

DERECHO DE RELACIÓN DEL NIÑO CON PERSONAS DISTINTAS DE SUS PROGENITORES, EN ESPECIAL, CON SUS ABUELOS

RIGHT OF RELATIONSHIP OF THE CHILD WITH DIFFERENT PEOPLE OF THEIR PARENTS, ESPECIALLY WITH THEIR GRANDPARENTS

Marcela Acuña San Martín*

RESUMEN

Tomando como caso de estudio el amplio derecho de relación del niño –consagrado en instrumentos internacionales– con personas distintas de sus progenitores, se analizan sus fundamentos y caracteres, así como las formas en que es abordado por distintos ordenamientos jurídicos para, luego, contrastar la estrecha legislación chilena con resoluciones de los últimos años de los tribunales superiores de justicia, que lentamente abren la puerta a la recepción de concepciones modernas basadas en el interés y beneficio del niño; interés que construyen, para estos casos, sobre la base de los afectos creados y mantenidos en el tiempo, con toda la complejidad o cuestionamiento que pueda tener su ponderación.

PALABRAS CLAVE: derecho de relación con parientes; familia; interés superior del niño; abuelos

*Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Académica de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Dirección postal: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus Lircay, Universidad de Talca, Avenida Lircay s/n, Talca. Correo electrónico: acunasm@utalca.cl

Recepción: 2021-12-17. Aceptación: 2022-05-30.

ABSTRACT

Taking as a case study the broad right of relationship of the child –consecrated in international instruments– with people other than their parents, its foundations and characteristics are critically analyzed, as well as the ways in which it is approached by different legal systems, to then contrast the narrow Chilean legislation with decisions of the last years of our superior courts, that slowly open the door to the reception of modern conceptions based on the interest and benefit of the child; interest that they build for these cases in the affections created and maintained over time, with all the complexity or questioning that their weighting may have.

KEYWORDS: right of relationship with relatives; family; best interests of the child; grandparents

INTRODUCCIÓN

10

Desde un punto de vista social, emocional y formativo, diversas personas desempeñan innegables papeles de importancia en el desarrollo de los niños hasta la llegada a su adultez. Dentro de ellas destaca la influencia y papel de los padres, abuelos, otros parientes, profesores, amigos y cuidadoras. En las primeras etapas de sus vidas, se crean vínculos emocionales estrechos con sus padres o cuidadores primarios, de quienes esperan recibir protección adecuada para su desarrollo¹. Por otro lado, los más pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de la separación de sus padres y a los cambios en sus rutinas por cualquier otra causa; en ese contexto todo su entorno familiar y de afectos adquiere una particular trascendencia. En el caso de los adolescentes, si bien tienen un mundo de relaciones más amplio, ello no significa desmerecer la relevancia de la comunicación y trato con su familia ampliada.

Los cambios que se viven en el modelo social, impulsado, entre otras razones, por nuevos modelos familiares y por la progresiva incorporación de la mujer/madre al trabajo fuera del hogar, han llevado a visibilizar hoy más que nunca el trascendente papel que muchas personas, en especial parientes cercanos como los abuelos, desempeñan en el cuidado y atención diaria de niños pequeños². Al mismo tiempo, la consideración de diver-

¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2005).

² Se aprecia que los valores y experiencia que pueden aportar son insustituibles y totalmente necesarios y en ningún caso incompatibles con los modelos o referentes que marquen las tendencias sociales. CHAPARRO (2015), p. 200.

Los derechos de la infancia que se orientan hacia la formación integral y desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes y que tradicionalmente habían permanecido a la sombra de otros con mayor desarrollo normativo y doctrinal, asoman hoy como nuevos enclaves que propenden a su bienestar. Eso es lo que sucede con el derecho de relación. No se trata de un derecho nuevo; pero sí es reciente la consideración de su progresiva y real importancia para el bienestar de los niños.

Asimismo, los modelos familiares en la sociedad actual, junto con la notable extensión de la presencia de familias reconstituidas, exigen delimitar y considerar la valoración jurídica de los nuevos vínculos que se generan. No cabe duda que el contenido de lo que se entiende por familia se ha ampliado –así lo ha expresado, por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño, como se verá– más allá de los lazos tradicionales y sanguíneos, dando paso a un nuevo entramado de relaciones que requieren de atención y de las adecuaciones normativas, cuando sea pertinente. Así como el ámbito jurídico de las relaciones de pareja no se circunscribe solo al matrimonio, las relaciones de un niño no se reducen únicamente al vínculo paterno-filial.

Este trabajo se destina al estudio –desde una perspectiva jurídica– de la relación del niño con personas distintas de sus progenitores, en torno a sus fundamentos, caracteres y formas de recepción en distintos ordenamientos, así como al examen de la situación legal y judicial en Chile, con sus diversas problemáticas y algunas propuestas de solución. En el examen de la situación chilena será posible apreciar una ampliación judicial significativa respecto del estrecho marco legal cuando se trata de parientes distintos a los abuelos, incluso de personas no parientes fuera de toda previsión normativa. Se finaliza con unas conclusiones que destacan, por un lado, la necesidad de un cambio legislativo que dote al ordenamiento nacional de un sistema de relaciones de familia articulado con los derechos de la infancia y, por otro lado, la exigencia de valoración y determinación del interés superior del niño en particular, como parte inexcusable de la labor judicial, conforme a la conveniencia para aquel, de cada concreto régimen de relación; lo anterior por cuanto, si bien existe una mirada inicial positiva a los vínculos y comunicación, ello no obsta a la necesidad de valoración individualizada en cada caso que evite caer en una aplicación mecánica de un régimen de comunicación basada en el solo dato de la existencia de un vínculo de parentesco o de afecto.

11

I. BREVES PREVENCIÓNES CONCEPTUALES

El derecho de relación alude al trato y contacto reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico entre dos personas. El legislador lo regula

de modo especial como consecuencia del vínculo de filiación que une a padres e hijos, para todas aquellas hipótesis en que uno o ambos padres no conviven de modo habitual con sus hijos por carecer de su cuidado personal. Por ello el art. 229 del *CC* principia afirmando:

“El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular”.

La expresión ‘relación directa y regular’ sustituye, a partir de 1998³ en el *Código Civil*, la palabra ‘visitar’ que empleaba el artículo 227 original⁴. Como advierte la doctrina⁵, ese cambio tuvo como fuente directa el art. 9 de la CDN y fue considerado, en lo conceptual, un avance, por cuanto el término ‘visita’ connota una idea restrictiva, aludiendo a aquella modalidad en que el hijo es visitado por el padre o madre no cuidador, al mismo tiempo que connota lejanía y transitoriedad⁶. Desde una perspectiva de fondo, el cambio fue positivamente valorado al estimar que se trata de un deber y no solo de un derecho del padre, centrándose el derecho en el hijo y en su beneficio⁷.

La expresión ‘visita’ se siguió empleando en el art. 48 de la Ley de Menores, respecto de parientes.

12

La modificación introducida al *Código Civil* en 2013 por medio de la Ley n.º 20680 aportó una definición señalando:

“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”;

y también introdujo el nuevo art. 229-2 al *Código* para referirse a la vinculación abuelos-nietos.

En cuanto a su contenido, el derecho de relación –al menos entre padres e hijos– presenta hoy un contenido más rico y completo que el que le fuera tradicionalmente asignado (visitar), pues comprende la convivencia, el trato y la comunicación, y permite a los padres cumplir sus deberes paterno-

³ La Ley n.º 19585 de 1998 sustituyó el art. 227 del *CC* por una nueva regulación en el art. 229.

⁴ El *Código Civil* promulgado en 1855 contempló en el art 227 la siguiente norma: “al padre o madre de cuyo cuidado se sacaren los hijos no por eso se prohibirá visitarlos, con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes”.

⁵ Entre otras, SCHMIDT (2004), p. 73.

⁶ Al respecto véanse comentarios en ACUÑA (2020a), p. 45 y ss.

⁷ VELOSO (1999), p. 27.

filiales. La convivencia se traduce en la mayoría de los casos y según la modalidad de régimen que se adopte, en tener a los niños temporalmente en su compañía y, por tanto, incluye la estancia y pernocta; cuando ello no es posible, la vinculación puede llevarse a cabo por medio de formas más atenuadas de contacto. En otras palabras, el genérico derecho de relación permite la consideración de formas diversas de vinculación y comunicación que posibiliten el contacto y, de ser realizable, una amplia convivencia entre padres e hijos.

La doctrina ha precisado que el derecho se puede concretar según las circunstancias del caso, especialmente relativas al niño, en las modalidades de visitas *strictu sensu*; comunicación *strictu sensu* y convivencia temporaria. La primera se desarrolla mediante la visita que el padre no cuidador realiza a sus hijos en el lugar y tiempo que se determine, representando una limitación al ejercicio pleno del derecho al implicar contactos esporádicos, exentos de espontaneidad, incluso en ocasiones con presencia de terceros; la segunda se desarrolla por medios impersonales o no convivenciales, como los epistolares, telefónicos, virtuales, etc.; la convivencia temporal o temporaria se desarrolla mediante la estancia y pernocta por periodos más o menos extensos, y representa la forma en que el padre no cuidador puede tener a los hijos en su compañía fuera del ámbito de acción del cuidador. Esta última es considerada la forma más completa de ejercer el derecho⁸. Muchas veces los tribunales fijan un régimen que considera las tres modalidades a fin de acercar al niño lo más posible a una experiencia de convivencia normal.

Los ordenamientos, en general, no confieren a personas distintas de los padres todas estas posibilidades de modalidad de relación, reservando en algunos casos formas más restringidas de contacto, como la mera visita o comunicación.

Para efectos de este trabajo se aludirá indistintamente a las expresiones derecho de relación o a relacionarse y derecho comunicacional o de comunicación, para referirse, salvo prevención distinta, al derecho amplio que tiene el niño de vincularse con distintas personas por medio de diversas modalidades; y se reservará la expresión visita, régimen de visita o derecho de visita *strictu sensu*, para la modalidad más restringida de contacto, según se explicó⁹.

⁸ ACUÑA (2020a), p. 221 y ss.

⁹ Cabe hacer presente que tanto en Chile como en otros países cuyas leyes han abandonado la expresión “derecho de visita”, la misma se sigue empleando en tribunales y en el medio social, no para referirse al sentido estricto y restringido del término, sino al derecho amplio de relación, lo cual encuentra explicación, como ha señalado Gabriel García Cantero, en que es una expresión breve que permite identificar rápidamente el problema a que alude. GARCÍA CANTERO (2004), p. 27.

II. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RELACIÓN DEL NIÑO

El fundamento general del derecho de relación del niño con personas distintas de sus progenitores es su interés superior que reclama –en atención a su beneficio, formación integral y desarrollo de su personalidad–, el mantenimiento de comunicación y contacto personal con sus padres y, también, con sus abuelos y otros parientes¹⁰.

Afirmar que el fundamento de tales relaciones es el interés superior del niño conduce necesariamente hacia sus derechos, dentro de los cuales se encuentra el de preservar su identidad. El art. 8.1 de la CDN reconoce que el niño tiene derecho a preservar su identidad, y que esta incluye la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares¹¹. La identidad es una condición indispensable de la propia existencia y se construye por la atribución de ciertos elementos, como el nombre o una nacionalidad (que la hacen identificable) y, además, por las experiencias de vida, resultando fundamental para los niños sus relaciones familiares en tal construcción. En otras palabras, en la conformación identitaria influye el factor biológico y, también, el socio afectivo. Por ello la doctrina alude a una fase o aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, muy distinto de su fase estática, asociada a ciertos rasgos físicos o a su origen biológico¹². Las relaciones familiares se encuentran comprendidas en el aspecto dinámico del derecho a la identidad del niño.

En esta línea, la Corte Suprema ha indicado que el derecho de comunicación con padres, abuelos y parientes se vincula con el derecho de tener, conocer y desarrollarse en una familia y no ser separado de ella, lo que, a su vez, tiene por finalidad que se logre un óptimo desarrollo de la personalidad, en conexión con el derecho de identidad¹³.

El derecho del niño a las relaciones familiares y a la vida familiar –como parte integrante de su identidad– está protegido por la CDN en su art. 16 respecto de injerencias arbitrarias o ilegales. La familia es el núcleo fundamental y medio natural de formación, desarrollo personal, emocional y social de los niños y, por tanto, de su crecimiento y bienestar (preámbulo de la CDN). Derivado del derecho a tener una familia nace el correlativo de

¹⁰ Respecto de la relación con abuelos, Francisco Rivero explica que, si bien antes se argumentaba para dar lugar a las relaciones la idea de abuso del derecho de patria potestad por parte del padre o madre que impedía la relación, en la actualidad la justificación se centra directamente en el interés del menor. RIVERO (2007), p. 262.

¹¹ Además, se puntualiza que, cuando el niño sea privado de manera ilegal de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

¹² GREEVEN y CARRETTA (2020), p. 20.

¹³ CORTE SUPREMA, sentencia de 28 de marzo de 2011, rol 9255-2010.

convivencia y relación de los hijos con sus padres y familiares, en privilegio del mejor desarrollo integral de aquellos¹⁴. La Convención deja claro que el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio, inclusivo de los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5 de la CDN). En esa línea el Comité ha señalado que ‘familia’ se refiere a una variedad de conciertos, que pueden ofrecer a los niños pequeños atención, cuidado y desarrollo, y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras variedades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos e interés superior del niño¹⁵. Ese importante papel que desempeñan los padres y otros cuidadores, proporcionando seguridad y estabilidad emocional y alentándolo y protegiéndolo, no es exclusivo de la primera infancia, se mantiene durante la adolescencia¹⁶; por ello, desde una perspectiva más general, advierte el Comité:

“La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes”¹⁷.

Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de México, en amparo directo en revisión, señalando:

“si bien es cierto que el derecho fundamental de los menores a la convivencia, por regla general o en forma más común, se prioriza necesariamente en relación con el contacto regular con sus progenitores en contextos de separación de éstos, particularmente para asegurar que el menor tenga convivencia con el padre o madre que no ejerce su guarda y custodia, ese derecho también implica el contacto directo del menor con sus abuelos y demás familia extendida, pues esto último es parte de su derecho a vivir en familia y a mantener relaciones con el grupo familiar al que pertenece, dado que la creación de vínculos afectivos con la familia extendida contribuye a su mejor desarrollo psicoemocional, y a la formación de su personalidad e identidad”¹⁸.

¹⁴ PÉREZ CONTRERAS (2013), p. 1159.

¹⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2005).

¹⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016).

¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013).

¹⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (México), de 13 de enero de 2021, amparo directo en revisión 5482/2019, regulando convivencia con los abuelos maternos y

Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección de la infancia, y se basan en el derecho a relacionarse, recogido en el art. 9 de la CDN. Cuando el niño está separado de uno o de ambos padres, tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo si resulta contrario a su interés superior (art. 9.3 de la CDN); derecho que se aplica, en opinión del Comité, a cualquier persona que tenga la custodia: los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una vinculación personal estrecha. Asimismo, se ha insistido en que:

“Cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán porque el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño”¹⁹.

Los tribunales argentinos han destacado:

16

“el paradigma de la protección integral de la infancia recoge el derecho del niño a mantener y preservar vínculos con los miembros de la familia ampliada y de su comunidad, lo que incluye el contacto no solo con sus parientes más cercanos (abuelos, hermanos, padre afín), sino además con padrinos, amigos, vecinos, ex convivientes –entre quienes no nace un lazo de parentesco– y demás allegados que constituyan referentes afectivos y representen vínculos significativos en su historia de vida”²⁰.

La relación de ciertos parientes con el niño, en especial los abuelos, puede contribuir en su desarrollo armónico y equilibrado²¹ y, si bien se puede manifestar con normalidad y de modo casi imperceptible en una gran can-

familia extendida, respecto de un niño en contexto especial de fallecimiento de ambos progenitores biológicos en accidente.

¹⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013).

²⁰ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, fallo de 17 de noviembre de 2020. La sentencia, además, afirma que el derecho que asiste a los abuelos a tener contacto con los nietos encuentra su fundamento en elementales principios de derecho, en la necesidad de mantener la solidaridad familiar y proteger los derechos legítimos que derivan de estas relaciones parentales.

