos contradictores. En efecto, si una mujer tiene un hijo o hija, este no tiene determinada su otra filiación, y su madre contrae matrimonio con otra mujer, se presenta el problema de determinar si su padre biológico podría impugnar esta segunda maternidad; en nuestro concepto, ello será posible en la medida en que no hayan transcurrido los cinco años que el artículo 200 del Código Civil exige para que la madre demandada pueda hacer valer la posesión notoria del estado civil de hijo o hija.

En la misma línea, atendido que existen más casos de filiación mixta, en los que nos encontramos con una filiación matrimonial de origen que se ha determinado a través del reconocimiento, cobrarán más importancia las formas de impugnación del reconocimiento, pues serán las vías idóneas de dejar sin efecto esa filiación.

Por otro lado, la Ley 21.400 introdujo un importante cambio en materia de acuerdo de unión civil, pues, bajo el texto original de la Ley 20.830, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero valdrían en Chile como un acuerdo de unión civil, cuestión que cambia al admitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional, pues esos matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero ahora serán reconocidos como matrimonios válidos en nuestro país.

La Ley 21.400 no modificó el DL 3.500, por lo que las disposiciones de este decreto ley se aplicarán a todos los cónyuges, viudos y viudas,

independientemente de si estaban casados o casadas con alguien de distinto o de su mismo sexo.

En materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la Ley 21.400 modificó la Ley 16.744 para incluir expresamente al cónyuge varón y al viudo varón como beneficiarios de la pensión vitalicia.

En cuanto al derecho a la identidad de género, la Ley 21.400 modificó la Ley 21.120 en orden a que ahora las personas casadas que deseen rectificar su nombre y sexo registral deben someterse al procedimiento administrativo que contempla la ley y la resolución administrativa que acoge la solicitud debe ponerse en conocimiento del cónyuge de quien hizo la solicitud, para que este o esta decida si desea mantener su matrimonio o pedirle al tribunal de familia que le ponga término. En este último caso se generan algunos problemas, pues, aunque se trata de una gestión voluntaria, la jueza / el juez debe resolver cualquier otra materia que se hubiere ventilado, como la compensación económica, el cuidado personal de uno o más hijos o hijas, el régimen comunicacional entre el hijo o hija y el progenitor que no lo tenga bajo su cuidado, etc., cuestiones que pueden ser contenciosas y que no son compatibles con la tramitación de una cuestión voluntaria.

Por otro lado, la Ley 21.120 establece que, cuando termine el matrimonio, los excónyuges se tendrán por divorciados para todos los efectos legales. ¿A qué tipo de divorcio se refiere la ley? Ello cobra importancia para los efectos de determinar la procedencia y cuantía de la compensación económica.

También surge la duda respecto de la posibilidad de demandar la nulidad del matrimonio con base en el error en las cualidades personales del otro contrayente. Todo indica que estaríamos frente a un caso de concurso de acciones y, por tanto, si al cónyuge de quien solicitó la rectificación de su nombre y sexo registral se le pasa el plazo de seis meses para solicitar la terminación del matrimonio, perfectamente podría demandar la nulidad del mismo por aplicación de las reglas generales en materia de nulidad.

En cuanto a la relación directa y regular, es un derecho tanto del NNA como de la persona progenitora que no convive con él y una obligación para el que tiene el cuidado. Para los primeros porque pueden pedirla y para la segunda debido a que debe permitir su desarrollo y mantención. Tanto es así que resulta imprescindible para cumplir con las obligaciones personales que nacen de la filiación: la crianza o cuida-



do personal de los hijos e hijas, y la educación y establecimiento, esto es, procurarle la educación, profesión u oficio que le permita subsistir autónomamente.

Sin embargo, como se ha podido comprobar, la atribución acusa la existencia de ciertos problemas que nos conducen al modo en que los tribunales de justicia pueden garantizar estos derechos (la mayor participación y corresponsabilidad de los progenitores en la vida del NNA, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana) y también a la forma en que son interpretados los criterios especiales establecidos en el artículo 229 del Código Civil. Para tales efectos, se indican: i) la edad del hijo, ii) la vinculación afectiva, iii) el régimen de cuidado personal vigente y iv) cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo o hija, exigiéndose a la jueza / el juez que el régimen que decreta asegure la mayor participación y corresponsabilidad de las personas progenitoras en la vida del hijo o hija.

Desde el punto de vista general, los problemas fundamentalmente son que no se ha establecido una jerarquía entre estos criterios, por lo que cabe entender que deben ser estimados en su conjunto, sin que ninguno resulte decisivo por sí solo. Tampoco se indica la importancia de cada uno, lo que en la práctica ha llevado a que algunos tribunales basen sus decisiones fundamentalmente en informes, situación que impide advertir el resultado del proceso. A lo anterior se añade que constituyen una lista abierta, pues se ha previsto una cláusula que admite la posibilidad de que la jueza / el juez pueda tener en cuenta cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del niño o niña; aunque esta opción se ha estimado acertada, en la praxis no está exenta de dificultades, y ha ocurrido que se prescinde de algunos o varios criterios y la decisión se basa en cualquier otro que se considere conveniente. Por esta razón, se ha sugerido utilizar la última letra del artículo 229 solo si los elementos legales resulten insuficientes para resolver el asunto.

En tanto, desde el análisis de cada uno de los criterios del artículo 229 del Código Civil, se ha podido inferir respecto de la edad que las dificultades se han planteado en aquellos casos en los que nos encontramos ante menores que ya han superado la etapa de lactancia, pero que todavía son pequeños. En primer lugar, no queda claro cuál es la edad límite y cuáles son los elementos para estimarla. En cambio, respecto de los adolescentes, se debe considerar que la relación directa y regular no debe impedir el desarrollo de las actividades sociales y personales. Esto



implica flexibilizar la modalidad en que se ejecuta la relación directa y regular atendiendo a la edad del hijo o hija.

