

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA LEY N° 20.680  
SOBRE RELACION PARENTAL, CON ESPECIAL REFERENCIA  
A LA CORRESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:  
¡LO PENDIENTE!

CLAUDIA SCHMIDT HOTT\*

I. PALABRAS INTRODUCTORIAS

En estas líneas, mi intención es vertir algunos comentarios de la Ley N° 20.680 de 21 de junio de 2013, que modificando el Código Civil y –otros cuerpos que menciona– lo hizo con el “objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados”, y que se expusieran en el Seminario sobre Relaciones Paterno-Filiales que, organizado por la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, tuviera lugar el día 30 de julio de 2013.

Mi intención no es abarcar toda la temática, pues aquello requeriría bastantes líneas más, sino que –tal como se expusiera en aquella oportunidad– pretendo decantar aquellas cuestiones jurídicas que, en materia de relación parental patrimonial, han quedado descuidadas y por ende sin solución, y que por lo mismo, ameritan una real voluntad de los intervinientes operadores jurídicos para el cambio legislativo, pues nuestro retraso en la materia es de a lo menos treinta, sino cuarenta años, ello si abriéramos nuestros ojos y mentes a la evolución que esta institución ha tenido en otras latitudes.

Desde ya, es de señalar que aquel retraso, como explicara ya hace unos años con motivo “de lo que no se hizo” al dictarse la Ley N° 19.585 conocida como “Ley Filiatoria”, se *debería* a la escasa aplicación práctica que tiene la normativa legal que regula esta relación, aún intitulada “Patria Potestad” por nuestro Código Civil, cuestión que no comparto, pues nuestros niños y adolescentes celebran actos jurídicos de la más variada índole, lo que hacen como sujetos de derecho, ya imposible de calificarlos o “encasillarlos” como “absolutamente incapaces”, sin perjuicio que, en el ámbito personal de la relación parental, cuya unificación se encuentra pendiente con la esfera patrimonial, también nos encontramos inmersos en la problemática de quién los representa para temas tan relevantes, cómo ejercer

\* Profesora Invitada en el Magister de Derecho de Familia, de la Infancia y de la Adolescencia, Facultad de Derecho, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile.

los derechos que le competen, cuando son pacientes; el tipo de educación a la que desean optar, ya sea laica o religiosa, y ejercer, en definitiva, los derechos que le son consustanciales, todo ello, dentro de la autonomía progresiva, materia en la cual, la ley en comento, la sitúa como principio en el artículo 222, pero ahora en su inciso 1°, no adelantándose más allá.

En definitiva, lo que expondré —y lo haré sentidamente, pues entiendo que nuestra deuda con la infancia es importante, lo que queda notoriamente de manifiesto y, por lo mismo, es de fácil comprensión—, es con miras a sugerir aquellos cambios legislativos que no pueden esperar a la luz de los compromisos asumidos por el Estado de Chile al suscribir y ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 5° inciso 2 de la Carta Fundamental.

## II. ¿MENOR?

La Ley N° 20.680 utiliza en su epígrafe la expresión “menor”, resultando aquello del todo sorprendente, pues por imperativo constitucional y legal, aquel vocablo ya había sido descartado, si bien, no del todo textualizado, urgente de hacerlo en los textos legales que aún lo utilizan, pues éstos presentaban en la actualidad una antinomia de no escasas consecuencias jurídicas.

Es por ello pertinente tener presente que la Convención sobre los Derechos del Niño fue promulgada por Decreto N° 830 y publicada en el Diario Oficial N° 33.779 el 27 de septiembre de 1990, Convención que obliga a “todos los órganos del Estado”, en los términos imperativos del artículo 5° inciso 2 de la Constitución Política de la República —desde hace veintitres años—. Convención que además tiene aplicación directa en la actualidad en la materia que nos ocupa, ello específicamente según resulta de la actual redacción del artículo 234 del Código Civil que, si bien referido al aspecto personal de la relación parental, específicamente al “deber de corrección moderada”, exige de todos los operadores jurídicos su cumplimiento directo, por haberlo así establecido la Ley N° 20.286 de 15 de septiembre de 2008, por lo que el concepto legal de menor quedó sustituido por el de niño, persona que según el artículo I de la Convención aludida es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Consecuencialmente, el legislador en el año 2008 hizo suyo el concepto de niño, pudiendo distinguirse a su respecto sólo entre niño y adolescente como bien lo hiciera la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, la cual, ya desde el año 2004, señala en su artículo 16 que “es niño o niña todo ser humano que no ha cumplido 14 años y adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