²¹ Se apunta que con esta relación tanto se intenta conseguir que la crisis matrimonial afecte lo menos posible el entramado de relaciones personales y familiares del hijo, así como contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores, neutralizando efectos negativos y traumáticos. MARTÍNEZ (2016), p. 393.

tividad de casos, existen otros, caracterizados por lo que se ha denominado algún “elemento distorsionador”²², como una crisis de pareja, que devalúan la relevancia de que los ordenamientos y los tribunales reconozcan la comunicación y visita con otros parientes, incluso con personas de su entorno afectivo. No obstante, el interés del niño también obliga a tener presente que, por lo general, tales regímenes de relación son beneficiosos para los niños, pero no siempre, lo cual conduce a la exigencia de valoración caso a caso sobre la pertinencia de las relaciones. En otros términos, existe una mirada inicial positiva a los vínculos y comunicación, pero ello no obsta a la necesidad de valoración individualizada que evite caer en una aplicación mecánica de un régimen de comunicación basado en el solo dato de la existencia de un vínculo de parentesco.

En algunos ordenamientos, como se verá, se reconoce el derecho del niño a relacionarse con personas de su entorno, con quien se encuentra unido por vínculos puramente afectivos. El afecto es un fundamento que se estima más amplio y abarcante y, por tanto, serviría, en opinión de sus expositores²³, para explicar mejor las distintas hipótesis de ejercicio del derecho, como sucede con parientes y terceros no parientes o allegados²⁴ y no solo con sus progenitores²⁵; de ahí que se señale que afecto puede ir unido a lazos biológicos como sucede entre los hijos y sus progenitores, hermanos, abuelos, tíos, entre otros; o a lazos jurídicos como entre adoptantes y adoptados; o puede no tener ligazón biológica ni jurídica y, sin embargo, mantenerse la vinculación afectiva con personas diversas que conforman el entramado de relaciones de familiaridad.

No obstante, el papel que representa el afecto no recibe una respuesta uniforme: en algunos casos puede ser determinante (con ciertos parientes y terceros no parientes)²⁶; en otros, como el caso de los progenitores, es irrelevante para la consagración del derecho, no así para el establecimiento

²² MUÑOZ (2021).

²³ Entre otros: PÉREZ CONESA (2006), p. 51; GARCÍA CANTERO (2004), p. 39; DE LA OLIVA VÁZQUEZ (2009), p. 251.

²⁴ Así, por ejemplo, en relación con los allegados el Tribunal Supremo español ha considerado el “derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva”: STS 2676/2011, de 12 de mayo, respecto a las relaciones personales de un niño nacido en el seno de una relación de pareja de dos mujeres, fruto de inseminación artificial.

²⁵ Las diferencias sustantivas de las diversas hipótesis (respecto de los padres, de los abuelos, de los parientes y de los allegados) dificulta encontrar un fundamento específico de carácter unitario, salvo, el caso del interés superior del niño.

²⁶ Se entiende que la relación afectiva debe ser actual y no potencial, para justificar por sí sola la concesión del derecho y, en interés del menor, debe revestir un carácter recíproco entre quienes serán parte del derecho a relacionarse, es decir, no puede imponerse al menor por quien pretende tenerle tal afecto: GARCÍA PASTOR (1997), p. 233.

del concreto régimen de relación y su ejercicio²⁷. De ahí que se haya sostenido que en el caso de personas distintas de sus progenitores no puede presumirse *iuris tantum* la conveniencia de la relación como en el caso de los padres; deberá probarse la previa ligazón subyacente, los lazos afectivos y el beneficio o conveniencia para el niño del establecimiento de un régimen de vinculación, no resultando suficiente acreditar la ausencia de efectos negativos²⁸.

III. VINCULACIÓN ENTRE EL DERECHO DE LOS PADRES Y EL DERECHO DE COMUNICACIÓN CON PARIENTES

Las relaciones del niño con sus padres no son antagónicas a aquellas que se pueden generar y establecer con otras personas; son compatibles, aunque sustancialmente distintas. Esta afirmación arranca de la idea básica de que, si bien ambas se encuentran dominadas por el interés común de favorecer el desarrollo integral del niño, no se pueden desconocer las distinciones elementales que existen; distinciones tanto en el plano biológico, humano y afectivo, como en el jurídico. En este último ámbito la cuestión fundamental radica en que el derecho de relación directa y regular con los padres o progenitores se enmarca dentro de la potestad parental o responsabilidad parental, como derivación directa del vínculo filial²⁹. Se trata, por tanto, de una de las funciones que el legislador encomienda a los padres y que les permite satisfacer otros deberes parentales indelegables, como la facultad de corrección o contribuir a la crianza y educación de los hijos. Los abuelos y otros parientes pueden también contribuir en aquellos aspectos y en algunos casos les toca asumir de hecho algunas de estas funciones, pero no están obligados a hacerlo, como sí lo están los progenitores. Incluso, cuando a una persona distinta de los padres se le atribuye el cuidado personal o la custodia (en el caso chileno en aplicación del art. 226 del *CC*), es con carácter excepcional; la pauta de normalidad legal en el cuidado personal o custodia es la titularidad y ejercicio en manos de los padres³⁰.

²⁷ La existencia de una verdadera relación afectiva más o menos intensa o, por el contrario, su inexistencia, pueden tener importancia como un factor a evaluar al tiempo de la fijación del concreto régimen de relación; a su vez, las variaciones –positivas o negativas– en dicha vinculación afectiva pueden ser consideradas para los efectos de posteriores modificaciones del régimen.

²⁸ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 22 de noviembre de 2018; también en MUÑOZ (2021).

²⁹ ACUÑA (2020a), p. 80.

³⁰ Así en el art. 7.1 de la CDN. Al respecto véase ACUÑA (2018), p. 220. La diferencia de la función familiar entre procreantes y procreados, versus la situación de abuelos y otros

La compatibilidad entre el derecho de relación con los progenitores y el derecho de comunicación con otros parientes puede encontrar su fundamento en que, como apunta Carlos Martínez de Aguirre, se trata de dos situaciones cualitativamente distintas por la mayor intimidad o intensidad que caracteriza a las relaciones paterno-filiales respecto de cualesquiera otras parentales o asimiladas³¹. Esta menor intensidad de las relaciones con personas distintas a sus progenitores –que obliga a reconocerles un papel importante, pero secundario³²– es recogida en la legislación por medio del establecimiento de un derecho a relacionarse con un contenido sustancialmente inferior al que corresponde a los padres. Incluso, en algunos casos los ordenamientos hablan de comunicación y visita o solo de visita, esto es, de la expresión mínima del derecho a relacionarse, como se explicó al inicio, dejando, aparentemente, marginada la posibilidad de tenerlos en su compañía.

Si bien la relación con los progenitores exige una protección y garantía de mayor intensidad para su desarrollo y ejercicio, ello no excluye la protección y garantía de las relaciones del niño con sus abuelos y otras personas de la familia extendida o no, en la medida que sean afín con su interés superior. Ahora bien, los términos de la comunicación y visitas que se establezca respecto de personas distintas de los progenitores deben armonizarse en sus fines y extensión con el derecho del niño a la relación preferente con sus padres y con el ejercicio del cuidado personal por quien o quienes lo tienen atribuido; la vinculación con otras personas no puede impedir o generar interferencias en el ejercicio de otros derechos de los niños (relacionarse con el progenitor no custodio, ser cuidado por los padres, derecho a la educación, a la salud, entre otros). A su turno, el ejercicio

19

parientes, ya la anunciaba Gabriel García Cantero en España respecto de la exclusividad de la patria potestad. GARCÍA CANTERO (2004), p. 34. Por otra parte, cabe tener presente que en el ordenamiento nacional la entrega que el padre, la madre o ambos hacen de un hijo a un tercero con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales, es una de las situaciones en que se hace procedente la declaración judicial de susceptibilidad de adopción, en términos semejantes a los casos de abandono de uno en la vía pública, lugar solitario, etc. (cfr. art. 12 de la Ley n.º 19620). La ley, además, presume ese ánimo cuando la mantención del niño a cargo del tercero no obedezca a una causa justificada que la haga más conveniente para los intereses del niño que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado, lo que por cierto requiere de una evaluación pormenorizada y no de la simple alegación del padre o madre. Como la situación no es normal, la misma ley obliga a los que reciban a un niño en tales circunstancias, a informar al juez competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los padres.

³¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2016), p. 204.

³² La Corte Suprema ha señalado que para un niño la más importante de sus relaciones familiares es aquella que mantiene con su padre y madre, lo que no excluye, en la práctica, que también sea importante la relación con los abuelos, pero claramente en un lugar secundario. CORTE SUPREMA, sentencia de 4 de junio de 2015, rol 27042-2014.

de las responsabilidades parentales no puede limitar o impedir el derecho del niño al contacto con otras personas, en especial abuelos y parientes cercanos afectivamente; por ello, se hace necesario siempre deslindar tales relaciones, en particular en caso de conflicto. Dicho de otro modo, el reconocimiento del derecho del hijo a tales relaciones (y el derecho de ciertos parientes también) tiene como correlato necesario la obligación o deber de ciertas personas (padres u otros cuidadores) de permitirlos o no impedirlos.

No obstante la compatibilidad referida, el derecho de comunicación de los abuelos, otros parientes o distintas personas respecto de un menor de edad, presenta diferencias sustanciales con el de los padres, como se afirmó al inicio de este apartado: en primer lugar, no está planteado como un deber o derecho-deber³³ y, por tanto, no puede imponerse contra la voluntad de aquellos, sino que es necesario su consentimiento³⁴. Por otro lado, ya no se trata de un derecho esencial irrestricto³⁵; es un derecho condicionado al interés superior del niño y, también, a la concurrencia de ciertos trámites procesales; de ahí que pueda no ser otorgado o que una vez en ejercicio pueda ser suprimido. Se volverá sobre algunos de estos puntos al examinar el derecho de los abuelos.

IV. FORMAS DE REGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN Y VISITAS CON PERSONAS DISTINTAS DE LOS PROGENITORES

Los ordenamientos jurídicos han ido admitiendo progresivamente la comunicación y visitas con o por personas distintas de los progenitores, en algunos casos con la antesala de la recepción judicial. Para ello, se recurre a diversas fórmulas, tanto referidas a las personas a quienes vincula, al contenido del derecho o a los mecanismos para su establecimiento, como se verá a continuación en una muestra diversa de ordenamientos.

³³ Para la Corte Suprema: “la institución de derecho de familia que regula el artículo 229 del Código Civil está consagrada como un ‘derecho deber’, pues en dicho ámbito jurídico surgen obligaciones mutuas que configuran, al mismo tiempo, prerrogativas y reclamaciones” que corresponden tanto a los hijos, en cuanto concreción de su interés superior de disfrutar de sus vínculos familiares, como al progenitor, que carece de su cuidado personal para relacionarse con ellos y por su intermedio ejercitar la corresponsabilidad. Así en sentencia de 30 de marzo de 2020, rol 4963-2019 y en sentencia de 20 de febrero de 2019, rol 7432-2018.

³⁴ MUÑOZ (2021).

³⁵ Se ha dicho respecto del derecho de relación con los padres que: “la ley lo establece como esencial, por lo que debe ser fomentado y garantizado en resguardo de los derechos de los niños; resulta necesario para el adecuado desarrollo del menor un régimen de relación directa y regular que permita una relación con su padre”: CORTE SUPREMA, sentencia de 25 de marzo de 2013, rol 8728-2012.

En España la regulación actual es amplia en cuanto a las sedes posibles y variada en cuanto a los sujetos. En sede de separación o divorcio existen dos normas con distintas extensiones: la primera, centrada en la autonomía de la voluntad de los cónyuges, permite que estos, si lo consideran necesario, puedan pactar en el convenio regulador un régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta el interés del niño (art. 90.b³⁶ del *CC esp.*); la segunda, de naturaleza judicial modificada en 2021, amplía el derecho de comunicación posible (no imperativo) de regular respecto de un niño con sus hermanos, abuelos, parientes o allegados (94.6³⁷ del *CC esp.*). Ya provenga la regulación de propuesta del convenio regulador en sede de divorcio, ya tenga su origen en la determinación judicial subsidiaria, se requiere, además de la audiencia previa de los padres y abuelos –u otros parientes–, que estos últimos presten su expreso consentimiento al régimen³⁸.

Por otro lado, la norma genérica en sede de relaciones paterno-filiales, y que debe entenderse complementaria a las anteriores, es generosa en cuanto a los sujetos, prohibiendo el impedimento de relaciones: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados” (art. 160.2 del *CC esp.*); se consagra, asimismo, la regulación por la entidad pública de protección de menores del derecho de visitas y comunicaciones de abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto de un niño en desamparo sujeto a acogimiento familiar (art. 161 del *CC esp.*)³⁹.

Finalmente, en sede de adopción, se reconoce la posibilidad de que el juez regule el mantenimiento de alguna forma de contacto entre los menores adoptados, los miembros de la familia de origen que se estime –en especial cuando sea posible con los hermanos biológicos– y la familia adoptiva

³⁶ Conforme al art. 90 del *CC esp.*, el convenio regulador debe contener, a lo menos: “b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos”.

³⁷ Esta norma, además, es aplicable desde la reforma de junio de 2021, a los hijos mayores de edad con discapacidad que precisen apoyos para tomar decisiones. Dispone la norma: “Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad”.

³⁸ Sobre el particular hay una amplia literatura entre la que destaca GARCÍA CANTERO (2004) y COLÁS (2005).

³⁹ La doctrina entiende que las visitas reguladas en el caso de niños en acogimiento familiar, se pueden dar frente a un acogimiento familiar simple o a uno permanente, siendo dudosa la posibilidad en el acogimiento preadoptivo. MONTES (2014), p. 588.

(art. 178.4 del *CC* esp.⁴⁰). Esta posibilidad está establecida en términos restringidos y con una serie de exigencias: intervención de la entidad pública de protección de menores, escucha necesaria de los niños mayores de doce años y consentimiento de la familia adoptiva. Se ha señalado que esta norma contiene una excepción a la desvinculación total con la familia de origen, dando lugar a un supuesto denominado “adopción abierta”, al permitir la vinculación entre adoptado y familia de origen⁴¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, ha ido ampliando el contenido del derecho de los abuelos más allá del sentido comprensivo normal de las expresiones “comunicación y visita”, señalando que, en principio, no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo y nada impide que pueda comprender pernoctar en casa o en pasar una temporada con los abuelos⁴².

La voz ‘allegado’ que emplea el legislador español no cuenta con regulación completa en el *CC* esp., sin embargo, y dada la importante litigiosidad existente, su construcción jurídica es fruto de la casuística, atendiendo a las circunstancias del caso, y sobre todo al interés superior del niño⁴³. Así, el término se usa para referirse a personas que no tienen un parentesco con el niño, pero que son significativas o fundamentales afectivamente para él por la previa vinculación de hecho existente: así en caso de madrinas, cuidadoras, nodrizas, educadores, exparejas de los progenitores, padres de hecho, entre otros. Aquí el lazo afectivo previo es determinante⁴⁴ –por

⁴⁰ Art. 178.4 del *CC* esp.: “Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos”.

⁴¹ O’CALLAGHAN (2016), p. 300.

⁴² TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 27 de julio de 2009, número de resolución 576/2009. El tribunal desestimó el recurso del padre y motivó su decisión en cuatro líneas argumentales: la no influencia de las relaciones entre el padre y los parientes en la concesión del régimen; la posición de carácter singular que ocupan los abuelos respecto de los nietos; la no perturbación del ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos y el interés superior del menor. La doctrina española ya había dado cuenta de esta evolución jurisprudencial, referida, por una parte, a la extensión del derecho a parientes distintos de los abuelos y, por otra, en haberlo hecho comprensivo de pernoctar en casa o pasar una temporada con los abuelos, como ocurre en la sentencia recién citada. MARÍN (2009), p. 222.