Sobre la vinculación afectiva, se observan criterios dispares debido que a veces se otorga un régimen más amplio para favorecer la relación y en otras uno exiguo porque es necesaria la revinculación con alguna de las personas progenitoras.

En cuanto al régimen de cuidado personal vigente, algunas de las situaciones que se han podido pesquisar son si el cuidado del NNA se ejerce en otro país o ciudad; si el NNA posee una capacidad modificada o una enfermedad que justifica un cuidado permanente; si el cuidado compartido por amplios periodos de tiempo dificulta el contacto periódico y estable. Considerando estos hechos, la jueza / el juez puede establecer un régimen abierto en el que la relación directa y regular no es detallada y, por ende, está sujeta a cambios según las circunstancias o las necesidades los ameriten; o por el contrario, designar uno pormenorizado que se adecue al interés superior del menor y que contenga la organización y coordinación de los periodos, e incluso un régimen reglamentado que norme todos los aspectos importantes de la relación directa y regular, sin constituirse en un régimen cerrado.

Por último, respecto de cualquier otro elemento de relevancia, se ha podido ver que se toman en cuenta las enfermedades físicas o psíquicas, adicciones a sustancias, comportamentales o emocionales de la persona que solicita la relación directa y regular. Las primeras no han constituido un impedimento para establecer la relación directa y regular bajo una modalidad amplia. En tanto, las segundas se han traducido en relaciones muy limitadas, bajo criterios estrictos de supervisión, sin llegar a la suspensión. Esta última solo se adopta cuando la relación constituye una fuente de daños para el NNA.

Otra situación que cabe en este elemento corresponde a la nueva relación sentimental o a la aparición de una nueva pareja. Esto constituye un cambio en la estructura familiar que debe ser elaborado por los NNA por medio de un proceso de adaptación y, en el intertanto, puede generar sentimientos de resentimiento hacia esa persona y, al revés, tornando la relación en conflictiva. Se sostiene que la convivencia con un tercero no constituye una causa para no acceder a la relación directa y regular. Sin embargo, si la nueva pareja es una persona conflictiva, los NNA no la aceptan o no mantienen buena relación con ella, es un factor para considerar, pues perjudica el bienestar del NNA.



En lo concerniente a la relación con los abuelos y abuelas, la amplitud literal de la norma nos ha permitido inferir que el derecho corresponde a los NNA respecto de sus abuelos / abuelas por cualquiera de las líneas de parentesco de los progenitores e independientemente de la filiación que estuviere determinada.

El fundamento de este derecho es la protección del interés superior del NNA, en particular el derecho a preservar la identidad de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, el que se concreta en el mantenimiento de vínculos con sus abuelos. Por ello, cabe reafirmar que es un derecho fundamentalmente para el menor, independientemente de las relaciones que tengan los progenitores con los abuelos / abuelas o cualquiera otra situación.

De este modo, se puede afirmar que en la actualidad la relación directa y regular constituye el derecho-deber de que goza el progenitor cuando no tiene el cuidado personal, y el derecho del NNA a relacionarse con los abuelos / abuelas para mantener una relación directa y regular con ellos. Al fijar cualquiera de estas situaciones, la jueza / el juez debe considerar el interés superior del niño o niña; esta valoración comprende, respecto de los progenitores, los factores establecidos en la ley, en tanto que respecto de los abuelos / abuelas no se enumeran criterios, por lo que se deben establecer elementos que nos permitan confirmar que prima el interés del NNA por sobre cualquier otro que esté en juego, incluido el de las personas progenitoras.

Tratándose de la declaración de susceptibilidad de adopción del NNA en Chile, la Ley 19.620 contempla tres situaciones: por voluntad de entrega, por negativa de uno de los progenitores en la adopción por integración y por desamparo.

La adoptabilidad por voluntad de entrega procede cuando los progenitores no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de su hijo o hija, y expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el tribunal competente. En relación con este caso, cabe tener presente que, dado que las funciones paternas o maternas no son delegables, la sola voluntad de entregar al hijo o hija en adopción no es suficiente para configurar esta causal, sino que también es necesario que se acredite que las personas progenitoras no están en condiciones de hacerse cargo responsablemente del hijo o hija. En estos casos, si el tribunal declara al NNA como susceptible de ser adoptado o adoptada, deberá informar esta decisión al Servicio de Mejor Niñez para los efec-



tos de que sea incorporado o incorporada en los registros de personas que pueden ser adoptadas.

Tratándose de adoptabilidad en caso de negativa de uno de los progenitores a la adopción por integración, estamos frente a un hijo o hija que tiene determinada su filiación respecto de dos progenitores, uno de ellos quiere que ese hijo o hija sea adoptado o adoptada por su nuevo cónyuge y el otro progenitor se opone. En tal caso, corresponde a la jueza / el juez declarar si el hijo o hija es susceptible de ser adoptado o adoptada por el nuevo cónyuge de su padre o madre. Lo mismo procede cuando uno de los solicitantes que quiere adoptar es otro ascendiente consanguíneo del padre o madre del NNA.

Finalmente, la adoptabilidad por desamparo procede en caso de que uno o ambos progenitores, pudiendo hacerlo, no hayan querido otorgar al hijo o hija los cuidados y afectos que necesita para su desarrollo. En este caso, la declaración es siempre judicial y para ello se requiere de inhabilidad física o moral de ambos progenitores; de falta de atención personal o económica, o de entrega de un NNA con ánimo de desligarse de sus obligaciones legales.