Si bien es cierto, el artículo aludido de la ley regulatoria del fuero de familia refiere que ello es “para los efectos de esta ley”, dado el contenido de la competencia

absoluta de estos tribunales, resulta del todo evidente que materias como las relativas al cuidado personal, relación directa y regular, ejercicio, suspensión y pérdida de la patria potestad, derecho de alimentos, disensos para contraer matrimonio, guardas, acciones filiatorias y autorización de salida al extranjero, se encuentran orgánicamente reguladas por el Código Civil, Leyes N°s. 16.618 y 14.908, entre otras complementarias, siendo atinente tener en cuenta, por de pronto, todas aquellas que regulan el ejercicio, la suspensión y la pérdida de la patria potestad, situándose el ejercicio de esta potestad, justamente, en la temática de la capacidad civil de los niños, siendo relevante la cita de los artículos 1447 y 26, ambos del Código Civil, pues este cambio de lenguaje no es meramente antojadizo, sino que importa un cambio sustantivo omnicompreensivo del ordenamiento jurídico, que obedeciendo a un imperativo constitucional, efectiviza la autonomía progresiva; como bien se ha sostenido importa no sólo un “favor filii”, sino que ir hacia un interés no estimado como “menor”, sino que en el propio interés del sujeto, el niño, ya no considerado como “menor”, vocablo que “en el mundo jurídico es una palabra de raíz ambigua histórica, hoy se hace difícil de justificar si el enfoque se realiza desde una perspectiva que contemple el genuino interés del niño”; “entraña una palabra retrograda que no inspira confianza al ser humano, ni adulto ni niño, en sus relaciones con los demás” y en “el plano constitucional configura un estigma discriminatorio que cosifica al niño”; “transgrede el artículo 2 inciso 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el artículo 11 inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica”, “por lo que deviene en lícito impulsar su reemplazo”; lo que ha quedado además plasmado —en su momento en la profferación de la dictación de Códigos del Menor—, que fueran reemplazados por Códigos de la Niñez y de la Adolescencia, debiendo nuestro país caminar con rapidez hacia una codificación de esa naturaleza, sin perjuicio que ello se impone además, en aras de la protección de la certeza jurídica, pues presenciarnos una descodificación que, al momento de su aplicación práctica, hace de suyo difícil su comprensión transversal y, por ende, su plena concretización a un caso en particular, fin primero y último de toda regulación jurídica.

## III. ¿POR QUÉ NO AVANZAR HACIA UNA REGULACIÓN CONJUNTA DE LA CORRESPONSABILIDAD EN LO PATRIMONIAL Y EN LO PERSONAL?

No logra aquel anhelo la Ley N° 20.680, siendo nuestro país un caso aislado en la materia, que se ha explicado “a mi juicio, muy desafortunadamente”, “en tanto nuestros hijos niños o adolescentes no tendrían bienes o, que las normas de la aún llamada patria potestad, no tendrían aplicación práctica”, dos premisas erradas, siendo la primera altamente descalificatoria del ser humano en cuanto “sujeto de

<sup>1</sup> Véase a Mirzahi, Mauricio Luis (1998) *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, pp. 135-136.

derecho”, de “detentar personalidad jurídica” y, de tener “capacidad de goce”, en definitiva, se ha negado la posibilidad de que nuestros niños y adolescentes sean titulares del derecho de dominio, lo que en un examen acabado de las normas legales en la materia así lo ratifican, por lo cual la reforma legislativa se impone de manera urgente para ajustarla al mandato constitucional, basta para ello aludir al artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario además llamar la atención en cuanto que el epígrafe del Título IX del Libro I del Código Civil en el cual se plasmará mayormente la reforma de la Ley N° 20.680, se intitula aún “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, sin que la mentada ley haya reparado en el concepto de obligación como uno ajeno a la materia, pues aquel es de índole patrimonial, importa así “un vínculo jurídico en virtud del cual, una persona determinada denominada deudor, se encuentra en la necesidad jurídica de cumplir con una prestación, que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo en favor de otra persona determinada, llamada acreedor”, vínculo jurídico que no tiene aplicación en la esfera del Derecho de Familia Filial, en el cual predomina el concepto “deber”, de contenido esencialmente ético que entraña “responsabilidad”, perteneciendo así también, los derechos que les asisten a los progenitores a aquellos que se ejercen en interés de otro y que, por lo mismo, son propiamente “derechos funciones”<sup>2</sup>.