⁴³ BERROCAL (2020), p. 1745.

⁴⁴ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia, de 12 de mayo de 2011, n.º de resolución 2676/2011 respecto a las relaciones personales de un niño nacido en el seno de una relación de pareja de dos mujeres, fruto de inseminación artificial, respecto de la expareja de la gestante una vez rota la relación de pareja. El tribunal señala que la decisión de regular un régimen no se basa

ello se les suele denominar *parientes de afecto*⁴⁵–, debiendo probarse cierto arraigo de afecto, así como el beneficio para los niños. Se entiende que corresponde al juez decir en cada caso cómo debe entenderse el término ‘allegado’, en función del niño y sus circunstancias concretas⁴⁶, lo que es concordante con los diferentes supuestos especialmente derivados de la pluralidad de modelos de convivencia existentes en el presente⁴⁷.

La mirada del *Código* francés también es amplia: por un lado, reconoce el contacto con ascendientes como un derecho del niño de modo independiente a otras relaciones, cuyo único obstáculo al ejercicio es el propio interés del niño y, por otro, consagra la posibilidad de que el juez de asuntos familiares, considerando lo mejor para aquel, fije la modalidad de las relaciones con un tercero –pariente o no–, en especial cuando este haya residido de manera estable con el niño y uno de sus padres o haya colaborado en su educación o en su mantenimiento, y se hayan establecido con él lazos afectivos de carácter perdurable⁴⁸. Se asigna por la ley y de modo expreso un efecto jurídico relevante y diferenciador a los lazos afectivos, pero no a cualquiera, sino a aquellos que tienen carácter perdurable. La valoración de este carácter queda entregada al juez.

En Argentina tres disposiciones del *CCyC* regulan la materia con bastante amplitud en cuanto no se refieren solo a menores de edad. Por un lado, el art. 555 prescribe:

“Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en pri-

en un hipotético derecho de la compañera de la madre biológica, sino en un concreto derecho del menor a relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva. Cabe mencionar que hay doctrina española que no recurre directamente al afecto para identificar a los allegados, señalando que ellos serían quienes tienen con el niño una relación cercana o próxima de amistad, trato o confianza. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2016), p. 393.

⁴⁵ RUÍZ DE LA CUESTA (1982), p. 269.

⁴⁶ RIVERO (1982), p. 85.

⁴⁷ Igual situación se presenta respecto de las complejas afinidades a las que dan lugar las técnicas de reproducción humana asistida, como se anuncia en AMUNÁTEGUI (2021), p. 2661.

⁴⁸ *Código Civil* francés, article 371-4: “L’enfant a le droit d’entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l’intérêt de l’enfant peut faire obstacle à l’exercice de ce droit.

Si tel est l’intérêt de l’enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l’enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l’un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables”.

mer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias”.

El art. 556 complementa la disposición anterior, indicando que se aplica “en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo”. Por último, el art. 646 considera, dentro del listado de deberes de los progenitores, el de:

“respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo”.

A partir de ahí es claro que se reconoce un derecho del hijo a tales relaciones con personas distintas de sus progenitores, y que esas personas no necesariamente tienen con él un vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad; el vínculo afectivo demostrable es para el legislador argentino un fundamento suficiente para el establecimiento del derecho.

24 La doctrina argentina ha señalado que de las referidas normas se desprende que la cercanía o lejanía del parentesco, incluso su ausencia, tiene un valor de diferenciación secundario y relativo, pues lo que interesa es la relación afectiva que puede existir entre el niño y quien reclama el contacto, todo sujeto a las pruebas pertinentes en el proceso⁴⁹. Corresponde al juez determinar cuáles vínculos afectivos son merecedores de tal regulación, es decir, cuáles son –al tenor del referido art. 556 del CCyC– legítimos.

En Colombia no existe una norma legal directa y explícita que regule las relaciones del niño con personas distintas de sus progenitores, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia sobre la base de la interpretación del art. 22 del *Código de la Infancia y la Adolescencia*⁵⁰, a la luz del canon 44 de su Constitución Política⁵¹ y del art. 9 de la CDN, estima que:

⁴⁹ MIZRAHI (2016), p. 807.

⁵⁰ Corresponsiente a Ley n.º 1098 de 2006, art. 22: “Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

⁵¹ Constitución de Colombia de 1991, art. 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada,

“la reglamentación de visitas para los parientes más cercanos, no puede ser vista como ominosa, prohibida o restrictiva; esta especie de relaciones y enlazamientos familiares debe decidirse según los supuestos facticos de cada caso concreto, teniendo en cuenta el privilegiado grado de parentesco entre abuelos y nietos”.

Entiende la Corte que el crecimiento integral de los niños y su relación con la familia extensa halla asiento en la regla 44 constitucional; y que:

“por medio de esas relaciones los abuelos podrán cumplir sus deberes sociales y familiares en la formación e integración de la prole a la sociedad, claro está, con exclusión cuando puedan inferirse comportamientos anormales, patológicos, corruptos o enfermizos que puedan afectar el desarrollo de la personalidad de los menores. De manera que no podrán prohibirse o impedirse, sin la comprobación de justas causas, las relaciones familiares del hijo con los abuelos”⁵².

En Uruguay, donde se mantiene la tradicional denominación ‘visitas’, el tema se trata en el *Código de la Niñez y la Adolescencia*⁵³ como un derecho del niño, de modo amplio, de manera conjunta con el derecho de los padres, aunque este tenga un carácter preferente. Se dispone:

25

“Todo niño y adolescente tiene derecho a mantener el vínculo, en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente, a un régimen de visitas con los mismos. Sin perjuicio que el Juez competente basado en el interés superior del niño o adolescente, incluya a otras personas con las que aquél haya mantenido vínculos afectivos estables” (art. 38).

su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, resolución en amparo de 31 de agosto de 2017, rol STC13492-2017.

⁵³ *Código de la Niñez y la Adolescencia* de Uruguay.

Las visitas pueden ser determinadas de común acuerdo o por sentencia judicial y se reconoce la obligación legal de permitir las visitas o entregar al niño o adolescente de acuerdo con el régimen establecido (art. 39). Es el propio legislador, atendiendo al interés superior del niño, el que amplía las relaciones a personas no parientes con quienes existan vínculos afectivos, con la exigencia de que se trate de vínculos estables; pero esas relaciones con personas no familiares no gozan de preferencia, con lo cual se privilegia el parentesco.

De un modo distinto y sin individualizar a los parientes, el *Código de la Niñez y Adolescencia* de Ecuador⁵⁴ prescribe en su art. 21 que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares, con ambos progenitores y demás parientes, en especial cuando se encuentren separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. No hay mención alguna a personas vinculadas por lazos puramente afectivos; aquí el parentesco subyacente es determinante.

En el ordenamiento familiar chileno existen dos normas legales que regulan el derecho de comunicación o de relación con personas distintas de los progenitores: la norma general de la LM (art. 48) y la norma específica para los abuelos incorporada en el CC en el año 2013 (art. 229-2). A diferencia de lo que ocurre en algunos de los ordenamientos precedentemente referidos, el legislador nacional no considera derecho o régimen de visitas para personas que no estén vinculadas al niño por parentesco. A continuación, se examina la situación nacional.

V. EL DERECHO DE RELACIÓN DEL NIÑO CON SUS ABUELOS EN CHILE

1. Antecedentes de la regulación actual

Antes de la modificación al CC chileno del año 2013, la situación de los abuelos se regía por el art. 48 de la LM que se revisará con ocasión de la situación de otros parientes. Los *Boletines* 5917-18 de 2008 y 7007-18 de 2010, que refundidos dieron origen a la Ley n.º 20680 de 2013, no contemplaban una norma para regular un derecho especial para abuelos y nietos. Fue en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución donde esta cuestión fue planteada y debatida, acordándose con el voto favorable de la unanimidad de los miembros de la Comisión el siguiente texto:

⁵⁴ *Código de la Niñez y Adolescencia* de Ecuador.

“Artículo 229-2. El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus ascendientes. 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”⁵⁵.

Dicho texto fue aprobado por el Senado en sala. Posterior a ello la Corte Suprema hizo dos sugerencias de corrección al observar:

“se trata de una norma nueva que al parecer pretende otorgar al niño, niña o adolescente el derecho a tener una relación directa y regular con sus ascendientes. No obstante, utiliza erróneamente el vocablo ‘hijo’, cuestión que se sugiere enmendar. Asimismo, del tenor literal del precepto aparece que sería el menor quien tiene la legitimación activa y no los ascendientes, cuestión que también debería corregirse”⁵⁶.

En comisión mixta se aprobó por unanimidad la sustitución de la expresión ascendientes por abuelos, por cuanto dentro de los ascendientes también se encuentran los padres –a quienes ya se refiere el art. 229 del CC–, y lo que en realidad se quiere relevar con la norma es la presencia de los abuelos en la vida de los niños⁵⁷, adquiriendo con ello la norma su redacción definitiva, esto es:

“El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus 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”⁵⁸.

⁵⁵ *Historia de la Ley n.º 20680*, pp. 508 y 533. Disponible en www.bcn.cl [fecha de consulta: 10 de junio de 2021]. El nuevo art. 229-2 quedó comprendido en un numeral 7, nuevo, del art. 1.º del proyecto.

⁵⁶ Oficio n.º 40-2013 de 26 de marzo de 2013, en tercer trámite constitucional. *Historia de la Ley n.º 20680*, p. 591. Disponible en www.bcn.cl [fecha de consulta: 10 de junio 2021].

⁵⁷ Informe Comisión Mixta de 10 de junio de 2013, cuenta en sesión 36, legislatura 361. *Historia de la Ley n.º 20680*, p. 673. Disponible en www.bcn.cl [fecha de consulta: 10 de junio de 2021].

⁵⁸ Observaciones a la técnica legislativa se pueden ver en ACUÑA (2013) y en ACUÑA (2016), p. 511. Entre esos aspectos, están: 1) La legitimación activa para reclamar el derecho, por cuanto al establecerse como un derecho del hijo pareciera que se le concede solo a él (puede entenderse por medio de su representante legal) la titularidad para reclamar la fijación del régimen de relación, sin embargo, en la práctica lo ejercen los ascendientes; 2) No se determina quiénes son las partes del *acuerdo* a que alude la norma; solo como muestra de la diversidad interpretativa y la necesidad de aclaración frente a esta inconcreción podría estimarse, entre otras, alguna de las siguientes opciones: ambos padres; los padres y los ascen-

Aunque este derecho y su regulación no se restringe expresamente a situaciones de crisis familiares, su mayor aplicabilidad se producirá con el objetivo de dar continuidad a la relación entre abuelos y nietos en esos casos, resultando una valiosa garantía de estabilidad emocional y continuidad familiar para los niños; ello explica que haya sido incorporada al *CC* en el contexto de una ley que busca proteger al niño cuando sus padres viven separados⁵⁹. Incluso, acreditada la conveniencia para el nieto y descartado los riesgos del relacionamiento, han declarado los tribunales que la violencia cruzada entre los progenitores no altera la fijación del régimen con los abuelos, pues, las malas relaciones entre los padres no pueden afectar el desarrollo del niño⁶⁰.

Sin perjuicio de la situación anterior, bien podría requerirse de la regulación cuando el niño vive con ambos padres y son éstos los que no tienen cercanía con sus propios ascendientes y se oponen a que sus hijos la tengan, o cuando uno de los progenitores ha fallecido y el otro impide la comunicación con los padres del fallecido⁶¹, entre otras. Fuera de estas situaciones, las relaciones entre abuelos y nietos se darán de modo ordinario conforme a la dinámica de trato regular dentro de la familia, sin que sea necesaria regulación judicial alguna.

28

dientes respectivos; el padre custodio y el ascendiente respectivo; el niño y los padres; el niño y los ascendientes; 3) No se indica nada sobre la forma, oportunidad y exigencias o requisitos para la eficacia del referido acuerdo; 4) No se adelanta nada sobre el contenido de esta relación directa y regular con los ascendientes; en este punto hay que tener presente, por un lado, que en principio no cabe reducir la relación personal entre nietos y abuelos a un simple contacto durante un breve tiempo y nada impide que pueda comprender pernoctar en casa de los ascendientes o en pasar una temporada con ellos y, por otro, que en general se trata de relaciones relevantes, pero de menor intensidad que aquella que debe tener lugar con los progenitores. Quizá la expresión ‘relación directa y regular’ no sea la más apropiada en este caso, sobre todo considerando que el art. 229 del *CC* contiene un concepto de relación directa y regular que no se aviene con el derecho consagrado en este art. 229-2 del *CC*.

⁵⁹ Cabe recordar que la Ley n.º 20680 de 2013 tiene como propósito declarado proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

⁶⁰ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de 20 de enero de 2020, rol 1251-2019.

⁶¹ En causa que llegó al conocimiento de la Corte Suprema la madre de un niño de doce años había solicitado la modificación del régimen comunicacional que tenía con sus abuelos paternos luego del fallecimiento del padre. La Corte rechazó el recurso para lo cual tuvo en consideración que en el tribunal del grado: “se dio por asentada la importancia del vínculo existente entre el nieto y sus abuelos, la conveniencia para su desarrollo de mantenerlo, y la ausencia de motivos que justifiquen la rebaja del contacto con su familia paterna”. Dentro de los hechos acreditados estaba que: “el niño siente mucho afecto por sus abuelos paternos y desea compartir con ellos, quienes han dispuesto en su domicilio un dormitorio especialmente para su nieto; sin perjuicio que ha sufrido un daño anímico a consecuencia de la mala relación existente entre su madre y estos, entre quienes presencié una discusión”. CORTE SUPREMA, sentencia de 5 de marzo de 2019, rol 20425-2018.

2. Particularidades del derecho de relación con los abuelos

Desde un punto de vista jurídico, la filiación confiere al hijo un *status familiae* de manera que queda unido por parentesco a los parientes de sus padres, con las consecuencias jurídicas pertinentes⁶². En este contexto, el art. 229-2 del *CC* reconoce un nuevo derecho del hijo, entendiendo que los abuelos son figuras familiares que resultan significativas afectivamente para él y que tal derecho se incardina en su interés superior⁶³. Los abuelos satisfacen una función intergeneracional positiva tanto en situaciones de convivencia familiar normal como en casos de crisis entre los padres⁶⁴; ellos transmiten la historia de los antepasados, de sus orígenes y, con ello, brindan a niños y niñas un sentido de pertenencia, continuidad y coherencia en su relato biográfico, que contribuye en el afianzamiento de su identidad, en el desarrollo de su personalidad y en la elaboración de su propia historia⁶⁵, todos aspectos que conforman parte de su bienestar; por ello aparece vinculado a su interés superior.

El derecho con los abuelos es autónomo respecto del vínculo paterno-filial, aunque estrechamente conectado⁶⁶. Se concede por el juez por la comunicación que une a abuelos y nietos y en atención al interés del niño; es *intuitu personae*, inalienable, indelegable⁶⁷, temporal e imprescriptible⁶⁸. Su contenido no es absoluto, no es incondicionado en su ejercicio, es esencialmente modificable y su modalidad o régimen se encuentra sujeto al interés supe-

⁶² RIVERO (2000), p. 1083.

⁶³ Antes de la reforma al *CC* del año 2013, alguna doctrina aislada, sobre la base de la modificación española de 2003 y de forma genérica, se había referido al tema. Al respecto, véase PINOCHET (2011), pp. 579-580. Con posterioridad a la reforma, hay autores que solo observan que esta relación se establece a favor de los abuelos omitiendo la relevancia y titularidad del niño. Así, LATHROP (2013), p. 7.