En relación con los alimentos, la nueva regulación modificó el criterio con el cual se deben evaluar, quedando la redacción del siguiente tenor: «Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir adecuadamente, resguardando el interés superior, la autonomía progresiva y el desarrollo integral del niño, niña o adolescente». De este modo, se ha eliminado el adverbio *modestamente*, que ha sido reemplazado por *adecuadamente*. En cambio, se mantiene la expresión *subsistencia*, pero esta vez se hace alusión a una manutención que ampare el interés superior, y asegure el proceso de crecimiento, maduración y desarrollo de las capacidades y potencialidades de los NNA.

Los alimentos pueden modificarse si las circunstancias cambian, por lo que establecerlos requiere comprobar que quien los solicita tiene derecho a pedirlos, que se encuentra en estado de necesidad y que el alimentante tiene recursos económicos para soportarlos.

En tanto, la cuantificación implica fijar o calcular el importe de acuerdo con criterios como la contribución, el número de hijos y las necesidades, entre otros. Todos ellos deben plasmarse en la resolución que los concede, según indica el artículo 6 inciso segundo de la Ley 14.908, que establece las reglas del pago de los alimentos en dinero. Esto supone asignarlos sobre la base de criterios objetivos, fundamentalmente.



El monto de los alimentos es proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. Es decir, se cuantifica el importe de la pensión en consideración a dos situaciones que se determinaron previamente: el caudal de quien la solicita y las necesidades de quien la recibe; fijadas esas bases, la pensión debería guardar una adecuada relación o proporción directa con ellas.

En cuanto a los alimentos que son soportados por los abuelos o abuelas, la regulación del artículo 332 del Código Civil nos conduce a afirmar que es un deber cuya estimación debe considerar los recursos que posee este alimentante; es decir, no se aplica la presunción de recursos dispuesta a favor de los alimentarios menores. La obligación de los abuelos / abuelas es parte del derecho de alimentos entre parientes, o sea, progenitores e hijos e hijas. Además, es subsidiaria; por lo tanto, los abuelos y abuelas no pueden ser demandados directamente y la pensión se circunscribe a las necesidades básicas del nieto o nieta, sin incluir sus estudios superiores.

Respecto del estado civil, se ha logrado, por una parte, aclarar el concepto de estado civil que indica el Código Civil –comprende todas las cualidades de la persona–, y por otra parte, analizar la prueba del estado civil, haciendo hincapié en el valor que tienen las inscripciones en nuestro sistema actual, pues constituyen la verdad oficial de los hechos o circunstancias de la persona y, a la postre, deberían ser consideradas como título de legitimación del estado civil.

El artículo 304 del Código Civil define el estado civil, y esto ha sido criticado por la doctrina, pero estas opiniones no consideran que la definición y su introducción en el Código Civil se asienta en la idea de explicar la capacidad de obrar de las personas, y dado que esta se entiende indisolublemente unida al propio concepto de persona como elemento esencial de la misma, el estado civil pasa a enunciar ciertos elementos del ser humano que pueden ser utilizados para la configuración precisa de los derechos y obligaciones que pueden ser ejercidos o contraídos por la posición que la persona tiene en la estructura social.

Por otro lado, las relaciones entre las personas que en ese contexto se dan requieren acreditar las condiciones de capacidad y la vinculación familiar; por ejemplo, la edad, si está casada o no, si está supeditada a alguna incapacidad. En nuestra legislación, la inscripción o subinscripción y las partidas constituyen prueba de los estados civiles, la edad y la muerte, todos hechos que se deben inscribir en el Registro Civil. Conforme a



ello, las inscripciones se constituyen en un medio de prueba fundamental, dado que, existiendo, el Registro Civil pasa a ser el centro probatorio de las circunstancias personales que comprende el estado civil.

El fundamento de este rol radica en la presunción de exactitud de los hechos inscritos en el Registro Civil, en cuya virtud debe concluirse que los asientos registrales y, por consiguiente, las partidas, copias y las mismas inscripciones o subinscripciones dan fe de una serie de circunstancias: existencia del hecho jurídico, sujetos intervinientes y tiempo y lugar. Sin embargo, en nuestro sistema no existe una protección de los terceros en general, sino que la inoponibilidad está dispuesta para ciertas situaciones específicas.

Por estas razones, si bien toda persona que tenga una partida o un certificado de inscripción o subinscripción puede dar seguridad de la existencia del estado civil (estado o condición), sin que tenga que probar de otra forma ni la existencia ni su legalidad, si no inscribe, no será siempre y en todas las circunstancias inoponible a terceros.

Resulta esencial para la sociedad que los hechos registrados sean veraces, correctos y no queden al arbitrio de la voluntad de las personas el establecerlos o cambiarlos. Tenemos, por ello, la obligación de proteger la información objetiva del Registro, porque esa es su razón de existir, conforme los propios preceptos de la Ley del Registro Civil. Todos podemos considerar correcta esta información en la medida en que exprese la realidad acerca de la existencia y estado civil de las personas (art. 1700 del Código Civil) a través de la legitimidad y la fe registral.