Ya, el gran jurista nacional, don Fernando Fuyo Laneri, decía que el haber separado lo personal de lo patrimonial, relación jurídica a lo que ahora debería llamarse “responsabilidad parental”, se debió a la diferencia de titularidad de derechos en uno y otro caso; en uno, don Andrés Bello admitió la comunidad de derechos de ambos progenitores, en tanto que en el otro, el Código Civil originario, no concedió derechos a la madre”<sup>3</sup> diferenciación que ha cedido con la dictación de sendas normas legales dictadas durante el siglo pasado y recientemente con la dictación de la Ley N° 20.680, por lo que ya no se divisa razón alguna que justifique tal escisión, máxime si esta plantea cuestiones jurídicas complejas y es fuente de antinomias, lo que, en definitiva, va en perjuicio del interés superior de los niños y de los adolescentes, que es justamente lo que se pretende cautelar.

En efecto, la representación legal de los niños y de los adolescentes tiene su fuente en la patria potestad según lo prevenido claramente por el artículo 243 del Código Civil, potestad que se ejerce respecto de los bienes de los hijos no emancipados “que equívocamente dejaron de ser “hijos de familia” a partir de la Ley N° 19.585 sobre “Nuevo Estamento Filiatorio”<sup>4</sup>, la que al conferirle aquella a los progenitores no casados respecto de hijos habidos en diferentes formas familiares,

<sup>2</sup> Véase Schmidt Hott, Claudia y Valoso Valenzuela, Paulina (2001), *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Santiago de Chile, LexisNexis, pp. 250-251.

<sup>3</sup> Véase Fuyo Laneri, Fernando (1959), *Derecho de Familia*, en Derecho Civil, Tomo Sexto, Vol. I, Santiago, Imprenta y Litografía Universo S.A., p. 346.

optó por su eliminación, lo que estimo una suerte de “porfader” del legislador, en orden a no ceder ni respetar que la familia hoy ya no es aquella única protegida en el siglo diecinueve.

Así planteadas las cosas y siendo nuestro ordenamiento jurídico una excepción en la materia, resulta que la “representación legal de los hijos no emancipados” sólo tendría aplicabilidad respecto de sus bienes, y no en el ámbito de su persona, y es allí donde se plantean cuestiones altamente complejas, pues los niños y adolescentes en ese ámbito efectivamente requieren de un representante legal. Así, por ejemplo, en las acciones filiatorias, ya sean de reclamación, impugnación o mixta, si el hijo es incapaz, las debe invocar su representante legal en el interés de él, según lo prevenido por los artículos 205 inciso 2, 214 inciso 1 y 208, todos del Código Civil, es decir, por el progenitor que al detentar la patria potestad es su representante legal, en circunstancias que estas acciones no dicen relación con sus bienes, sino que tienen por finalidad determinar su identidad biológica, lo que escapa sin lugar a dudas de la esfera patrimonial, esto es, de la patria potestad, para adentrarse estrictamente en el ámbito personal, en la especie, en el ejercicio de acciones para acceder a un derecho fundamental, cual es la identidad personal biológica.

Muchos son los casos en que el o los progenitores que, deteniendo la patria potestad, ejercen la representación legal de sus hijos en el plano estrictamente personal, esto es, en aquello que antaño se denominaba “autoridad paterna”, por lo cual, no es jurídicamente plausible separar ambas esferas, deteniéndome muy especialmente, dado lo suyo complejo que es, en la Ley N° 20.584<sup>4</sup> que “Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud”, pues el derecho a la salud y su protección respecto de los niños y adolescentes se sitúa en el deber de los progenitores de “criarlos”, pues siendo la crianza el deber genérico de la relación parental personal, subsume por así decirlo a todos los demás, y aquella esfera hoy incluida en lo que se ha denominado “cuidado personal” por el actual artículo 224, para definirlo en seguida el artículo 225 en su inciso tercero cuando es compartido, puede radicar por acuerdo de los progenitores en uno de ellos, pacto que sin lugar a dudas atenta contra el principio de la corresponsabilidad, dado que el deber de crianza, independientemente de la situación fáctica o jurídica en que se encuentran los progenitores, no es transigible.