⁶⁴ Se reconocen como principales funciones sociales de los abuelos en la familia las de: cuidador, compañero de juegos, historiador familiar, transmisor de conocimientos y valores morales, modelo de envejecimiento y ocupaciones, amortiguación entre padres e hijos, influencia a través de los padres, ayuda en momentos de crisis, amor incondicional, mimar y malcriar, confidentes y compañeros y, por último, también se encuentran abuelos indiferentes que toman distancia de la relación con los nietos. Estos roles van cambiando en función de la edad del abuelo: los más jóvenes se perciben como fuente de amor incondicional, compañeros de juegos y cuidadores, y los de mayor edad se perciben en mayor porcentaje como modelo de envejecimiento y ocupaciones, y fuente de comprensión de sus nietos. GONZÁLEZ *et al.* (2010), pp. 625-633. También véase www.guiainfantil.com/educación/familia/abuelos/papel.htm

⁶⁵ Se hace presente esta contribución en www.crececontigo.gob.cl/columna/la-figura-del-abuelo-en-la-familia-y-la-crianza-de-los-nietos/

⁶⁶ COLÁS (2005), p. 342.

⁶⁷ GARCÍA CANTERO (2004), p. 134.

⁶⁸ COLÁS (2005), p. 46.

rior del niño. Aunque utilice la misma denominación, no es equivalente al derecho consagrado y definido en el art. 229 del *CC* para los progenitores. La identidad léxica de los arts. 229 y 229-2 esconde diferencias significativas que es necesario aclarar, pues, si bien la relación con los abuelos puede propender a que los vínculos familiares se mantengan (sobre todo en casos de crisis de los progenitores), no es un derecho necesario o esencial⁶⁹, y tampoco exige siempre de contactos periódicos y estables, aunque sean deseables en muchos casos; por eso, como se vio, algunas legislaciones siguen refiriéndose a la modalidad de visitas. Más importante aún, no se trata –como en el caso de los padres– de un ‘derecho-deber’ derivado de la responsabilidad parental, con toda la entidad que ello implica, según se explicó⁷⁰.

Sobre sus rasgos y fundamento, la Corte Suprema ha dicho:

“a diferencia del régimen referido a los padres, respecto de los abuelos, la relación directa y regular no es un derecho-deber que se le atribuye a estos últimos, sino se reconoce explícitamente como un derecho radicado en los hijos y no en aquellos, pero tampoco un deber, sino más bien una prerrogativa que le asiste a los nietos. La inclusión de los abuelos a dicho régimen con carácter de legal tiene como fundamento el bienestar de los niños, y en especial el derecho a crear vínculos con su familia extensa, y la voluntad legislativa de fortalecer el derecho a su identidad, conocer y reconocer sus orígenes e identificarse con una historia familiar determinada”⁷¹.

30

El derecho a la identidad aparece como un fundamento determinante para la Corte Suprema, el que es comprensivo de sus orígenes y de la identificación con su propia historia familiar.

Reconocer el interés superior del niño y su derecho a la identidad como único fundamento del derecho de relación directa y regular es adecuado solo si se piensa en un derecho exclusivo de él, pero conduce al riesgo de visualizar a los abuelos como simples instrumentos del interés tutelado. Se ha planteado que la relación debería ser bidireccional, entendiendo por esto la facultad otorgada tanto a abuelos como a nietos para demandar un régimen comunicacional común⁷².

⁶⁹ Así aclarado, entre otras, en CORTE SUPREMA, sentencia de 25 de marzo de 2013, rol 8728-2012.

⁷⁰ Una posición distinta, aunque sin desarrollo ni fundamentación, se sostiene en ESPADA (2015), p. 73.

⁷¹ CORTE SUPREMA, sentencia de 19 de diciembre de 2016, rol 46451-2016.

⁷² El argumento utilizado es el derecho fundamental de los abuelos a tener familia, que ha sido desatendido ante una posible extralimitación en la aplicación del interés superior del niño por parte del legislador. PINOCHET (2017), p. 26.

Se destaca, en este punto, que los abuelos también tienen derechos en las relaciones de familia. A este respecto, resulta pertinente traer a colación que la CIPDHPM, en su art. 7 relativo al derecho a la independencia y a la autonomía, establece que los Estados-partes deben adoptar:

“programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorrealización, el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas”⁷³.

Las relaciones con los nietos son parte de esos importantes vínculos afectivos y familiares que pueden gozar los abuelos, los que deben ser facilitados y promovidos.

Mas allá del tenor normativo, la realidad aplicativa es generalmente inversa a la prevista en la literalidad del art. 299-2 del CC; son los abuelos quienes solicitan la determinación de un régimen comunicacional con sus nietos como un derecho propio a las relaciones familiares, y los nietos no son siempre observados como titulares del derecho que tutela su interés superior, más bien la relación se les suele imponer sin una consulta a su opinión. Parece razonable, entonces, pensar que el derecho tiene que ver con el interés superior del niño, y con el *status familiae* que se genera como efecto derivado de la filiación con los parientes de su padre y madre; aunque corresponde reiterar de inmediato que el derecho de relación con los abuelos es un derecho autónomo, distinto e independiente al que vincula a padres e hijos y no es una prolongación del ‘derecho-deber’ de los padres⁷⁴. Como se afirmó más atrás, el derecho de los progenitores es una manifestación de la autoridad parental o responsabilidad parental; por ello, y sin desconocer el derecho del hijo, constituye para aquellos un derecho propio que pueden reclamar y que, salvo el manifiesto perjuicio al hijo, el juez está obligado a regular, cuestión distinta es lo que sucede con el derecho regulado respecto de los abuelos. En este último caso y pese a la realidad aplicativa, el principal interés protegido es el de los niños; no lo es ni el de los padres, que pueden oponerse a la relación, ni el de los abuelos, que quieren obtenerla.

⁷³ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada el 15 de junio de 2015. Este instrumento tiene por objetivo promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, con el fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

⁷⁴ ACUÑA (2020b).

En palabras de la Corte Suprema:

“Con el actual texto del artículo 229-2 del CC, la relación directa y regular de los abuelos con sus nietos se escinde del marco del derecho-deber de los padres, configurándose como un derecho autónomo cuya titularidad le corresponde a los hijos, con el fin de garantizar el vínculo con sus ascendientes... al no tratarse de una prolongación del derecho-deber de los padres, su tratamiento debe ser independiente al ejercicio del vínculo filial con el progenitor que no ejerce su cuidado, pues se trata de garantizar el derecho del hijo, y no alguna prerrogativa de los abuelos... La prerrogativa de mantener una relación directa y regular con sus abuelos, corresponde a un régimen autónomo y diferente al anterior, en cuanto derecho que le corresponde a los hijos, y no una facultad de los abuelos, no obstante que su regulación judicial se sujeta a los criterios del artículo 229 inciso 3º del Código Civil”⁷⁵.

Más reciente, y modificando su perspectiva previa, la misma Corte ha destacado:

32

“la ley establece el derecho de los abuelos a mantener una relación directa y regular con sus nietos, lo que corresponde a una realidad sociológica, teniendo presente las modificaciones a la legislación en cuanto también se permitió que, por acuerdo o por decisión judicial, se establezca dicho régimen, teniendo siempre presente el derecho de los niños, niñas o adolescentes de mantener una relación directa y regular con sus abuelos, atendido su interés superior, pues, por lo general, es provechoso compartir con éstos y recibir el afecto natural de tal parentesco, considerando la experiencia de vida, colaboración al desarrollo, consolidación de la personalidad y el proceso de autonomía progresiva”⁷⁶.

El cambio de perspectiva viene dado por el reconocimiento implícito de estar frente a dos titulares del derecho, por un lado, los abuelos, a quienes antes la misma Corte les había negado el carácter de titulares y, por otro, los nietos, al reconocerles nuevamente la titularidad de un derecho propio, y dar cuenta de la relevancia de su proceso de autonomía progresiva.

La autonomía progresiva constituye uno de los principios que estructuran el sistema de derechos reconocidos por la CDN, por lo cual, su

⁷⁵ CORTE SUPREMA, sentencia de 19 de diciembre de 2016, rol 46451-16.

⁷⁶ CORTE SUPREMA, sentencia de 30 de junio de 2020, rol 12879-2019.

promoción y respeto se convierten en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos⁷⁷. En la autonomía progresiva, en opinión de la misma Corte Suprema:

“el arraigo resulta ser una piedra o base angular, desde que sobre circunstancias ya asentadas en la forma de vida del infante o adolescente, su entorno, relaciones y vivencias favorables para el desarrollo de su estructura personal, devendrá un continuo vital psíquico y físico que permitirá el gradual y pleno desarrollo como ser humano”⁷⁸.

3. Determinación del régimen de relación con los abuelos

Conforme al art. 229-2 del *CC* el acuerdo constituye la forma por excelencia para la fijación de la modalidad de vinculación entre nietos y abuelos, lo que se incardina adecuadamente –hasta ahí– dentro de una ley (n.º 20680) que en general promueve la búsqueda de soluciones consensuadas a las diversas situaciones familiares que regula. No obstante, la norma no proporciona orientaciones o señalamientos adecuados respecto de quiénes están llamados a ser partes de este acuerdo, sobre su contenido, ni respecto de la oportunidad y forma que debe o puede revestir.

Sobre lo primero son variadas las alternativas que pueden imaginarse, desde un acuerdo entre los abuelos interesados y ambos padres, a uno que considere solo a los abuelos y el padre, madre o tercero que ejerce el cuidado personal. Parece razonable considerar que el acuerdo siempre debe tener como parte a quien ejerce el cuidado personal sin excluir del mismo al padre que tiene regulado un régimen comunicacional con el hijo, porque las diversas relaciones humanas y afectivas del niño contribuyen en su crianza y educación y las decisiones fundamentales sobre tales aspectos son parte de la corresponsabilidad parental⁷⁹ y, por tanto, de inexcusable participación activa, equitativa y permanente de ambos padres (art. 224 del *CC*). Así, no se podría excluir al padre no cuidador, al menos, de emitir opinión. Por cierto, si tal padre abandona al hijo (art. 238 del *CC*); ha sido separado de él por su inhabilidad moral (art. 239 del *CC*), o la filiación ha quedado determinada en su oposición (art. 203 del *CC*), no corresponde que reclame ser parte del acuerdo⁸⁰. Por otro lado, dependiendo de la

33

⁷⁷ CILLERO (1999).

⁷⁸ CORTE SUPREMA, sentencia de 27 de enero de 2022, rol 69668-2021.

⁷⁹ CORTE SUPREMA, sentencias de 11 de julio de 2017, rol 4827-2017 y de 19 de julio de 2017, rol 4951-2017.

⁸⁰ Lo mismo puede decirse respecto del padre condenado por violación, estupro u otros delitos sexuales cometidos respecto de sus hijos menores de edad (o de cualquier menor de edad de que sea pariente, por ejemplo, si es el tío que ejerce su cuidado personal en

edad y grado de madurez del hijo y siendo reconocido para él como un derecho propio, su voluntad debería también ser considerada por sus padres y abuelos al tiempo de adoptar estos acuerdos, en reconocimiento y respeto de su autonomía progresiva. Lamentablemente se trata de acuerdos extrajudiciales privados que quedan sustraídos al control de conveniencia para el nieto.

En cuanto al contenido del acuerdo, si bien en principio, como se ha dicho, esta relación no reviste la misma intensidad que aquella que une a los niños con sus padres, son perfectamente posibles –con las debidas consideraciones– todas las modalidades de vinculación (visitas *stricto sensu*, comunicación *stricto sensu* y pernocta)⁸¹, debiendo hacerse las adecuaciones en cuanto a tiempo y lugar que sean necesarias para que la modalidad que se acuerde no disminuya, afecte o interfiera en la relación padres-hijos, ni en las actividades habituales del niño, como son, por ejemplo, las escolares⁸². En la fijación de estos aspectos se debe prestar especial atención a las circunstancias concurrentes en concreto.

Respecto de la oportunidad y forma de los acuerdos, lo primero que toca decir, es que el legislador no ha considerado la posibilidad de acuerdos de esta naturaleza en el marco de procesos matrimoniales por separación, nulidad o divorcio, como sí acontece en otras legislaciones dentro de las cuales se encuentra la española, donde uno de los extremos posibles del convenio regulador, es “si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos” (art. 90 letra b del CC esp.). Ninguno de los acuerdos de los arts. 21, 27 o 55 de la LMC consideran tal posibilidad. Luego, ya en un plano general, el acuerdo podría alcanzarse con intervención de terceros en el marco de una mediación familiar o ser completamente autogestionado por las partes; en cuyo caso puede ser consensual o revestirse de formalidades si así lo deciden. A diferencia del acuerdo respecto del progenitor no cuidador que requiere formalidades (art. 229 inc. 1.º y art. 225 inc. 1.º ambos del CC), no aparece del art. 229-2 del CC que éste las re-

aplicación del art. 226 del CC), por cuanto, el art. 370 bis del *Código Penal* establece que quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes.

⁸¹ Sobre las particularidades y modalidades de relación véase ACUÑA (2020a), p. 212 y ss.

⁸² El Tribunal Supremo español ha dicho que la legislación no impide la pernocta, pero tampoco la generaliza, pues habrá que estarse a las circunstancias del caso. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 14 de noviembre de 2013, comentada en CHAPARRO (2015), p. 198. En Chile hay autores que estiman que la regla general debiera ser que el régimen entre abuelos y nietos no incluya pernocta o convivencia, por la enorme responsabilidad que implica en aspectos como higiene, seguridad o educación. PINOCHET (2017), p. 28.

quiera, sin perjuicio de lo cual siempre es recomendable emplear algún grado mínimo de escrituración que pueda servir para la acreditación de la existencia del acuerdo y de su contenido concreto en caso de conflicto posterior.

De no existir acuerdo, procede la determinación judicial. En este ámbito, si bien se ha consagrado en el texto de la norma como un derecho del niño, es dudosa la legitimación activa de este para demandar su establecimiento y en muchos casos será imposible que lo haga por medio de su representante legal (padre o madre), por ser, justamente este quien se opone a tales relaciones. Por ello, alguna doctrina ha afirmado que este derecho es más bien un derecho de los abuelos, pues son estos quienes deberían instar convencional o judicialmente para mantener trato con sus nietos⁸³. Sin embargo, parece más apropiado entender que tanto los nietos como los abuelos tienen legitimación activa para demandar el establecimiento del derecho de relación. La legitimación del niño queda de manifiesto por el tenor literal de la norma; la de los abuelos no puede ser desconocida sobre la base de tal tenor, por cuanto se encuentra amparada tanto en sus propios derechos humanos conforme a la CIPDHPM, como en la historia fidedigna del establecimiento del art. 229-2 del *CC*, que da cuenta de la consideración legislativa del derecho de los abuelos⁸⁴.

Hay una serie de situaciones ambiguas respecto de la determinación judicial de la modalidad de régimen. Primero, aunque la LTF establece que las causas relativas al derecho de los padres y los hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, deben ser sometidas a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda (art. 106 de la LTF), no se pronuncia respecto de igual necesidad para el derecho entre nietos y abuelos; en la práctica, sin embargo, esta misma exigencia se hace cuando demandan los abuelos. Satisfecho ese requisito y con el acta de haberse frustrado la mediación, el abuelo podría interponer su demanda en el tribunal. Segundo, no es claro en contra de quién se interpone la demanda; sin duda debe ser contra el padre y/o madre que ejerce el cuidado personal del hijo (o el tercero en el caso del art. 226 del *CC*), pero en aplicación de la corresponsabilidad parental, debiera serlo también respecto del padre no cuidador, por las razones explicadas más atrás. Tercero, no queda claro de la norma si la fijación de un régimen comunicacional por el juez requiere petición de parte o es posible que sea declarado de oficio (como procede respecto del padre no cuidador); por ejemplo, cuando esté conociendo de otro tipo de acción entre las partes,

⁸³ RODRÍGUEZ (2017), p. 337.

⁸⁴ *Historia de la Ley n.º 20680*, pp. 508, 558, 571 y 673, entre otras. Disponible en www.bcn.cl [fecha de consulta: 10 de junio de 2021].

como una causa de cuidado personal reclamado por los abuelos que en definitiva es rechazada, o en una de alimentos en contra de los abuelos.