Bibliografía

- Abeliuk Manasevich, René (2000). *La filiación y sus efectos. Tomo 1*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri Rodríguez, Arturo (2010). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I. Segunda parte*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Acuña San Martín, Marcela (2013). «El principio de corresponsabilidad parental». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 20 (2): 21-59.
- . (2014). *Derecho de relación directa y regular*. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2016). «Relaciones jurídicas entre los padres y el (la) hijo (a). Filiación». En Jorge del Picó Rubio (director), *Derecho de familia* (pp. 423-572). 2ª edición. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2018). *El cuidado personal de los hijos*. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2020). «Algunas notas sobre el derecho del niño a relacionarse con sus abuelos». *El Mercurio Legal*, 3 de febrero de 2020. Disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908145&Path=/oD/DB/>.
- . (2022). «Derecho de relación del niño con personas distintas de sus progenitores, en especial con sus abuelos». *Revista Chilena de Derecho Privado*, 39: 6-64.
- Albornoz Paulmann, Laura (2022). *Filiación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Álvarez Cruz, Raúl (1999). *La filiación y otras reformas al Código Civil*. Santiago: Alfabetas Artes Gráficas.
- Arévalo Ayala, Patricia y Philippe Lulle Navarrete (2023). *Inoponibilidad*. Santiago: El Jurista.
- Balea Fernández, Francisco Javier, Sonia González Medina y Javier Alonso Ramírez (2020). «Relación abuelo/a nieto/a cuando existen conflictos familiares». *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 1 (1): 217-226.
- Barcia Lehmann, Rodrigo (2011). *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*. Santiago: PuntoLex/Thomson Reuters.

- . (2013). «La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez». *Ius et Praxis*, 19 (2): 3-52.
- . (2020). *Estructura del derecho de familia y de la infancia*. Tomo 2. Santiago: Thomson Reuters.
- BCN (s.f.): *Historia de la Ley N° 20.680*. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4280/>.
- Bécar Labraña, Emilio José (2020). «El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno». *Actualidad Jurídica*, 42: 527-580.
- Bernal, Aurora y Sonia Rivas (2013). «Relaciones padres e hijos». En C. Montoro (coordinador), *La familia, recurso de la sociedad* (pp. 95-123). Pamplona: Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra.
- Bolaños Cartujo, Iñaki (2015). «Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional». *Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 15: 57-72.
- Bover Castaño, María (2014). «La obligación de alimentos en el derecho de familia alemán». *Revista Boliviana de Derecho*, 17: 170-189.
- Carbonnier, Jean (2004). *Droit Civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant y le couple*. Paris: Presses Universitaires de France - PUF
- Carretta Muñoz, Francesco. (2018). «El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial». *Revista chilena de derecho*, 45(2), 407-426.
- Carretta Muñoz, Francesco y Rodrigo Barcia Lehmann (2020). *Convención de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto judicial*. Material Docente N° 8. Santiago: Academia Judicial de Chile. .
- Casarino Viterbo, Mario (1997). *Manual de derecho procesal*. Tomo IV. 5ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Castán Tobeñas, José (1995). *Derecho civil español, común y foral*. Tomo 5, vol. II. 10ª edición (actualizada por Gabriel García). Madrid: Reus.
- . (2007). *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I. 15ª edición. Madrid: Reus.
- Celis Rodríguez, Rubén y Eric Chávez Chávez (2021). *Derecho de Familia*. 5ª edición. Santiago: Tofulex Ediciones Jurídicas.
- . (2023). *Derecho de Familia. Incluye modificaciones de la Ley 21.400*. 6ª edición. Santiago: Vlex.

- Chávez Chávez, Eric (2021). *Práctica forense. Juzgados de Familia*. Tomo II. 6ª edición. Santiago: Tofulex Ediciones Jurídicas.
- Cifuentes Neumann, Oriana y Neva Milicic Müller (2012). «Crisis en la infancia: ¿qué piensan, sienten y dicen los niños sobre la separación de sus padres?». *Universitas Psychologica*, 11 (2): 469-480.
- Cornejo Aguilera, Pablo (2017). «El Proyecto de Ley de Identidad de Género: sus impactos en la regulación familiar». *Revista de Derecho de Familia*, II (14): 84-103.
- Corral Talciani, Hernán (1999). «Determinación de la filiación y acciones de Estado en la reforma de la Ley N° 19.585, 1998». *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XX: 39-109.
- . (2002). *Adopción y filiación adoptiva*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- . (2022). *Curso de derecho civil. Parte general*. 2ª edición. Santiago: Thomson Reuters.
- Courbe, Patrick (2003). *Droit de la famille*. 3ª edición. París: Armand Colin.
- Court Murasso, Eduardo (1999). *Nueva Ley de Filiación*. Santiago: Conosur.
- Defensoría de la Niñez (s.f.): ¿Qué significa el interés superior del niño? Disponible en https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-significa-el-interes-superior-del-nino/.
- Dejure.org es. Disponible en <https://dejure.org/gesetze/BGB/1603.html>. Rechtsprechung zu § 1603 BGB.
- Díaz Fraile, Juan María (2002). «El valor jurídico de la inscripción en el Registro Civil español». *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 56, 1.916: 1489-1512.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón (2006). *Sistema de derecho civil*. 10ª edición. Madrid: Tecnos.
- Duarte Rico, Lida, Nubia García Ramírez, Elizabeth Rodríguez Cruz y Milton Eduardo Bermúdez-Jaimes (2016). «Las prácticas de crianza y su relación con el vínculo afectivo». *Revista Iberoamericana de Psicología, Ciencia y Tecnología*, 9 (2): 113-124.
- Égée, Vincent (2022). *Droit de la famille*. 4ª edición. París: LexisNexis.
- Espada Mallorquín, Susana (2015). «El impedimento del ejercicio del derecho a una relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad». *Revista de Derecho (Valdivia)*, 28 (2): 71-89.