Con respecto a la “crianza” que debieran en todo evento ejercer ambos progenitores, encontrándose ésta en el plano personal de la relación parental, no admite representación legal, toda vez que ésta es efecto jurídico de la relación parental patrimonial o patria potestad según lo señala el artículo 243 del Código Civil, lo que resulta del todo paradójico, pues la Ley N° 20.584, en adelante “Ley sobre los derechos y deberes del paciente”, en relación al ejercicio de ellos, discute sobre la base de “la representación legal”. Así, en el artículo 4°, referido a la “seguridad

<sup>4</sup> Publicada en el Diario Oficial con fecha 24 de abril de 2012.

en la atención de salud", señala que ella se asegura a "toda persona o a quien la represente"; el artículo 5º, que "consagra el derecho de un trato digno", entre ellos el de respetar y proteger la vida privada de la persona, estatuye que "para la toma de grabaciones, fotografías o filmaciones para usos o fines periodísticos o publicitarios, se requiere autorización del paciente o de su representante legal"; el artículo 10, relativo al "derecho a la información", prescribe que "si atendidas las condiciones del paciente, a juicio del médico tratante éste no puede recibirla directamente", aquella será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona a cuyo cuidado se encuentre"; y el artículo 13, que regulando el "derecho a la reserva de la información en la ficha clínica", dispone que ésta, previa solicitud expresa de su titular o de su representante legal, le será entregada total o parcialmente".

La transcripción de estos derechos del paciente —no siendo los únicos que contempla la ley—, demuestran que la Ley de los derechos y deberes del paciente, entrega su ejercicio y cumplimiento al representante legal de los hijos, cuando son niños o adolescentes, en definitiva, al padre y/o madre que detentan la patria potestad, pese a que como se ha dicho, el derecho a la salud y su protección integra la relación parental personal en lo que se denomina "crianza" que, junto al deber de educación, se subsumen hoy, por definición legal, en lo que se ha pasado a llamar "cuidado personal", conforme a la nueva redacción de los artículos 224 a 226 del Código Civil, ejemplo que se ha dado intencionadamente, pues estimo que nuestro ordenamiento jurídico es un todo unitario, por lo que una modificación legal —como la contenida en la Ley N° 20.680— repercute en el todo, consecuencia de lo cual, la antinomia no sólo se produce dentro del Código Civil y sus leyes complementarias, sino que repercute en el sistema jurídico en general, cuestión no menor de visualizar al momento de legislar, máxime si ello ha de hacerse con miras a la protección real del interés superior de los niños, más allá de cualquier otro fin o principio que se pretenda resguardar.

#### IV. MODIFICACIONES A LA RELACIÓN PARENTAL PATRIMONIAL —PATRIA POTESTAD— INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 20.680

Sentada la conclusión anterior, es de precisar que, las modificaciones introducidas por la ley en comentario al aspecto patrimonial de la relación parental, son por así decirlo "por rebote", esto es, consecuenciales a las efectuadas con respecto a la relación parental personal, y dentro de ella a los deberes de crianza y educación, hoy subsumidos bajo el rótulo cuidado personal; y dicen relación con su atribución fundamentalmente, por lo que la modificación legal es más bien orgánica que sustantiva, quedando la institución incolmada en lo demás, a pesar de presentar grandes deficiencias en su contenido.

Es así como la atribución de la patria potestad depende de un hecho fáctico, cual es, si los progenitores de los hijos viven juntos o separados, por lo que haremos esa distinción:

#### 1. Progenitores que viven juntos, independientemente de cuál es su estado civil

Aborda esta primera hipótesis el artículo 244 en su nueva redacción, que distingue sobre el particular entre atribución legal, convencional y judicial. En lo que atañe a la primera, el inciso 2º del artículo mencionado, prescribe que "a falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad", con lo cual se salva una diferencia arbitraria que contemplaba a este respecto la normativa derogada, que atribuía su ejercicio al padre.