El art. 229-2 del *CC* contiene una mirada legislativa favorable a las relaciones abuelos-nietos al reconocerlas como un derecho; en función de ello, en general se concederán por el juez tales relaciones. Ahora bien, como tiene un valor preferente el interés superior del niño, el juez tiene mayor discrecionalidad para evaluar su pertinencia, pudiendo denegarlo cuando no parezca conveniente para aquel (“...el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo”). Los padres podrán probar que la vinculación con los abuelos no es beneficiosa para el nieto o que es derechamente perjudicial y el juez, apoyado en informes expertos, la opinión del propio niño y las demás pruebas del proceso, deberá analizar y construir el interés de este conforme a su edad; la vinculación afectiva que tenga con el abuelo peticionario; el régimen de cuidado personal que se haya acordado o determinado y cualquier otro elemento de relevancia en consideración a su interés superior (criterios del art. 229 del *CC* a los que se remite el art. 229-2 del *CC*). De tales elementos o factores particular centralidad se debiera dar a la opinión del niño, tanto porque permite construir su interés superior como porque es una forma de concretar su autonomía progresiva y le otorga cierto protagonismo respecto de un derecho que le ha sido legalmente reconocido.

36

La discrecionalidad del juez también se concreta en la determinación del específico régimen, para lo cual, lo mismo que el acuerdo, se admiten ampliamente las diversas modalidades de relación, debiendo atender a las circunstancias concurrentes, sin afectar otros derechos del niño y las responsabilidades parentales.

El juez puede, asimismo, modificar o revocar el régimen que estuviere vigente con los abuelos, cuando de forma sobrevenida se afecte el interés del nieto. Esto último no ha quedado expresamente establecido en la norma. Para respaldar esta atribución judicial se puede recurrir a dos vías de derecho sustantivo⁸⁵: por un lado, a la aplicación analógica del inciso final del art. 229 del *CC*, conforme al cual, el ejercicio del derecho puede suspenderse o restringirse cuando manifiestamente perjudique el bienestar del niño⁸⁶, lo que se debe declarar en la sentencia respectiva; por otro, se podría hacer uso de la norma general contenida en el art. 242 del *CC*, que permite al juez revocar sus resoluciones sobre estas materias por la

⁸⁵ Sin perjuicio, además, de la separación o suspensión del régimen en aplicación de una medida de protección en casos graves y urgentes, conforme a la LTF.

⁸⁶ Lo propio aparece en el art. 9 de la CDN respecto de la relación con los padres. La contrariedad con el interés superior del niño amerita la limitación o restricción del derecho de relación.

cesación de la causa que haya dado motivo a ellas (interés y beneficio del niño), y también posibilita que modifique o revoque, en todo caso y tiempo, sus resoluciones si sobreviene motivo justo y se cumple con los requisitos legales, para cuyo efecto debe atender, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tener debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Cualquiera sea el caso, el criterio primordial expreso para adoptar una decisión de esta naturaleza es el interés del niño.

4. Algunas implicancias de la determinación de un régimen de relación con los abuelos

Se ha afirmado líneas atrás que el derecho de comunicación entre abuelos y nietos existe con plena autonomía respecto a la relación paterno-filial, pero de un modo compatible con ella, lo que acarrea algunas consecuencias. Si bien el establecimiento de una modalidad de relación no autoriza a los abuelos a inmiscuirse en el ámbito de la autoridad o responsabilidad parental, no es menos cierto que supone un cierto límite a su ejercicio⁸⁷ por el deber correlativo del o los padres que ejercen el cuidado personal de respetar y garantizar su ejercicio en atención al bienestar de sus hijos. El legislador nada expresa sobre el particular, pudiendo estimarse que al cuidador le asiste el mismo deber de no obstaculizar, consagrado en el art. 229 inc. 5.º del *CC*, porque ello es demostrativo de su preocupación fundamental por el interés superior de sus hijos (art. 222 del *CC*).

Tal silencio contrasta con el modo en que otras legislaciones asumen este punto. El segundo párrafo del art. 317 bis del *Código Civil* italiano establece que cuando a un abuelo se le impida el ejercicio del derecho a relacionarse con su nieto, puede solicitar al tribunal que adopte las medidas más apropiadas en el interés exclusivo del niño⁸⁸. Los arts. 555 y 645 del *CCyC*, adoptan un criterio positivo al señalar que los que tienen a su cargo el cuidado del niño deben permitir la comunicación con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado, al mismo tiempo que afirma que los progenitores deben respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo

⁸⁷ COLÁS (2005), p. 43.

⁸⁸ A diferencia del art. 229-2 del *CC*, la disposición italiana no regula el derecho del niño, sino el de los ascendientes a las relaciones significativas con ellos. *Código Civil* italiano, art. 317 bis: “Gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. L’ascendente al quale è impedito l’esercizio di tale diritto può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell’esclusivo interesse del minore. Si applica l’articolo 336, secondo comma”.

afectivo. En el derecho español se exige justa causa para impedir las relaciones abuelos-nietos (art. 160 del *CC* esp.), entendiendo la doctrina que se ha de tratar de un perjuicio grave, que pueda poner en peligro el libre desarrollo de la personalidad del niño (como, por ejemplo, tratar de enfrentarlo con el progenitor custodio), y no de situaciones que pueden incomodarlo, pero que no sean de una entidad suficiente; asimismo, el perjuicio ha de ser actual, esto es, real, y no meramente potencial. Por otro lado, el simple testimonio desfavorable del niño, basado en criterios de egoísmo o capricho, se estima que no podría considerarse como justa causa impeditiva de la relación con sus abuelos⁸⁹. En caso de oposición, el juez, a petición del nieto o de los abuelos, debe resolver atendidas las circunstancias, cuidando que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los niños con alguno de sus progenitores.

Dos cuestiones destacan de los ordenamientos citados. Por un lado, que las relaciones entre abuelos y nietos no solo se aceptan, sino que se promueven y protegen. Por otra parte, al menos en la norma española, se otorga protagonismo al niño para recurrir el juez en caso de impedimento u oposición a tales relaciones.

38

El Tribunal Supremo español ha pasado de criterios flexibles a otros más estrictos. En 2013 señaló:

“rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor”,

y que la justa causa que requiere el art. 160 del *CC* esp. no se define y “debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar”. En la causa en comento, el Tribunal observó:

“la sentencia recurrida ha considerado justa causa el distanciamiento y las malas relaciones existentes en la actualidad entre la madre y la abuela de la menor cuya visita se demanda por cuanto supone que existe un riesgo cierto de que incidan y trasciendan a la menor, que se encuentra en edad infantil..., se desconoce si tal afirmación responde o no a una realidad concreta, pues nada se argumenta en la sentencia sobre el cómo y el por qué estas malas relaciones pueden influir negativamente sobre la nieta. La justa causa para negar

⁸⁹ CHAPARRO (2015), pp. 204-205.

esta relación se establece de una forma simplemente especulativa puesto que ningún episodio se concreta para ver si responde a una realidad que pueda servir de argumento para eliminar este derecho que no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor. Y a la vista de ello, debe concluirse que en la valoración de este hecho, la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta, sino en abstracto, este interés, primando por el contrario el de su madre”;

en razón de ello se anula la sentencia recurrida⁹⁰. Se deja así sentada la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, solo por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, o por las malas relaciones existentes entre la progenitora y su madre, abuela de la niña, cuando no afectan al interés de los niños, como ocurría en la causa en comento.

Sin embargo, en resolución de casación 2019, el mismo tribunal niega al abuelo materno el derecho de relacionarse con sus nietos, que había sido declarado por el tribunal de grado en 2017 –en oposición de ambos padres–, consistente en una visita mensual de una hora en un punto de encuentro familiar en modalidad de tutela con supervisión. En esta oportunidad el Supremo estimó:

“no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así –por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores– para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”.

Conforme a los hechos probados existía entre los adultos una dinámica relacional basada en el conflicto y nulo contacto entre los nietos y los abuelos⁹¹. El examen de casos recientes que han sido resueltos por el Tribunal Supremo español ha llevado a alguna doctrina a cuestionar, desde la óptica del interés superior de los niños implicados, las normas legales que dispensan a los abuelos un trato especial o privilegiado, ya que ello desvirtúa la imparcialidad del sistema legal a la hora de dilucidar si, y con qué alcance, debe imponerse coactivamente un derecho de los abuelos; más bien se sugiere poner un mayor énfasis en la necesidad de someter las pretensiones de los abuelos al examen de qué beneficio real tendrá el contacto solicitado desde la óptica del interés superior del nieto, por cuanto

⁹⁰ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 24 de mayo de 2013.

⁹¹ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 25 de noviembre de 2019.

una adecuada motivación debe proporcionarse siempre para cumplir con los estándares que requiere la protección del interés superior del niño⁹².

En este punto resulta interesante la resolución de 2020 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que revoca la sentencia del Tribunal de Familia que había rechazado la demanda de la abuela paterna de mantener relación directa y regular con su nieto de cinco años. Se basó la Corte en la consideración prioritaria del interés superior del niño desde dos perspectivas: por un lado, en el beneficio para su desarrollo psico-afectivo al mantener contacto con su abuela y, por otro lado, en la no observación de factores de riesgo; por lo cual acogió la demanda, pero no en los términos ni con la amplitud solicitada por la abuela, atendida la corta edad del nieto⁹³. Conforme a esa acertada resolución, no solo es necesario evidenciar en el proceso la ausencia de riesgo, sino, también, la conveniencia para el niño de las relaciones con sus abuelos (lo mismo sucede con otros parientes). Si bien la conveniencia podría estimarse considerada en la letra de la ley –en específico en el art. 229-2 del *CC*–, y con ello sostenerse que el juez no requiere indagar la conveniencia, sino que se debe limitar a descartar riesgos, lo cierto es que cuando de niños se trata, el juez tiene una función tutelar activa que conlleva su deber de analizar todas las circunstancias concurrentes y, luego, ponderar y construir el interés superior de aquellos en el caso particular, lo que no se satisface con mencionar de modo general la conveniencia del régimen. De ello también se puede concluir –como se dijo más atrás– que el derecho de los abuelos no es absoluto, ni resulta prioritario su interés.

En otro orden de ideas, hay que aclarar que la situación de los alimentos a que puedan estar subsidiariamente obligados los abuelos ante la falta de pago o insuficiencia de los alimentos que deben pagar los padres, conforme al art. 232 del *CC* y 3.º inc. final de la Ley n.º 14908, es independiente de la determinación y ejercicio del régimen comunicacional entre nietos y abuelos. Al igual que en la relación paterno-filial, no cabe condicionar el ejercicio del derecho al cumplimiento de otros deberes u obligaciones, como la obligación de satisfacer subsidiariamente los alimentos de los nietos.

La compatibilidad entre las relaciones padres-hijos y las de abuelos-nietos tiene que ver, además, con la necesidad de que estas últimas no afecten a las primeras, pues no se puede privilegiar la vinculación con los abuelos en desmedro de la relación del niño con sus padres⁹⁴. La extensión y modalidad del régimen que se fije con los abuelos debe considerar las

⁹² RIBOT (2021) pp. 1745 y 1748.

⁹³ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de 20 de enero de 2020, rol 1251-2019.

⁹⁴ CORTE SUPREMA, sentencia de 30 de junio de 2020, rol 12879-2019.

particularidades del nieto, lo que incluye el régimen comunicacional que pueda estar regulado con algunos de sus padres, los espacios disponibles de tiempo para compartir con el progenitor cuidador, que muchas veces en días de semana son reducidos por colegio y trabajo; la vinculación con los restantes miembros de su familia extensa; la edad y su proceso de desarrollo vital que requiere del descanso necesario, entre otros factores. No tener presente todas estas cuestiones implica desconocer su bienestar emocional y la exigencia de fortalecer la relación prioritaria con sus progenitores.

Finalmente, el legislador no se pronuncia por la situación que se produce cuando el niño tiene interés en la relación y son los abuelos quienes no desean vincularse, posiblemente por ser poco probable que así ocurra. De suceder, se estaría frente a un escenario complejo, no tanto por las cuestiones procesales implicadas –que las hay, pero no viene al caso abordar aquí–, sino por la dificultad de obligar a los abuelos a tener contacto o querer a su nieto. A diferencia de lo que ocurre con los padres, la ley tampoco ha previsto sanciones o consecuencias particulares ni para el abuelo que no quiere relacionarse desde un inicio y se opone a la fijación de un régimen, ni para aquellos que incumplen un régimen ya establecido⁹⁵. Salvo las medidas de apremio que se pueden imponer en general a quien incumple una resolución judicial, no es posible extender en estos casos a los abuelos la aplicación de las sanciones o consecuencias jurídicas referidas al padre incumplidor, pues se trata de sanciones civiles que se justifican por los deberes legales que tienen los progenitores derivados directamente de la filiación, por lo que exigen una aplicación restrictiva.

41

5. Interferencia negativa de los abuelos en la relación paterno-filial

Aunque se afirmó –y así es en la mayoría de los casos–, que la relación con los abuelos es importante para los niños que no viven con ambos padres, porque contribuye en su desarrollo armónico y equilibrado, se debe advertir que, en ocasiones, los abuelos (y otros miembros de la familia ampliada) no satisfacen el interés superior del niño, sino que lo violentan. Se trata de situaciones de menor ocurrencia, pero a las cuales hay que pres-

⁹⁵ Recuérdese que respecto del padre incumplidor titular del derecho de relación la LM contempla sanciones específicas: la suspensión del derecho cuando el progenitor deja de cumplir, injustificadamente, la forma convenida para el ejercicio del derecho o la establecida por el tribunal (art. 48 inc. 4.º de la LM) y la pérdida del derecho a autorizar la salida del hijo fuera del país, habilitando –en consecuencia– al padre o madre que la haya requerido y que tenga al hijo a su cuidado para salir del país con él en distintas ocasiones dentro de los dos años siguientes a la autorización (art. 49 bis de la LM).

tar atención por la afectación que pueden acarrear a los derechos del niño y, en ocasiones, a los derechos de alguno de los padres (cuidador o no cuidador). La revisión de un caso, que llegó en casación al conocimiento de la Corte Suprema, servirá para ilustrar las interferencias negativas.

Conforme a los hechos establecidos por la judicatura del fondo, sobre la base de informes expertos, la abuela materna una vez fallecida su hija (en 2017) se hizo cargo de la nieta de cuatro años de edad –en ese momento– y desarrolló un sistema correctivo hacia su nieta, basado en el castigo por restricciones y un control basado en la estricta supervisión, desconfianza hacia terceros y sobreprotección. Mantuvo una negativa a que la niña se relacionara con su padre y a que este asumiera el cuidado personal de ella, provocando en la niña una interferencia, devaluando la figura paterna e interiorizando un padre hostil y agresivo sin justificaciones desde lo concreto. La percepción de la figura paterna por parte de la niña se fue deteriorando conforme pasaba el tiempo a cargo de su abuela materna, hasta llegar a la descompensación en el colegio por exacerbado temor hacia él. El Tribunal de Familia concedió el cuidado personal a la abuela sin haberse probado inhabilidad del padre conforme a las exigencias de los arts. 226 del *CC* y 42 de la *LM*; la Corte de Apelaciones respectiva confirmó tal decisión.

42

La Corte Suprema, en un extenso desarrollo analítico y argumental, tuvo presente que en la causa no se acreditó que la conducta del padre se enmarcara en alguna de las hipótesis de inhabilidad del art. 42 de la *LM*, ya que el papel pasivo que adoptó mientras la niña se mantuvo a cargo de la abuela, no fue lo que principalmente causó el rechazo de la niña, que es solo el síntoma del daño en el vínculo paterno-filial conseguido dada la interferencia de la familia materna, y señala:

“yerra la sentencia impugnada cuando entiende que ‘no resulta necesario acreditar alguna de las causales de inhabilidad del artículo 42 de la Ley N° 16.618 para privar a un padre del cuidado personal de su hijo (...)’, a pesar de lo que dispone el artículo 226 del Código Civil, basada en que ‘(...) el tenor imperativo del artículo 224 del Código Civil respecto de los deberes que deben cumplir los padres en el ejercicio del principio de corresponsabilidad debe tener aparejado como sanción en caso de incumplimiento de tales obligaciones la posibilidad de privar a ese padre o madre del cuidado personal (...)’, aplicando esa interpretación normativa para resolver el asunto sometido a su conocimiento. La sentencia reprocha al padre demandado no haber participado ‘de manera alguna’ en la crianza y educación de su hija, delegando sus responsabilidades en la abuela y familia materna de la niña, a partir del mo-

mento en que comenzó a vivir con ellos, a la edad de 4 años, y no haber ejercido ninguna acción judicial para revertir la situación y participar en la vida de su hija, que no sea la de entrega inmediata que solicitó tiempo después de haber dejado de ejercer su cuidado personal; sin embargo, parece olvidar los hechos que el fallo dio por establecidos y que dan cuenta de la conducta sistemática de la abuela materna y su entorno familiar para interferir en la relación de la niña con su padre, controlando en todo momento la forma en que se desarrollaba esa relación, y entregando información que fue generando el rechazo de ésta hacia su padre, lo que la sentencia estima ‘es sólo el síntoma del daño en el vínculo paterno filial, pues ello fue conseguido dada la interferencia de la familia materna’, descartando que dicha reacción hubiera provenido de la actitud pasiva del padre mientras la niña permaneció bajo el cuidado de la abuela”.