- Fariña Rivera, Francisca; Pérez Lahoz, Violeta; Vázquez Figueiredo, María José y Seijo Martínez, Dolores (2017). «Clima familiar y coparentalidad en familias con ruptura de pareja». *Revista de Estudios e Investigación en Psicología y Educación*, 5: 295-298.
- Garrido Chacana, Carlos (2014). *Derecho de alimentos*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Goldenberg Serrano, Juan Luis (2017). «Una propuesta de reconstrucción del sentido original del estado civil en el Código Civil chileno». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 39: 299-328.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- . (2017). *Sistema filiativo. Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2022). «Principales modificaciones al Código Civil por la Ley de Matrimonio Igualitario». En VV.AA., *Matrimonio igualitario* (pp. 1-21). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2023). «Cambio de paradigma en la filiación». En Ruperto Pinochet (director), *Estudios de Derecho Civil XVI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Thomson Reuters.
- González Bernal, Jerónimo, Josefa González Santos, Vicente Ortiz Oria y Enrique González Bernal (2010). «La relación abuelos-nietos desde una perspectiva intercultural». *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2 (1): 669-676.
- Hernández, Gabriel y Fabiola Lathrop (2022). *Derecho de familias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Illanes Valdés, Alejandra (2021). «El cuidado personal de los hijos». En Alexis Mondaca Miranda y Alejandra Illanes Valdés (editores), *Leciones de derecho de la infancia y adolescencia* (pp. 77-121). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Larraín Ríos, Hernán (1994). *Lecciones de derecho civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Lasarte, Carlos (2009). *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil I*. 15ª edición. Madrid: Marcial Pons.
- Lathrop Gómez, Fabiola (2022a). «Aspectos filiativos de la Ley de Matrimonio Igualitario». En VV. AA., *Matrimonio Igualitario* (pp. 91-126). Santiago, Thomson Reuters.
- . (2022b). «Modificaciones de la Ley de Matrimonio Igualitario a ciertas leyes especiales: Particular referencia a la Ley de Identidad de Género». En VV. AA., *Matrimonio igualitario* (pp. 193-202). Santiago: Thomson Reuters.

- Lennon, Viviane y Domingo Lovera (2011). «¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado». *Revista Chilena de Derecho Privado*, 17: 105-141.
- Lepin Molina, Cristián (2010). *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Linacero de la Fuente, María (2022). *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López, Claudia y Maritza Ramírez (2005). «Apego. Medicina familiar». *Revista Chilena de Medicina Familiar*, 6 (1): 20-24.
- López Díaz, Carlos (2017). *Tratado de derecho de familia*. 2ª edición. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Martínez Calvo, Javier (2019). *La guarda y custodia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Meco, Fabiola (2015). «La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3: 173-194.
- Mesías Toro, Joaquín Antonio (2017). «Análisis crítico del cuidado personal compartido conforme a la Ley N° 20.680: ¿interés del hijo o de los progenitores?». Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- Meza Barros, Ramón (1995). *Manual de derecho de familia. Tomo II*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mignon, María Belén y Julia Rossi (2019). «Unión convivencial: ¿estado de familia? ¿Posesión de estado?». *Revista de Derecho de Familia*, 92: 33-45. Cita online: AR/DOC/3176/2019.
- Mikalef-Toudic, Véronique (2022). *Droit de la famille et des regimes matrimoniaux*. 2ª edición. Bruselas: Bruylant.
- Mondaca, Alexis (2023). «Cuestiones problemáticas del principio de autonomía progresiva en el contexto de la relación directa y regular». En Alexis Mondaca, Alejandra Illanes e Isaac Ravetllat (editores), *Lecciones de derecho de la infancia y adolescencia II* (pp. 205-224). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, Juan (2001). *Guarda y custodia de los hijos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Ortega, María Liliana, Paola Andrea Gómez Alaya, Santamaría Ogliastrri, Claudia Marcela (2008). «Pensamientos y sentimientos re-

- portados por los niños ante la separación de sus padres». *Universitas Psychologica*, 7 (2): 347-356.
- Opazo González, Mario (2017). «¿Qué alcance tiene la igualdad de derechos hereditarios entre el cónyuge y el conviviente civil?». En Hernán Corral y Pablo Manterola (editores), *Estudios de Derecho Civil XII. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (pp. 771-785). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2022a). *El acuerdo de unión civil*. 2ª edición. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- . (2022b). «Algunas reflexiones en torno a la terminación del matrimonio y del acuerdo de unión civil». *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 90 (252): 103-129.
- . (2024). «La filiación mixta en el Código Civil chileno». En Francisca María Barrientos Camus (editora), *Estudios de Derecho de Familia VII. Jornadas Nacionales de Derecho de Familia 2023*. Santiago: Thomson Reuters: 589 - 610.
- . (en prensa). «Matrimonio igualitario y cambio de paradigma en materia de filiación: hacia una relectura del artículo 189 del Código Civil». En *Estudios de Derecho Civil XVII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2023*. Santiago: Thomson Reuters.
- Orrego, Juan A. (2023a). «Los alimentos» (no editado). Disponible en https://www.juanandresorrego.cl/apuntes_all.html.
- . (2023b). «Los atributos de la personalidad» (no editado). Disponible en https://www.juanandresorrego.cl/apuntes_all.html.
- Otárola, Yasna (2021). «El bienestar subjetivo de los niños y adolescentes chilenos. Implicancias jurídicas del ejercicio de los derechos de NNA: derecho a ser oído y cuidado personal». *Quaestio Iuris*, 14 (3): 1177-1204.
- Pérez-Abarca, Ricardo H., Camila Lucchini Raies y Francisca Márquez Doren (2020). «Paternidades, vinculación afectiva y promoción de salud mental infantil: percepciones de madres y padres de lactantes mayores de un año». *Revista de Enfermería*, 2 (1): 6-36.
- Pérez Contreras, Blanca y Elcie Támara Arrázola (2013). «Vínculo afectivo en la relación parento-filial como factor de calidad de vida». *Revista Tendencias & Retos*, 18 (1): 17-32.
- Pinazo Hernandis, Sacramento (1999). «Influencia de los abuelos en la socialización familiar de los nietos. Revisión de la literatura científica». *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, 34 (4): 231-236.