En cambio, la atribución convencional, conforme a lo prevenido en el inciso 1 del artículo 244, prescribe según ya lo hacía que "la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente", por lo cual puede devenir en unipersonal o conjunta, subsistiendo las formalidades para aquel pacto, exigidas tanto por vía *ad solennitatem* tratándose de la escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, como por vía de publicidad, esto es, la subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, estableciendo-se en consecuencia un plazo fatal para esta inscripción. Sobre esta solución, reitero la crítica ya hecha con motivo de la dictación de la Ley N° 19.585, que entrara en vigencia el 27 de octubre de 1999, conocida como "Nuevo Estatuto Filiatorio", en cuanto que ella prescinde del derecho del niño y/o adolescente de ser oído, en los términos perentorios exigidos por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, derecho que, atendido el principio de autonomía progresiva plasmado en el artículo 222 inciso 1 del Código Civil, aparece manifestamente conculcado, pues los hijos antes que todo, deben ser escuchados por sus progenitores, máxime si ellos detentarán la administración, el usufructo legal o derecho legal de goce, y la representación legal en lo que respecta a sus bienes, siendo cuestionable que en el presente siglo se pudiera visualizar concretamente a un niño o adolescente que un pacto de esta naturaleza le sea indiferente, cuestión que dice estrecha relación con la necesaria revisión de la capacidad civil negocial de éstos.

Finalmente, la atribución judicial contempla el inciso 4 del artículo 244, que no fuera modificado y que permite en interés del hijo, modificar ya sea la atribución legal o convencional, para radicarla en ambos o en uno de ellos según sea el caso, debiéndose subscribir la sentencia judicial ejecutoriada que así lo ordene en el plazo fatal de treinta días al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, por lo que esta atribución puede devenir en conjunta o unipersonal.

Dado que, en las tres hipótesis descritas, el ejercicio de la patria potestad puede ser conjunta, se introduce una modificación que sí puede calificarse de sustantiva en la materia, al prescribir el nuevo inciso 3 del artículo 244, "que, con todo, los padres pueden acunar indistintamente en los actos de mera conservación, en tanto que respecto del resto, se requiere actuación conjunta", en tanto que, en el supuesto de desacuerdo o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injus-

eficadamente, se requerirá autorización judicial<sup>5</sup>, por lo cual, se hace necesario determinar qué se entiende por actos de mera conservación.

Sobre esta interrogante, y dado que se trata de conservar bienes que pertenezcan al patrimonio del hijo, siempre que no se trate del peculio profesional o industrial, debería descartarse en principio cualquier acto jurídico de disposición, especialmente si dicen relación con bienes raíces dado lo prevenido por el artículo 254 del Código Civil. Sin embargo, es de precisar que al detentar los progenitores el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos no emancipados, si éste recae sobre dinero, estamos frente a un cuasusufructo según lo prevenido por el artículo 252 inciso 2 del mismo Código, lo que conviene tener presente, pues ello implica que se hacen dueño de los capitales y de los frutos, debiendo restituir sólo los primeros, por lo que en relación a dineros o documentos representativos de dinero, nada habría que conservar, pues se restituye otro tanto del mismo valor en todo caso restituido, ello dada su fungibilidad.

Así, en una primera aproximación, dado que los progenitores detentan el derecho de usufructo, de carácter personalísimo, sobre los bienes de sus hijos, si éstos no son fungibles, han de conservar su forma y sustancia de tal manera, que puedan cumplir con su obligación restitutoria, según resulta de esta primera aproximación al tema en una interpretación que resultaría del mentado artículo 252, a lo que debe sumarse el hecho, que el principio sentado en la materia es que el usufructo conjunto importa una administración conjunta según lo ordena el artículo 253 del Código Civil. Sin embargo, dado que estas normas no han cambiado sustancialmente desde la dictación del Código Civil, los bienes que hoy pueden integrar el patrimonio de un hijo son diferentes a aquellos que conchibió el codificador, cuestión que se deja de momento sólo planteada.

En todo caso, ha de descartarse cualquier acto o gestión jurídica que diga relación con la persona del hijo, pues en el Seminario que ha dado origen a estas ideas y reflexiones que se vierten sobre la materia, se indicó por unos de los ponentes, que sería acto de mera conservación el obtener pasaporte del hijo, ejemplo que no es posible considerar, toda vez que ello dice relación con la libertad de desplazamiento del hijo, y que por lo mismo pertenece al plano personal de la relación parental que el legislador no unificara con el plano patrimonial.