Agrega la Suprema, citando normas y doctrina especializada, respecto de la sentencia del Tribunal de Familia:

“no es posible fundar la privación del cuidado personal del padre en la transgresión del principio de corresponsabilidad y, a la vez, entender que entregarle el cuidado personal de la niña a quien ha obstaculizado el relacionamiento con su padre, resulta conveniente para su interés superior”.

43

En el considerando séptimo de la sentencia de casación señala:

“dada la gravedad de los hechos establecidos, el foco debió ponerse en el interés superior de la niña, que, en el caso específico, implicaba tomar las medidas tendientes a restablecer su derecho a tener un vínculo paterno y a reparar el daño que se le ha ocasionado en ese aspecto vital de su existencia, teniendo en especial consideración que sufrió la pérdida de su madre”.

A lo que añade:

“...un comportamiento inadecuado en ese sentido, como el reprochado a la abuela y su núcleo familiar por la sentencia, debió considerarse negativamente a la hora de construir el interés superior de la niña, no siendo suficiente la referencia general y abstracta de que la abuela y su núcleo familiar han ‘asegurado la mayoría de los derechos de la niña’. Nótese, además, que según la norma citada ‘la estabilidad’ del hijo o hija pasa por asegurarle una buena comunicación

o vínculo con ambos padres, por lo que ‘mantener la situación actual’ de... para no afectar su estabilidad no parece cumplir esos estándares, más aún si se considera que la madre de la niña falleció y ella tiene aún su duelo pendiente”.

Se comparte el criterio de la Corte, en cuanto, en este caso, había quedado en evidencia que la influencia de la abuela era negativa –a diferencia de las situaciones generales–, y estaba generando un manifiesto perjuicio a la niña y a su interés superior, impidiendo que se mantuviera el vínculo familiar fundamental entre padre e hija por medio de contactos periódicos y estables. Al mismo tiempo, esa interferencia privaba al padre de la posibilidad de ejercer su responsabilidad parental.

La Corte Suprema acogió el recurso de casación interpuesto por el padre, invalidó la sentencia del Tribunal de Familia, ordenó la entrega inmediata de la niña por la abuela al padre y fijó un régimen entre la niña y su abuela. Se señala en la sentencia de reemplazo:

44

“la gravedad de la conducta acreditada de la abuela materna y su entorno familiar, tendiente a desvincularla de su padre, aportándole información inadecuada en detrimento de su figura, y que ésta ha asumido como real, con el consiguiente daño en el vínculo paterno filial, y en circunstancias que perdió a su madre y mantiene un proceso de duelo no resuelto, impide considerar que la ausencia del padre constituya una causal de abandono susceptible de ser encuadrada en alguna de las hipótesis de inhabilidad que prevé el artículo 42 de la Ley N° 16.618 y, por el contrario, se aprecia como un motivo suficiente para promover el restablecimiento de la relación del demandado con su hija, por lo que la demanda de cuidado personal habrá de ser desestimada”.

Merece ser destacada de la sentencia de reemplazo la atenta mirada al interés superior de la niña en todo momento, con la finalidad de evitarle mayores perjuicios a los ya sufridos (muerte de la madre e impedimento por largo tiempo a la vinculación con el padre), lo que se concreta en la necesidad de mantener un régimen relacional con la abuela, cuya abrupta separación, más que castigo a la abuela por su reprochable comportamiento, hubiera significado una afectación a la nieta. Señala la sentencia a este respecto:

“no obstante el rol negativo desempeñado por la abuela, tendiente a separar a la niña de su padre, lo cierto es que existe un vínculo afectivo forjado a través del largo tiempo en que mantuvo su cuidado, habiendo sido establecido que la niña la refiere como una figura

significativa..., por lo que resulta necesario mantener esta vinculación, motivo por el cual se establecerá un régimen amplio de relación directa y regular, que se podrá ir ajustando conforme evolucione el nuevo régimen de cuidado personal de la niña”⁹⁶.

Por último, toca recordar que el interés superior del niño exige la valoración judicial tanto del beneficio como de la ausencia de riesgos de las relaciones con los abuelos, y puntualizar que, frente a una interferencia negativa por parte de éstos en ejercicio de la relación, el juez puede adoptar como medida cautelar cuando se vulneran los derechos del nieto, la suspensión del ejercicio, ya sea que la modalidad haya sido establecida por resolución judicial o no (art. 71 letra e) de la LTF).

VI. SITUACIÓN RESPECTO DE OTROS PARIENTES O PERSONAS NO PARIENTES EN EL DERECHO CHILENO

1. Regulación legal respecto de parientes distintos a los abuelos

El derecho de relación directa y regular con los abuelos consagrado en el *CC* no afecta la norma general contenida en el inciso final del art. 48 de la *LM*, que no fue modificada por la Ley n.º 20680 en el año 2013; por tanto, sigue operativa la posibilidad de regulación de visitas a favor de parientes del niño. Se trata de una norma muy distinta a la del artículo 229-2 del *CC*, porque no se consagra el derecho del niño a relacionarse con parientes y tampoco un derecho de estos a relacionarse con aquel, sino, más bien, una mera facultad judicial. Dispone la norma:

“El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar”.

Se observa que tratándose de parientes, existen notables diferencias respecto de la regulación referida a los abuelos: primero, como ya se anticipó, no existe un derecho propiamente tal, sino la posibilidad de peticionar y un amplio poder del juez para el establecimiento de una modalidad de visita o para su denegación; segundo, no se ha reconocido en la ley la posibilidad de recurrir a la vía convencional para su establecimiento, solo el juez pue-

⁹⁶ CORTE SUPREMA, sentencia de 08 de junio de 2020, rol 10537-2019.

de establecer con total amplitud y libertad la forma y condiciones de las visitas; tercero, en caso de perjuicio al niño las medidas judiciales parecen más drásticas que aquellas que pueden operar respecto de los padres o abuelos, por cuanto el legislador se refiere a la restricción de las visitas, que supone un tipo de limitación, y a la supresión, esto es, a una privación definitiva, permanente y radical⁹⁷.

Junto con lo anterior, el aspecto más destacado de estas diferencias deriva de la denominación ‘visitar’ que emplea el inc. final del art. 48 de la LM, al dar cuenta de un vínculo de contenido y sustancia notoriamente inferior a aquel que se reconoce a padres y abuelos, lo que no es atribuible a la antigüedad de la norma que fue modificada en 2001, y cuyo inciso primero refiere a la relación directa y regular con el padre no cuidador, y los incisos siguientes reconocen su carácter de derecho. El inciso final solo contempla la posibilidad de establecer la forma y condiciones para que los parientes ‘visiten’ al niño, es decir, una exigua expresión del derecho a relacionarse que excluiría la convivencia temporaria y la pernocta, cuya ampliación solo se posibilita en virtud del otorgamiento excepcional del cuidado personal a tales parientes en aplicación del art. 226 del CC.

Por otro lado, corresponde al interesado probar la ventaja que reporta al niño el régimen de visita que se solicita, lo que representa otra gran diferencia con el derecho de los abuelos, que al venir fijado por ley como un derecho del niño presupone su beneficio, se subentiende la conveniencia y –en principio– esta no debe ser probada, correspondiendo a quien se opone a que se determine una modalidad de relación acreditar que resulta perjudicial para el niño, por cuanto un derecho de este solo cede cuando su interés superior así lo reclama. Ya se advirtió, en todo caso, que siempre toca al juez evaluar la conveniencia para el niño y la ausencia de riesgos.

En el art. 48 inc. final de la LM, en cambio, la posibilidad de fijar un régimen de visita para parientes está condicionada desde un inicio; el juez solo lo fijará “cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor”, lo cual exige prueba concreta de conveniencia, no de una hipotética ventaja, sino de una ventaja ostensible, evidente, cierta. El juez puede, de oficio, ordenar que se acompañen las pruebas que resulte necesario producir en atención al conflicto familiar (art. 29 inc. final de la LTF).

Los aspectos anteriores dejan ver que en el ordenamiento jurídico chileno los vínculos del niño con parientes tienen para el legislador un carácter más bien excepcional, a diferencia de los sistemas que se han comentado

⁹⁷ Respecto del derecho de relación directa y regular con el padre/madre no cuidador, el legislador ha previsto en el inc. final del art. 229 del CC, solo la posibilidad judicial de suspender o restringir el ejercicio del derecho, cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que se debe declarar fundadamente en la sentencia.

más atrás, y de lo que pretenden las normas internacionales de protección de la infancia, en cuanto al reconocimiento del derecho a la vida familiar y a una interpretación amplia del término ‘familia’, a que se ha hecho alusión.

En cuanto a los sujetos a quienes se refiere la norma, como el empleo de la voz ‘parientes’ se hace sin distinción, debe entenderse comprensivo tanto de las personas que están unidas por lazos de consanguinidad en cualquiera de sus grados y líneas (art. 28 del *CC*), como a quienes se vinculan a él por afinidad, en los términos de los arts. 31 del *CC* y 4.º de la Ley n.º 20830.

El juez, antes de decidir si establece o no estas visitas, está obligado a oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del niño, en caso de ser distinta de sus padres conforme al art. 226 del *CC*. No está obligado a respetar la opinión o voluntad de estas personas, pero sí a oírlas⁹⁸. Esta exigencia legal no distingue si los padres conviven y, por tanto, ambos ejercen el cuidado personal de su hijo, o si viven separados y existe un régimen de cuidado compartido o unilateral.

2. Exclusión legal del derecho de relación o de visitas con personas no parientes

El legislador nacional no regula la posibilidad de regímenes de comunicación del niño con personas no parientes; no se contempla derecho comunicacional o de visita respecto de terceros no parientes con los cuales exista un particular vínculo, una previa relación de hecho afectiva permanente o estable, como sucede con bastante amplitud en ordenamientos que tradicionalmente sirven de referentes normativos, dentro de ellos, y como ya se comentó, el caso de España que se refiere a los allegados.

El art. 48 de la LM deja de manifiesto el privilegio legislativo de los vínculos biológicos por encima de los afectivos o, incluso, de la integridad psicofísica de un niño; lo cual no es un dato aislado, pues dentro de los propios vínculos biológicos el legislador privilegia la cercanía formal del vínculo antes que una comprobada relación o existencia de cercanía efectiva o de afecto, como queda en evidencia en el art. 226 inc. 2.º del *CC*, en materia de cuidado personal atribuido a persona distinta de los padres inhábiles, y en el art. 367 del mismo cuerpo legal, que establece una lista de prelación de los llamados a ejercer la tutela o curaduría legítima del pupilo, con directrices obligatorias para el juez, que privilegian a los abuelos antes que a los hermanos, en caso de faltar ambos padres, aun cuando los hermanos tengan una vinculación más estrecha y estable⁹⁹.

⁹⁸ ACUÑA (2018), p. 296.

⁹⁹ El Tribunal Constitucional en abril de 2016 se pronunció sobre esta última norma, afirmando que en el caso concreto (hermanas cuyos padres habían fallecieron y que habían

Se trata de normas que dan preeminencia o exclusividad, en otras palabras, a los lazos familiares más tradicionales. El interés superior del niño, sus derechos y desarrollo afectivo, son conceptos posteriores y extraños a los arts. 48 del LM y 367 del CC; más aún lo es la construcción del interés superior de aquel sobre la base del afecto.

En general, el recurso a la valoración de las relaciones afectivas no está presente en la letra de la ley nacional; incluso cuando se trata de medidas de protección que puedan implicar la separación del niño, niña o adolescente de sus padres para salvaguardar sus derechos, el juez debe preferir a los parientes consanguíneos o a otras personas –incluso no parientes– con quienes tenga una relación de confianza (arts. 71 letra b y 74 de la LTF⁹⁹); lo cual evidencia que el legislador prefiere poner el acento en la seguridad, antes que en el afecto.

En los ordenamientos jurídicos que se examinaron, cuando se reconoce el derecho del niño a relacionarse con personas distintas de sus parientes, la acreditación del afecto o de la vinculación afectiva previa, estable y perdurable, es fundamento suficiente.

La situación de la legislación chilena desconoce modelos familiares de creciente desarrollo como son las familias reconstituidas –formalizadas o no– con hijos no comunes, donde personas que no tienen lazos de parentesco tradicionales crean vínculos afectivos, disociando los lazos conyugales y las relaciones filiales. En estas familias ya no coinciden lo legal, lo biológico y lo social¹⁰⁰. En torno a los niños existen en estas familias diversas personas y todas de algún modo contribuyen en su ciclo vital, socialización y desarrollo de su personalidad. Si esa familia reconstituida posteriormente se modifica, el que fue padre de afecto, padre social o progenitor afín

quedado en los hechos al cuidado de un hermano mayor, y cuya tutela era solicitada por el abuelo con quien casi no habían tenido vinculación familiar) la aplicación del art. 367 del CC tiene efectos inconstitucionales al afectarse la garantía de igualdad ante la ley y la integridad psíquica de las niñas. Respecto de esta última garantía se señala: “la posibilidad de que cambie su entorno familiar y que se corten los lazos familiares y afectivos que han construido con quien las ha cuidado desde que han quedado huérfanas, menoscaba su integridad psicológica y el desarrollo pleno de sus capacidades hacia el futuro”. Lamenta el tribunal que las normas no otorguen al juez la flexibilidad necesaria para ponderar la situación. Se acoge el requerimiento de inaplicabilidad del Tribunal de Familia de Pudahuel. En prevención, la ministra Marisol Peña hizo presente la necesidad de visualizar que, además, la aplicación del art. 367 del CC genera una infracción al art. 5.º inc. 2.º de la Constitución Política por no promover un derecho esencial de los niños (su interés superior y bienestar conforme al art. 3.º de la CDN), garantizado en un tratado internacional ratificado y vigente. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 12 de abril de 2016, rol 2867-15-INA. La sentencia, que tuvo votos en contra, fue objeto de críticas por mezclar reglas, criterios y principios del cuidado personal con las normas de tutela, no obstante, es útil para ilustrar la necesidad de interpretar y aplicar las normas articuladas con los principios y derechos del niño.

¹⁰⁰ RIVAS (2012), p. 30. También véase PUENTES (2014), p. 61.

–como también se le suele denominar¹⁰¹–, los hijos de ese padre (y otros familiares de esa persona) con quien el niño ha convivido sin tener nexo biológico o parentesco alguno, pueden seguir siendo relevantes en su vida e identidad socio-afectiva, por lo cual, el establecimiento de alguna modalidad de comunicación puede ser importante en atención a su estabilidad y desarrollo, siempre previa valoración judicial de la conveniencia y beneficio para el niño y de la ausencia de riesgos.