- Pineau, Jean y Marie Pratte (2006). *La famille*. Montreal: Les Éditions Thémis.
- Pinto Salazar, Jimena (2019). *El niño: sujeto de derechos procesales en la justicia de familia. El derecho a ser oído en Chile*. Santiago: Hammurabi.
- Portal Europeo de e-Justicia (s.f.). «Obligación de alimentos». Disponible en https://e-justice.europa.eu/content_maintenance_claims-47-de-es.do?init=true&member=1.
- Quintana Villar, María Soledad (2020). *Derecho de familia*. 3ª edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias.
- Ramos Pazos, Ramón (2003). *Derecho de familia. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- . (2007). *Derecho de familia. Tomo II*. 7ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ravetllat Ballesté, Isaac y Ruperto Pinochet Olave (2015). «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3): 903-934.
- Rebourg, Muriel (2009). «Vocation alimentaire». En Pierre Murat (director), *Droit de famille* (pp. 885-897). 8ª edición. París: Dalloz.
- Ripert, Georges y Jean Boulanger (1988). *Tratado de derecho civil. Tomo II. Las personas*. Trad. por Delia García. Buenos Aires: La Ley.
- Rodríguez Pinto, María Sara (2017). *Manual de derecho de familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- . (2021). *Manual de derecho de familia*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rossel, Enrique (1994). *Manual de derecho de familia*. 7ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rossel Castagneto, María Lorena (2022). «Estándares interamericanos sobre el derecho del niño a ser oído en procesos judiciales». *Revista de Ciencias Sociales*, 81: 111-142
- Ruz Lártiga, Gonzalo (2011). *Explicaciones de derecho civil. Obligaciones*. Santiago: Abeledo Perrot.
- Salah Abusleme, María Agnes y María Magdalena Bustos Díaz (2022). «Aspectos patrimoniales del matrimonio igualitario». En VV. AA., *Matrimonio igualitario* (pp. 133-170). Santiago: Thomson Reuters.
- Salum Alvarado, Elena, Sara Salum Alvarado y Ricardo Saavedra Alvarado (2015). «Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los

- tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial». *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 26 (2): 53-78.
- Sánchez, Marta (2016). «Medidas económicas en relación con los hijos. Pensión alimenticia». En María Linacero de la Fuente (directora), *Tratado de derecho de familia* (pp. 633-649). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Schmidt Hott, Claudia (2008). *Del derecho alimentario familiar en la filiación*. Santiago: PuntoLex.
- Tallano, Laura S. y Carola Negretti (2014). «El estado de familia y la unión convivencial: ¿se enlazan jurídicamente?». *RDF. Derecho de Familia*, 67: 208-221.
- Tirant lo Blanch México (2023). *Consultoría Tirant*, 2 de enero. Disponible en <https://tirant.com/mx/actualidad-juridica/noticia-consultoria-tirant-104/>.
- Triadó, Carme, Gerard Martínez Criado y Feliciano Villar Posada (2000). «El rol y la importancia de los abuelos para sus nietos adolescentes». *Anuario de Psicología / The UB Journal of Psychology*, 31 (2): 107-118. Disponible en <https://raco.cat/index.php/AnuarioPsicologia/article/view/61547>.
- Troncoso Larronde, Hernán (2020). *Derecho de familia*. 17ª edición. Santiago: Thomson Reuters.
- Troncoso Vergara, María Olga; Soto Muñoz, Ricardo, Puyol Wilson, Carolina (2015): *Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Gula de Abordaje*?. Santiago, Poder Judicial: 11-99.
- Utrera Gutiérrez, José Luis (2009). «Baremación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia: hacia unas tablas de aplicación general». *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, 84: 15-20.
- Vargas, Macarena y Paz Pérez Ahumada (2021). «Pensiones de alimentos. Algunas razones para explicar el fenómeno del incumplimiento». *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 89 (250): 219-258.
- Vargas Pavez, Macarena y Paula Correa Camus (2011). «La voz de los niños en la justicia de familia de Chile». *Ius et Praxis*, 17 (1): 177-204.
- Villagrasa Alcaide, Carlos (2012). «La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades». En María Teresa Picontó Novales y Elisabet Almeda Samaranch (coordinadoras), *La custodia compartida a debate* (pp. 77-100). Madrid: Dykinson.

- Vodanovic, Antonio (2005). *Manual de derecho civil. Parte preliminar y general. Tomo I*. Santiago: LexisNexis.
- Vodanovic, Antonio (2018). *Derecho de alimentos*. 5ª edición actualizada. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano (2011). «La patria potestad». En Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (directores), *Tratado de derecho de familia. Volumen VI* (pp. 761-769). Santiago: Thomson Reuters.
- Jurisprudencia citada
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 79-07, 10 de diciembre de 2007. CL/JUR/251/2007.
- Corte de Apelaciones de Concepción, rol 136-09, 21 de diciembre de 2009. MJJ22708.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 144 2012, 13 de julio de 2012. Disponible en: <https://app-vlex-com.uandes.idm.oclc.org/search/jurisdiction:CL/Corte+de+Apelaciones+de+Rancagua%2C+rol+18874%-2C+13+de+julio+de+2012/vid/396839534>.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 355-13 (Familia), resolución 51251, 6 de junio de 2013.
- Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1402-13 (Protección), 4 de julio de 2013.
- Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 24-15 (Familia), 30 de noviembre de 2015.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1224-14, 15 de octubre de 2014. CL/JUR/7518/2014.
- Corte de Apelaciones de Chillán, rol 53-14 (Civil), 5 de noviembre de 2014.
- Corte Suprema, rol 37486-2015, de 10 de mayo de 2016. Disponible en: <https://app-vlex-com.uandes.idm.oclc.org/search/jurisdiction:-CL/Corte+Suprema%2C+rol+37486-2015%2C+de+10+de+mayo+-de+2016./vid/638100101>
- Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1037-16, 3 de febrero de 2017. CL/JUR/408/2017.
- Corte Suprema, rol 40678-17, 26 de febrero de 2018. MJJ54613.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2765-18, 11 de enero de 2019. CL/JUR/178/2019.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 18-19, 13 de febrero de 2019. CL/JUR/784/2019.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3844-18, 17 de abril de 2019. CL/JUR/2100/2019.

- Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1193-19, 7 de agosto de 2019. CL/JUR/163876/2020.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 257-19, 30 de agosto de 2019. CL/JUR/4936/2019.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1669-19, 15 de noviembre de 2019. CL/JUR/6564/2019.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2215-16, 22 de noviembre de 2019. MJJ47328.
- Corte de Apelaciones de Concepción, rol 67-20, 6 de mayo de 2020.
- Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1523-19, 12 de junio de 2020. CL/JUR/37418/2020.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 377-20, 31 de agosto de 2020. CL/JUR/72355/2020.
- Corte de Apelaciones de Temuco, rol 438-20, 10 de noviembre de 2020. CL/JUR/139420/2020.
- Corte de Apelaciones de Concepción, rol 849-20, 19 de enero de 2021. CL/JUR/3895/2021.
- Corte de Apelaciones de Concepción, rol 490-21, 17 de agosto de 2021. CL/JUR/69338/2021.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3728-20, 23 de septiembre de 2021. CL/JUR/74888/2021.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2077-20, 10 de noviembre de 2021. CL/JUR/83043/2021
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 142-21, 12 de noviembre de 2021. CL/JUR/86021/2021.
- Corte de Apelaciones de Concepción, rol 887-21, 23 de noviembre de 2021. CL/JUR/86154/2021.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 404-21, 2 de febrero de 2022. CL/JUR/7354/2022.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 456-21, 14 de febrero de 2022. CL/JUR/6468/2022.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 623-21, 17 de febrero de 2022. CL/JUR/6473/2022.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3003-20, 10 de marzo de 2022. CL/JUR/8915/2022.
- Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1146-21, 23 de marzo de 2022. CL/JUR/11272/2022.
- Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 52-22, 12 de abril de 2022. CL/JUR/14111/2022.



- Corte de Apelaciones de San Miguel, 236-22, 14 de abril de 2022. CL/JUR/14085/2022.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 634-21, 2 de mayo de 2022. CL/JUR/15118/2022.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 707-21, 3 de mayo de 2022. CL/JUR/16304/2022.
- Corte de Apelaciones de Iquique, rol 50-22, 9 de mayo de 2022. CL/JUR/17821/2022.
- Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 34-22, 24 de mayo de 2022. CL/JUR/19604/2022.
- Corte de Apelaciones de Chillán, rol 170-22, 8 de agosto de 2022. CL/JUR/30161/2022.
- Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 1543-22, 3 de enero de 2023. CL/JUR/3/2023.
- Corte de Apelaciones de Temuco, rol 34896-22, 25 de abril de 2023. CL/JUR/16629/2023.
- Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 70-23, 5 de julio de 2023. CL/JUR/27818/2023. Corte de Apelaciones de Concepción, rol 12779-23, 31 de julio de 2023. CL/JUR/30935/2023.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 1387-23, 7 de noviembre de 2023. CL/JUR/44449/2023.
- Corte de Apelaciones de Temuco, rol 13388-23, 11 de diciembre de 2023. CL/JUR/47607/2023.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 22761-23, 21 de noviembre de 2023. CL/JUR/45859/2023.
- Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), rol 3690-13 (Casación), resolución 44856, 4 de julio de 2013.
- Corte Suprema, rol 16275-16, 5 de septiembre de 2016.
- Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), rol 38149-16 (Casación), resolución 699233, 30 de noviembre de 2016.
- Corte Suprema, rol 46451-16, 19 de diciembre de 2016. CL/JUR/8389/2016.
- Corte Suprema, rol 300-2017, 23 de febrero de 2017. CL/JUR/664/2017.
- Corte Suprema, rol 6978-17, 9 de marzo de 2017. MJJ48626.
- Corte Suprema, rol 38044-17, 27 de diciembre de 2017. MJJ53321.
- Corte Suprema, rol 42651-17, 18 de abril de 2018. CL/JUR/1752/2018.
- Corte Suprema, rol 2814-18, 24 de septiembre de 2018. MJJ57879.
- Corte Suprema, Cuarta Sala, rol 8270-18, 8 de octubre de 2018. CL/JUR/5675/2018.