Este silencio legislativo ha influido en decisiones judiciales. Aunque el caso no es exactamente igual a las situaciones que se comentaron, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2019 sirve para graficar la situación. La Corte confirmó la sentencia apelada del Tribunal de Familia que había rechazado la demanda de regulación de una relación directa y regular interpuesta por una mujer respecto de la hija de su exconviviente civil con quien no tenía vínculo filiativo, demanda que se fundaba en la existencia de parentesco derivado del acuerdo de unión civil que había terminado y de una vinculación significativa con la niña. La Corte razonó sobre la titularidad del derecho y con base en lo dispuesto en los arts. 229 y 229-2 del CC, 48 de la LM y 9 de la CDN concluyó: “son legitimados activos del derecho deber de relación directa y regular el padre, madre, abuelos, parientes e hijos”, aclarando, además, sobre el parentesco alegado por la demandante que:

“el vínculo que existe entre los convivientes es eminentemente transitorio, así se lee del artículo 1º de la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil...”

y con énfasis en el art. 4.º de dicha ley, expresó:

“sobre el parentesco por afinidad que entre un conviviente civil y los consanguíneos de la persona con la que está unida por un acuerdo de unión civil existirá mientras éste se encuentre vigente”.

Respecto de la existencia de vínculo significativo la Corte precisó:

“no posee *per se* la cualidad para adquirir un derecho subjetivo familiar, como el derecho deber de relación directa y regular, el que resulta ser de reserva legal”¹⁰².

¹⁰¹ El art. 672 del CCyC denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal de un niño o adolescente. La normativa le asigna deberes específicos de cooperación en la crianza y educación mientras dura la convivencia, sin perjuicio de lo cual se reconoce la subsistencia de ciertos deberes aun cesado el vínculo conyugal o la relación de convivencia (art. 676 del CCyC).

¹⁰² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 15 de noviembre de 2019, rol 1669-2019.

3. Ampliación judicial de la relación del niño con parientes y no parientes

Los tribunales, en aplicación del interés superior del niño, que concretan en su desarrollo emocional y en los afectos creados por relaciones de hecho subyacentes, han tenido demostraciones en el último tiempo de una mirada más amplia de aquella que resulta del estrecho marco legal del art. 48 inc. final de la LM, abriendo la puerta a regímenes más extensos y profundos que las simples visitas previstas para parientes, o a regímenes con personas no parientes en ausencia de texto legal. Dos sentencias recientes son útiles para ilustrar la situación.

En causa con sentencia de 2019, se da cuenta de que, en virtud de una conciliación voluntaria, la niña había quedado al cuidado del tío abuelo materno y de la pareja de este por aproximadamente un año y medio, debido a que la madre debía realizar una práctica profesional en otra ciudad y tenía otro embarazo; posterior a ello el tío demandó el cuidado personal, el que fue concedido en primera instancia, pero revocado en apelación. No obstante, la Corte de Apelaciones de San Miguel, entendiendo que:

50

“la niña de autos tiene una relación afectiva importante con el demandante y su pareja, quienes han ejercido sus cuidados en este último tiempo en forma adecuada y teniendo presente también el interés superior de la niña y el resguardo del vínculo afectivo formado con el actor y su familia cercana”,

procedió a fijar de oficio un régimen de relación directa y regular con estos, régimen correspondiente a fin de semana por medio, retirando a la niña desde el hogar materno el día sábado a las diez horas y reintegrándola en el mismo lugar el día domingo a las diecinueve horas; lo anterior, sin perjuicio del mayor rango de contacto que las partes pudieren acordar¹⁰³.

La sentencia es digna de ser brevemente comentada por varias razones: partiendo por la adopción de oficio por la Corte de una decisión no pedida, pues el tío y su pareja estaban disputando a la madre el cuidado personal de la niña. La posibilidad de resolver de oficio un régimen comunicacional aparece contemplada en el ordenamiento solo respecto del padre que no tiene el cuidado personal, tanto en el inciso penúltimo del art. 225 del CC como en los arts. 48 inc. 2.º de la LM y 85 de la LMC, este último en el contexto de los procesos matrimoniales entre los padres. Aunque la

¹⁰³ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de 13 de febrero de 2019, rol 18-2019.

actuación de oficio en los tribunales de familia goza de bastante amplitud¹⁰⁴, no queda claro si esta posibilidad opera respecto del derecho de visita de parientes regulado en el art. 48 de la LM y si procede su declaración por una Corte de Apelaciones. En segundo término, la resolución de la Corte denomina al régimen para el tío y su pareja “relación directa y regular”, nomenclatura que el legislador ha reservado en el *CC* para los padres y excepcionalmente para los abuelos; para otros parientes, el legislador se refiere a visitas (art. 48 inc. final de la LM). En tercer lugar, la sentencia establece para estos parientes un régimen que no se restringe a visitar a la niña, sino que incluye la convivencia temporaria y la pernocta fin de semana por medio, ampliando objetivamente el contenido de la comunicación fijada para parientes más allá del texto legal, en términos semejantes a un régimen estándar de comunicación con el progenitor no cuidador¹⁰⁵. En cuarto lugar, conforme a la resolución, el régimen no solo se fija con el pariente (tío abuelo), sino, también, con la pareja de este, que no tiene respecto de la niña vínculo de parentesco alguno –ni por consanguinidad ni por afinidad– como presupone el art. 48 inc. final de la LM, con lo cual se amplía el ámbito operativo de las visitas a personas distintas de los progenitores más allá de lo considerado en la ley; se hace esta ampliación en consideración a los vínculos afectivos involucrados (“...teniendo presente también el interés superior de la niña y el resguardo del vínculo afectivo formado”). En otras palabras, con origen judicial se abre la puerta a los vínculos afectivos como componente del interés superior del niño para justificar en el caso concreto la regulación de relaciones con distintas personas. Finalmente, llama la atención y es de hacer notar que la sentencia de la Corte, en la adopción de esta decisión, no se funda en

51

¹⁰⁴ La LTF contempla la actuación de oficio del tribunal con cierta extensión en diversas oportunidades, dentro de las cuales se encuentran, primero como principio del procedimiento (art. 9 de la LTF), destinado a adoptar todas las medidas necesarias para llevar a término con la mayor celeridad el proceso, en especial respecto de medidas destinadas a otorgar protección a niños y a las víctimas de violencia intrafamiliar, no respecto de instituciones específicas vinculadas con los niños (art. 13 de la LTF); luego, respecto de la potestad cautelar que autoriza, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de la demora que implica la tramitación, al juez para decretar de oficio las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime precedentes; las innovativas en particular suponen situaciones urgentes y que lo exija el interés superior del niño o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar (art. 22 de la LTF); lo propio sucede en los procedimientos especiales de aplicación de medidas de protección de niños, niñas y adolescentes (art. 71 de la LTF). También se contempla actuación de oficio en la etapa de audiencia preparatoria (art. 61 n.º 3 de la LTF) y recepción de la prueba (art. 54-2 de la LTF) en el procedimiento ordinario. Ninguno de estos casos parece ajustarse a la situación resuelta por la Corte de Apelaciones de San Miguel.

¹⁰⁵ Sobre los regímenes estándar de relación se puede revisar ACUÑA (2020a), p. 216.

norma legal sustantiva alguna, no cita el art. 48 de la LM ni disposiciones del *CC*; solo arguye como respaldo el interés superior de la niña, que construye –para este caso– sobre la base de la importante relación afectiva generada; dejando establecido, además, que podría modificarse el régimen por acuerdo de las partes, aspecto que tampoco está previsto en la LM.

Esta ampliación por vía judicial de las relaciones personales y sus fundamentos, si bien parece ir en la línea de la CDN en cuanto posibilitar al máximo la vida familiar significativa para el niño, considerando que, como ha expresado el Comité de los Derechos del Niño: “la conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio”¹⁰⁶, no deja de dar lugar a observaciones en cuanto puede significar un exceso en las atribuciones judiciales, que despojadas de parámetros objetivos y fundamentos claros, puede conducir a identificar el interés superior del niño con la representación muy subjetiva que en un momento dado tienen los jueces a quienes corresponde decidir sobre el concepto de afectividad. La sentencia, lamentablemente no aporta mayores elementos para identificar de mejor manera la motivación de la decisión basada en evidencia. No obstante, tampoco desvirtúa la relevante función que –en general– desarrollan los tribunales en la consolidación y goce efectivo del derecho de relación del niño.

52

En sentencia posterior, la Corte Suprema es más concluyente en esta tendencia. Conforme a los hechos, una niña nacida en 2015, fue objeto de una causa proteccional por vulneración de derechos bajo el cuidado materno ese mismo año, en cuyo contexto la misma madre entrega a su hija a un matrimonio –no pariente– con quien mantenía lazos de amistad y de vecindad; a ellos se les confía el cuidado personal proteccional y se los deriva a un programa de familias de acogida donde permanecen en intervención desde el año 2016 hasta octubre de 2018, contando con informes favorables en cuanto a la adaptación de la niña a ese grupo familiar, a las condiciones proteccionales en que se encontraba y a la interrupción de situaciones de vulneración de sus derechos que vivenció mientras permaneció al cuidado de su progenitora. En ese mismo programa se intentó incorporar a los padres, a los abuelos maternos (sin mucho resultado) y en el año 2018 al tío materno, quien tenía el cuidado personal de la hermana de doble conjunción nacida en 2017.

En los autos había quedado acreditado que los cuidadores no parientes se constituyeron en figuras de protección, cuidado, estabilidad emocional y material a la niña; la incorporaron plenamente a su grupo familiar, la ingresaron a la educación formal, y permitían y participaban de la vinculación de la familia biológica, identificándolos la niña (según informes periciales) como figuras parentales.

¹⁰⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013).

En el año 2018 el tío materno demandó el cuidado personal de la niña, lo que fue rechazado por el Juzgado de Familia, fallo confirmado por sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 4 de noviembre de 2019, que consideró:

“si bien el tío cuenta con habilidades vinculares y la niña lo reconoce como un referente significativo, no logra constituirse en prioritario por su larga permanencia y los lazos que ha forjado con los guardadores, que le han dado estabilidad socio emocional y un contexto familiar seguro y afectivo, con una construcción vincular significativa, cubriendo todas sus necesidades y requerimientos, sin interferir en la relación con sus padres, abuelos y tío materno”.

El tío dedujo recurso de casación en el fondo, denunciando conculcado, entre otros, el art. 226 del *CC*. La Corte Suprema, en sentencia de 21 de octubre de 2020¹⁰⁷, acoge el recurso de casación señalando que en caso de que los padres se encuentran inhabilitados para otorgar los cuidados se debe preferir la alternativa de vivir en el seno de una familia que le otorgue cuidados, protección y cariño que sus progenitores no pueden otorgarle, y que en la elección de dicha familia debe buscarse a quien garantice en mejor medida su interés superior, privilegiando la permanencia con sus parientes más cercanos, si es que aquella asegura su máxima optimización, encontrándose el demandante con las capacidades y entorno necesarios para hacerse cargo de su sobrina y quien, además, puede permitir a la niña crecer junto a su hermana, puesto que también detenta su cuidado personal:

53

“no concurriendo circunstancias que lo justifiquen, ni habiéndose establecido la conveniencia en razón del interés superior de la niña de preferir a terceros por sobre sus propios parientes consanguíneos, debe entregarse su cuidado personal a éstos...”.

No obstante, este resultado negativo respecto de los terceros no parientes y su pretensión de permanecer al cuidado personal de la niña, la sentencia de reemplazo expresa en el considerando tercero:

“Que, no obstante tratarse de terceros no parientes, lo cierto es que la niña ha vivido cinco años con sus actuales cuidadores y existe un vínculo afectivo forjado a través del largo tiempo en que mantuvieron su cuidado, habiendo sido establecido que la niña los re-

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA, sentencia de 21 de octubre de 2020, rol 41135-2019.

fiere como una figura significativa, por lo que resulta necesario mantener esta vinculación, lo que, a su vez, facilitará su adaptación a su nuevo entorno, motivo por el cual se establecerá un régimen de relación directa y regular con sus actuales guardadores, que se podrá ir ajustando conforme evolucione el nuevo régimen de cuidado personal de la niña”.

Si bien la sentencia de la Suprema –a diferencia de lo ocurrido en el Juzgado de Familia– hace una valoración formal para la aplicación del art. 226 del *CC* privilegiando a los parientes consanguíneos por sobre los lazos afectivos para decidir sobre el cuidado personal definitivo, reconoce la relevancia del vínculo afectivo para la niña y regula respecto de terceros no parientes, fuera de toda previsión legal, un régimen de relación directa y regular. Y lo hace de un modo amplio, posibilitando visitas en sentido estricto y convivencia temporaria. Se fija un régimen en dos etapas, en ambos casos con pernoctación:

54

“en una primera etapa (primeros seis meses desde que esta sentencia quede ejecutoriada), la niña podrá visitar semanalmente a sus actuales guardadores, con pernoctación desde el viernes, en que éstos la recogerán del colegio, hasta el domingo a las 20 horas, en que la devolverán a su domicilio. Al cabo de este período, la pernoctación se espaciará a semana por medio”.

Tanto en la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 2019 como en esta resolución de la Corte Suprema de 2020, el elemento determinante para la fijación del régimen comunicacional, más allá del texto legal, incluso respecto de personas para quienes no existe previsión alguna, es el vínculo afectivo con los niños.

Sobre este vínculo afectivo que fue valorado, cabe formular algunos comentarios al hilo de ambas sentencias: se trata de un vínculo que se mantuvo en el tiempo, es decir, no era reciente, de corta data o en formación, por el contrario, era un vínculo real, ya forjado, que se había sostenido en el tiempo; luego, ese vínculo afectivo prolongado se valoró como importante para los niños porque favorece su adaptación a nuevas situaciones, es decir, se encuentra vinculado con la estabilidad emocional de los menores de edad; por último, considerando esos aspectos y el interés superior de los niños (al menos referido en la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel), se estimó “necesario” mantener la vinculación, necesidad que en este caso puede ser alusiva a que la vinculación hace falta para un fin, que es menester indispensable para el logro de un objetivo, cual debiera ser el bienestar de los niños.

En la construcción judicial del justificante de cualquier régimen relacional con un menor de edad, debe ser piedra angular el interés superior del niño en concreto, el que debe quedar expresado y construido en el caso conforme a las circunstancias probadas, porque la “evaluación y determinación del interés superior del niño es una actividad judicial singular, que debe realizarse en cada caso”¹⁰⁸, alejado de las especulaciones o imaginarios y de las generalizaciones¹⁰⁹.

En las sentencias comentadas, las Cortes consideraron que correspondía el resguardo del vínculo afectivo formado por medio del establecimiento de un régimen comunicacional. En otras palabras, por la vía judicial se ha consagrado un derecho de relación o comunicacional con personas no parientes¹¹⁰, resultando el afecto un elemento determinante para ello.

La cuestión de la valoración del afecto en sede jurídica no es, como se ha dicho a propósito de otras instituciones de derecho de familia, una cuestión fácil ni pacífica, tanto por la fuerte carga valórica que conlleva como por tratarse de una categoría ajena a la visión dogmática del derecho¹¹¹. Sin ahondar ahora en el tema del afecto, que excede el propósito de este trabajo, por requerir de un análisis más profundo, sí resulta pertinente para finalizar, dejar, al menos, planteadas dos inquietudes: por un lado, si la importancia del afecto –que es intrínsecamente un sentimiento–, en caso de estar acreditado en juicio, alcanza para construir una justificación suficiente que permita a los tribunales al margen de toda norma legal, incluso sin petición de parte, regular un régimen relacional con un niño, niña o adolescente, y la segunda, cuáles serían los caracteres o exigencias del vínculo afectivo para ser jurídicamente apreciable en estos casos, en cuanto contenido del interés superior del niño¹¹².

¹⁰⁸ CORTE SUPREMA, sentencia de 13 de octubre de 2020, rol 21299-2019.

¹⁰⁹ En los casos comentados había quedado acreditado, principalmente con informes periciales, derivados de pruebas realizadas a los menores de edad involucrados, que se trataba de figuras significativas, que la relación afectiva era importante y que habían cuidado bien de ellos.

¹¹⁰ Curiosamente parece repetirse la historia, pues el origen y conformación del derecho de visita en el medio europeo se dio no en la ley sino en los tribunales franceses con ocasión de la petición de unos abuelos respecto de su nieto en la famosa sentencia de la Cour de Cassation francesa de 8 de julio de 1857, que es conocida y comentada de modo amplio en la doctrina comparada. Así entre otros, BOTANA (1990), p. 118; MAKIANICH DE BASSET (1997), p. 56 y ss.; RIVERO (1997), p. 21 y GARCÍA CANTERO (2004), p. 43 y ss.