- Corte Suprema, rol 20425-18, 5 de marzo de 2019. CL/JUR/1075/2019.
- Corte Suprema, rol 8001-18, 22 de abril de 2019. CL/JUR/2156/2019.
- Corte Suprema, Sala Primera Civil, rol 1577-19 (Familia), 9 de julio de 2019.
- Corte Suprema, rol 16324-18, 7 de agosto de 2019. CL/JUR/4545/2019.
- Corte Suprema, rol 4528-19, 11 de marzo de 2020.
- Corte Suprema, rol 4992-19, 30 de marzo de 2020. MJJ304927.
- Corte Suprema, rol 4963-19, 30 de marzo de 2020. CL/JUR/22266/2020.
- Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), rol 31955-19 (Familia), 27 de abril de 2020.
- Corte Suprema, rol 12879-19, 30 de junio de 2020. CL/JUR/139831/2020.
- Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), rol 30509-20 (Familia), 6 de octubre de 2020, casación fondo.
- Corte Suprema, rol 22185-21, 16 de abril de 2021. CL/JUR/50420/2021.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 132148-20, 22 de octubre de 2021. CL/JUR/80697/2021.
- Corte Suprema, rol 69668-21, 27 de enero de 2022. CL/JUR/7492/2022.
- Corte Suprema, rol 75911-21, 3 de marzo de 2022. CL/JUR/7668/2022.
- Corte Suprema, rol 65460-2021, 8 de marzo de 2022. CL/JUR/8874/2022.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 104266-20, 28 de marzo de 2022. CL/JUR/11350/2022.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 47318-21, 31 de marzo de 2022. CL/JUR/12478/2022.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 34660-21, 29 de abril de 2022. CL/JUR/15098/2022.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 8949-22, 17 de mayo de 2022. CL/JUR/17951/2022.
- Corte Suprema, Cuarta Sala, rol 45314-202, 27 de mayo de 2022. CL/JUR/19744/2022.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 84412-21, 27 de mayo de 2022. CL/JUR/19747/2022.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 15589-22, 30 de diciembre de 2022. CL/JUR/48341/2022.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 7471-22, 19 de enero de 2023. CL/JUR/10436/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 22518-22, 15 de febrero de 2023. CL/JUR/6228/2023.
- Corte Suprema, rol 13533-22, 22 de febrero de 2023. CL/JUR/7889/2023.

- Corte Suprema, rol 40388-22, 21 de marzo de 2023. CL/JUR/10838/2023.
- Corte Suprema, rol 98638-22, 25 de mayo de 2023. CL/JUR/21549/2023.
- Corte Suprema, rol 32906-22, 15 de junio de 2023. CL/JUR/25389/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 147710-22, 27 de junio de 2023. CL/JUR/28052/2023.
- Corte Suprema, rol 141528-22, 5 de julio de 2023. CL/JUR/27808/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 87986-23, 13 de julio de 2023. CL/JUR/29773/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala, rol 61633-23, 17 de julio de 2023. CL/JUR/28508/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 124701-23, 2 de agosto de 2023. CL/JUR/32484/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 141524-22, 8 de agosto de 2023. CL/JUR/32591/2023.
- Corte Suprema, rol 26150-23, 9 de agosto de 2023. CL/JUR/33004/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 162507-22, 4 de septiembre de 2023. CL/JUR/36358/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 38981-23, 8 de septiembre de 2023. CL/JUR/36823/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 189484-23, 14 de septiembre de 2023. CL/JUR/37326/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala, rol 33471-23, 25 de octubre de 2023. CL/JUR/42451/2023.
- Corte Suprema, rol 20126-23, 27 de septiembre de 2023. CL/JUR/39442/2023.
- Corte Suprema, Cuarta Sala (Especial), rol 52065-23, 25 de septiembre de 2023. CL/JUR/39185/2023.
- Corte Suprema, rol 61642-23, 2 de noviembre de 2023. CL/JUR/43524/2023.
- Corte Suprema, rol 18050-23, 3 de noviembre de 2023. CL/JUR/43725/2023.
- Corte Suprema, rol 161604-23, 24 de noviembre de 2023. CL/JUR/46066/2023.
- Juzgado de Letras de Talca (2º), sentencia V-133-12, 27 de agosto de 2013.
- Juzgado de Letras de Cañete, sentencia V-142-12, 31 de julio de 2013.
- Tribunal Constitucional, rol 9560-20, 29 de julio de 2021.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia 551/2016, 20 de septiembre de 2016.
- Leyes citadas
- Ley 19.968, que crea los tribunales de familia, de 30 de agosto de 2004.

- Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.
- Ley 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, de 15 de marzo de 2022.
- Ley 21.389, permite la conversión del monto de la pensión a su equivalente UTM.
- Ley 20.680, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, de 21 de junio de 2013.
- Ley 19.620, dicta normas sobre adopción de menores, de 5 de agosto de 1999.
- Ley 4.808, reforma la Ley sobre el Registro Civil, de 10 de febrero de 1930.
- Ley 17.344, autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. modifica Ley 4.808, sobre Registro Civil.
- Ley 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, de 10 de julio de 1965.
- Ley 21.484, de responsabilidad parental y pago efectivo de deudas de pensiones de alimentos, de 7 de septiembre de 2022.
- Ley 16.618, fija el texto definitivo de la Ley de Menores, de 8 de marzo de 1967.
- Ley 19.947, de Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004.
- Ley 21.067, crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, de 29 de enero de 2018.
- Reglamento de la Ley 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales.
- DFL 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de 30 de mayo de 2000.
- Otros instrumentos
- Boletín N° 7076-07, confiere a los abuelos el derecho a mantener una relación directa y regular con sus nietos. Iniciativa 7076-07, de 5 de julio de 2010; autores de la iniciativa: Navarro Brain, Alejandro y Quintana Leal, Jaime.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

Historia de la Ley N° 21.389. Modifica la ley N°14.908, Sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7931/>.

Iniciativa 7076-07, de 5 de julio de 2010; autores de la iniciativa: Navarro Brain, Alejandro y Quintana Leal, Jaime. Proyecto de ley. Disponible en <https://app-vlex.com.uandes.idm.oclc.org-914516202>.

Observación General número 14, de 2013, del Comité de los Derechos del Niño.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Derecho de familia. Aspectos sustantivos y prácticos para la resolución judicial
de Mario Opazo González y Yasna Otárola Espinoza



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



DER Ediciones