¹¹¹ DEL PICÓ RUBIO (2018), p. 504.

¹¹² No es primera vez que los tribunales superiores extienden una institución de derecho de familia en protección de vínculos de afecto más allá de norma legal. Al respecto véase CORTE SUPREMA, sentencia de 21 de noviembre de 2018, rol 3613-2018; comentada en ACUÑA (2019).

CONCLUSIONES

1. El derecho de relación del niño con personas distintas de sus progenitores encuentra su justificación en el derecho a las relaciones familiares –como contenido de su derecho a la identidad– reconocido y protegido por la CDN; el que se incardina en su interés superior por el beneficio que tales relaciones reportan, por regla general, en su desarrollo, formación integral y estabilidad, teniendo presente que la expresión ‘familia’ se extiende más allá de los vínculos de parentesco más tradicionales o de los modelos familiares nucleares formalizados.
2. El ordenamiento familiar chileno, a diferencia de otras legislaciones, no cuenta con un modelo regulatorio diseñado de modo orgánico y con amplitud, referido a todas las relaciones posibles de ser protegidas en atención al interés superior del niño. Incluso, respecto de las personas a quienes se reconoce tal relacionamiento se presenta una serie de vaguedades en las escasas normas legales existentes. Personas distintas de parientes de los niños, niñas y adolescentes, no son consideradas en el establecimiento de un régimen comunicacional en el *CC*, y tampoco respecto de un régimen de visitas en la *LM*, con lo cual, la legislación da preeminencia o exclusividad a los lazos familiares más tradicionales fundados en la filiación y los nexos biológicos.
3. El legislador nacional tampoco se ha pronunciado, de forma clara y precisa, sobre las características y mecanismos de relación del niño con personas distintas de los progenitores, dejando entregada esa determinación al órgano judicial. Este último –en tiempo reciente– ha venido aportando una construcción de las relaciones familiares sobre la base de los principios que lo fundan y articulan (entre ellos el interés superior del niño), incluso más allá del estrecho marco legal.
4. Todos estos aspectos dejan ver que en el ordenamiento jurídico nacional las relaciones con personas distintas a los progenitores tienen para el legislador un carácter más bien excepcional y residual, por la exclusividad o preferencia en los vínculos biológicos como supuesto subyacente. Los vínculos afectivos no son considerados por el legislador como justificante del derecho y, por lo mismo, tal derecho no se extiende a personas no parientes, por muy significativas que puedan resultar en la construcción de la identidad del niño atendido su ciclo vital.
5. De la mano de instrumentos internacionales como la CDN y de las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño, se ha impulsa-

- do en el último tiempo un lento –y no constante– avance en la valoración judicial de estas relaciones, en especial para el niño, pero innegablemente también para otras personas, parientes y no parientes.
6. Esta situación y la realidad de los distintos modelos de familia exigen una necesaria modificación legal que dote al ordenamiento chileno de un sistema amplio de reconocimiento de las relaciones de familia, articulado con los derechos de la infancia, y que, al mismo tiempo, proporcione al juez parámetros y criterios objetivos para discernir y valorar el interés superior del niño en cada caso en particular, conforme a la conveniencia y beneficios para este acreditados en el proceso. Ello permitirá un desarrollo más coherente y eficaz del sistema, para bien de todos los involucrados.
 7. Solo resta insistir en que en la construcción judicial del justificante de cualquier régimen relacional con un niño, niña o adolescente, la piedra angular debe ser el interés superior de este en concreto, en el caso particular. No todas las relaciones, incluso aquellas por largo tiempo sostenidas, son necesariamente beneficiosas para un niño o dan lugar a relaciones afectivas positivas; habrá que acreditar tal beneficio o conveniencia en cada caso, resultando inexcusable la debida valoración judicial del interés superior del niño más allá de una ambigua referencia, y más allá, también, de la simple comprobación de la existencia de un vínculo de parentesco o de afecto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2013). “Derecho del menor a mantener relación personal con sus ascendientes”. *El Mercurio Legal*, columna de análisis jurídico. Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901989&Path=/0D/C3/ [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2020].
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2016). “Relaciones jurídicas entre los padres y el hijo. Filiación”, en Jorge DEL PICÓ. *Derecho de familia*. Santiago: Thomson Reuters.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2018). *El cuidado personal de los hijos*. Santiago: Thomson Reuters.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2019). “Concepción de familia que asume hoy la Corte Suprema”. *El Mercurio Legal*, columna de análisis jurídico Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907120&Path=/0D/D7/#:~:text=La%20mujer%2C%20de%20significativa%20menor,mujer%20no%20solo%20no%20era [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2020].
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2020a). *Derecho de relación directa regular*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2020b). “Algunas notas sobre el derecho del niño a relacionarse con sus abuelos”. *El Mercurio Legal*, columna de análisis jurídico. Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908145&Path=/OD/DB/#:~:text=La%20Corte%20Suprema%20ha%20indicado,de%20su%20personalidad%2C%20en%20conexi%C3%B3n [fecha de consulta: 10 de febrero de 2020].
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina (2021). “De La Iglesia Monje, Isabel. *El Allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*. Dykinson, 2021”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 785. Madrid.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2020). “El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 96, n.º 779. Madrid.
- BOTANA GARCÍA, Gema (1990). “Notas sobre el derecho de visita”. *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 10. Navarra.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro (2015). “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la Sts. núm. 723/2013, de 14 de noviembre”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, Valencia.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”. *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, n.º 234. Montevideo.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- DE LA OLIVA VÁZQUEZ, Antonio (2009). “Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: problemas y alternativas”, en María del Carmen GARCÍA GÁRNICA (dir.). *La protección del menor en las rupturas de pareja*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2018). “La motivación afectiva como elemento distintivo entre los institutos civiles de reconocimiento de la unión de pareja”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO (coord.). *Estudios de derecho de familia III*. Santiago: Thomson Reuters.
- ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2015). “El impedimento del ejercicio del derecho de relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVIII, n.º 2. Valdivia.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel (2004). *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*. Madrid: Thomson Civitas.
- GARCÍA PASTOR, Milagros (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*. Madrid: McGraw Hill.
- GREEVEN BOBADILLA, Nel y Francesco CARRETTA MUÑOZ (2020). *Normativa en materia de Filiación*. Santiago: Academia Judicial de Chile, Material docente n.º 9.
- GONZÁLEZ BERNAL, Jerónimo *et al.* (2010). “Funciones que desempeñan los abuelos”. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, vol. 2, No. 1. Disponible en www.redalyc.org/articulo.oa?id=349832325065 [fecha de consulta: el 15 de junio 2021].

- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2013). “Comentarios a la reforma al Código Civil en materia de efectos de la filiación”. *Semana Jurídica*, n.º 58. Santiago.
- MAKIANICH DE BASSET, Lidia (1997). *Derecho de visita. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*. Reimpresión de la primera edición. Buenos Aires: Hammurabi.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel (2009). “Comentarios a los arts. 9.2, 42 a 107 del Código Civil”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª ed. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2016). *Curso de derecho civil (IV) Derecho de familia*. 5ª ed. Madrid: Edisofer.
- MIZRAHI, Mauricio (2016). *Responsabilidad parental*. Buenos Aires: Astrea.
- MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar (2014). “El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en derecho español, diez años después de la Ley 42/2003”. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 18. Santa Cruz de la Sierra. ISSN: 2070-8157.
- MUÑOZ RODRIGO, GONZALO (2021). “Sobre el derecho de visitas de abuelos, parientes y otros allegados”, sección Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano. Disponible en <https://idibe.org/tribuna/sobre-el-derecho-de-visitas-de-abuelos-parientes-y-otros-allegados/> [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2021].
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (2016). *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. 8ª ed. Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
- PÉREZ CONESA, Carmen (2006). *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*. Madrid: Dykinson.
- PÉREZ CONTRERAS, María de Monserrat (2013). “El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138. Ciudad de México.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011). “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el Ordenamiento Jurídico chileno”, en Juan Andrés VARAS BRAUN y otros (coords.). *Estudios de Derecho Civil. Tomo v: Familia y derecho sucesorio*. Santiago: AbeledoPerrot.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2017). “La deficiente regulación contenida en el artículo 229-2 del Código Civil del Derecho de los abuelos y nietos de mantener una relación directa y regular”. *Boletín Actualidad Familiar*, edición 2, volumen 5. Santiago.
- PUENTES GÓMEZ, Anabel (2014), “Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia”. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, n.º 6. Caldas.
- RIBOT IGUALADA, Jordi (2021). “El derecho de relación de los abuelos: una relectura”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 785. Madrid.
- RIVAS, Ana María (2012). “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”. *Portularia, Revista de Trabajo Social*, vol. XII, n.º 2. Huelva.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1982). “El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria”, en Pedro-Juan VILADRICH. *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra.

- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1997). *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000). “De la filiación y sus efectos”, en Joaquín RAMS ALBESA (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Barcelona: Bosch, Tomo II, vol. 1.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2007). *El interés del menor*. 2ª ed. Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017). *Manual de derecho de familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RUÍZ DE LA CUESTA, Rafael (1982). “Praxis judicial sobre los sujetos y el contenido de la facultad y régimen de visitas”, en Pedro-Juan VILADRICH. *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra.
- SCHMIDT HOTT, Claudia (2004). “Nuevo régimen filiativo”, en Claudia SCHMIDT HOTT, María Dora MARTINIC GALETOVIC (dirs.). *Instituciones de derecho de familia*, Santiago: LexisNexis.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina (1999), “Principios recogidos en el nuevo estatuto filiativo”, en FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE CHILE. *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley 19.585*, Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho y Servicio Nacional de la Mujer.

Normas citadas

60

- Código Civil* chileno.
- Código Civil* español.
- Código Civil* francés.
- Código Civil* italiano.
- Código de la Niñez y Adolescencia* de Ecuador, publicado por Ley n.º 100, en Registro Oficial de Ecuador 737, de 3 de enero de 2003.
- Código de la Niñez y la Adolescencia* de Uruguay, aprobado por Ley 17.823, promulgada el 7 de septiembre de 2004 y publicada el 14 de septiembre de 2004.
- Código Civil y Comercial* argentino.
- Código de la Infancia y la Adolescencia* de Colombia, correspondiente a la Ley 1098 de 2006.
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Adoptada el 15 de junio de 2015 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, promulgada en Chile por decreto 162 de 1 de septiembre de 2017, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de octubre de 2017.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, promulgada en Chile por decreto 830 de 14 de agosto de 1990, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 27 de septiembre de 1990.

- Ley n.º 14908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de octubre de 1962. Norma refundida por DFL-1 de 20 de mayo de 2000.
- Ley n.º 16618, fija el texto refundido de la Ley de Menores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 8 de marzo de 1967. Norma refundida por DFL-1 de 20 de mayo de 2000.
- Ley n.º 19620, dicta normas sobre adopción de menores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de agosto de 1999.
- Ley n.º 19947, establece nueva Ley de Matrimonio civil. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 17 de mayo de 2004.
- Ley n.º 19.968, crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de agosto de 2004.
- Ley n.º 20680, 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. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 21 de junio de 2013.

Jurisprudencia citada

- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala J, fallo de 17 de noviembre de 2020, expediente CIV 028095/2019/CA001.
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de 13 de febrero de 2019, rol 18-2019. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/784/2019 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de 20 de enero de 2020, rol 1251-2019. Disponible en <https://vlex.cl/vid/causa-n-1251-2019-839580414> [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 15 de noviembre de 2019, rol 1669-2019. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/6564/2019 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 28 de marzo de 2011, rol 9255-2010. Disponible en <https://vlex.cl/vid/-333760042> [fecha de consulta: 18 de julio 2020].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 25 de marzo de 2013, rol 8728-2012. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/637/2013 [fecha de consulta: 18 de julio 2020].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 4 de junio de 2015, rol 27042-2014. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/3134/2015 [fecha de consulta: 18 de julio 2020].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 19 de diciembre de 2016, rol 46451-2016. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/8389/2016 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 11 de julio de 2017, rol 4827-2017. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/4513/2017 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].

- CORTE SUPREMA, sentencia de 19 de julio de 2017, rol 4951-2017. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/4767/2017 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 21 de noviembre de 2018, rol 3613-2018. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/6511/2018 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 20 de febrero de 2019, rol 7432-2018. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/903/2019 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 5 de marzo de 2019, rol 20425-2018. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/1075/2019 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 30 de marzo de 2020, rol 4963-2019. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/22266/2020 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 8 de junio de 2020, rol 10537-2019. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/37289/2020 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 30 de junio de 2020, rol 12879-2019. Disponible en <https://app-vlex-com.utalca.idm.oclc.org> [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 13 de octubre de 2020, rol 21299-2019. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/147980/2020 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 21 de octubre de 2020, rol 41135-2019,. Disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea: CL/JUR/101718/2020 [fecha de consulta: 13 de mayo 2021].
- CORTE SUPREMA, sentencia de 27 de enero de 2022, rol 69668-2021, disponible en www.legalpublishing.cl, cita en línea CL/JUR/7492/2022 [fecha de consulta: 20 de marzo 2022].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, resolución en amparo de 31 de agosto de 2017, rol STC13492-2017, radicación n.º 68001-22-13-000-2017-00475-01.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (México), Primera sala, 13 de enero de 2021, amparo directo en revisión 5482/2019. Disponible en www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2021-01/ADR-5482-2019-210107.pdf [fecha de consulta: 9 de septiembre 2021].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 12 de abril de 2016, rol 2867-15-INA. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/sentencias [fecha de consulta: 18 de julio 2020].
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 27 de julio de 2009, número de resolución 576/2009. Id. Cendoj: 28079 110012009100562. Disponible en www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp [fecha de consulta: 18 de julio de 2020].

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 12 de mayo de 2011, 2676/2011, Id Cendoj: 28079110012011100281. Disponible en www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp [fecha de consulta: 18 de julio de 2020].

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 24 de mayo de 2013, en rollo de apelación n. 6459/11-A. Disponible en www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp [fecha de consulta: 18 de julio de 2020].

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 14 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7264)

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 22 de noviembre de 2018 (Tol 6932486).

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 25 de noviembre de 2019, roj STS 3853/2019, Id Cendoj: 28079110012019100622. Disponible en www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp [fecha de consulta: 18 de julio de 2020].

Otras

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2005). Observación general n.º 7, sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013). Observación general n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016). Observación general n.º 20, sobre la efectividad de los derechos del niño en la adolescencia.

63

Sitios

www.crececontigo.gob.cl/columna/la-figura-del-abueloa-en-la-familia-y-la-crianza-de-los-nietos/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

www.bcn.cl

www.guiainfantil.com/educación/familia/abuelos/papel.htm [fecha de consulta: 15 de octubre de 2021].

SIGLAS Y ABREVIATURAS

<i>al.</i>	<i>aliis</i>
Art. <i>a veces</i> art.	Artículo
Arts. <i>a veces</i> arts.	Artículos
CC	Código Civil chileno
CC esp.	Código civil español
CCyC	Código Civil y Comercial argentino
CDN	Convención sobre los derechos del niño
cfr.	Confrontar

	CIPDHPM	Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores
	Comité	Comité de los Derechos del Niño
	coord.	coordinador
	coords.	coordinadores
	DFL	Decreto con fuerza de ley
	dir.	directora
	dirs.	directoras
	ed.	edición
	etc.	etcétera
	https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
	IIN	Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes
	Inc. <i>a veces</i> inc.	Inciso <i>a veces</i> inciso
	LM	Ley de Menores
	LMC	Ley de Matrimonio Civil
	LTF	Ley de Tribunales de Familia
	n.º <i>a veces</i> núm., Nº, No.	número
	p.	página
	pp.	páginas
	ss.	siguientes
	STS	Sentencia del Tribunal Supremo
	Unicef	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
	www	World Wide Web