... Dentro de esta temática, es necesario hacer referencia a la Ley N° 20.679<sup>5</sup> que “Permite al padre y a la madre, indistintamente, abrir cuentas de ahorro a favor de sus hijos” que agrega el artículo 156 bis de la Ley General de Bancos, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Hacienda, el que prescribe: “Las cuentas de ahorros para menores de edad, ofrecidas por los bancos regidos por esta ley, podrán ser abiertas por el padre o la madre, con independencia de quien tenga la patria potestad” y que agrega, además, un inciso final al artículo 35 del Decreto Ley N° 2.079 del Ministerio de Hacienda, que es del tenor siguiente:

<sup>5</sup> Publicada en el Diario Oficial el día 1 de julio de 2013.

“Con independencia de quien tenga la patria potestad, la madre también podrá abrir cuentas de ahorro a favor de su hijo menor de edad”.

Esta normativa, coetánea a la Ley N° 20.680, recoge una práctica frecuente en nuestro país, por lo que facilita la apertura de cuentas de ahorro que hagan los progenitores a nombre de sus hijos, sean o no sus representantes legales, empero la segunda de ellas consagra una discriminación positiva en favor de la madre, que se explicaba con anterioridad a la dictación de la ley modificatoria del Código Civil que se comenta, pues bajo el imperio de la antigua normativa, en la hipótesis que los progenitores independientemente de su estado civil vivieran juntos, la ley atribuía el ejercicio de la patria potestad al padre en forma única, atribución que ahora es conjunta. Sin embargo, debe advertirse que si la madre detentara la patria potestad en virtud de una convención o de una sentencia judicial ejecutoriada, paradójicamente el padre no podría abrir la cuenta de ahorro. Sin perjuicio de lo ya señalado, debe considerarse que la normativa analizada sólo se refiere a la apertura de la cuenta de ahorro, y no para girar de ella o cerrarla, siendo por ende, estas dos últimas operaciones privativas del o los progenitores que ejercen la patria potestad.

## 2. *Progenitores que viven separados, independientemente de cuál es su estado civil*

Aborda esta segunda hipótesis el artículo 245 del Código Civil modificado por la Ley N° 20.680, modificaciones que son una consecuencia de aquellas introducidas en el denominado “cuidado personal” –que incluye la crianza y la educación–, empero margina otros deberes de la relación parental, tales como los de alimentar a los hijos, corregirlos y contribuir en sus gastos en el supuesto que haya sido alimentado por otras personas, por lo que ha de tomarse como punto de referencia para dilucidar la atribución al artículo 225, en su nueva redacción, pudiendo distinguirse entre atribución legal, convencional y judicial.

En relación a la atribución legal de la patria potestad, señala el artículo 245 en su inciso 1° que “Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga el cuidado personal del hijo o por ambos, de conformidad al artículo 225”, disposición esta última que permite concluir que habrá atribución legal unipersonal en favor de aquel progenitor que convive con los hijos; atribución convencional que puede ser unipersonal o conjunta llamada “compartida”, o judicial, que según lo prevenido por el inciso 4 del artículo 225, es unipersonal, no pudiendo el juez fundar su decisión exclusivamente en la capacidad económica de los padres, lo que permite concluir que existe en esta hipótesis una coincidencia entre el ejercicio del cuidado personal y el ejercicio de la patria potestad, coincidiendo además, ambos planos de la relación parental, pero se rompe el principio de la corresponsabilidad, en tanto se releva al progenitor privado judicialmente del ejercicio del cuidado personal, no sólo de la patria potestad, sino que de los deberes de crianza y educación, que en tanto deberes, han de subsistir, pues eximir de ellos a un progenitor, fomenta la alienación parental, lo que no mira el interés superior del hijo, salvo que mediare una causal de tal gravedad que justifique tal

liberación de deberes, no calificando en este aspecto alguna de las contempladas en el artículo 226 del Código Civil en su nueva redacción.

La atribución convencional destinada a alterar la legal, conforme a lo prevenido por el inciso 2º del artículo 245 del Código Civil según su nueva redacción, puede dar lugar a un ejercicio conjunto o individual, pacto que ha de otorgarse por escritura pública o por acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, la que debe subscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro del plazo de treinta días contados desde su otorgamiento, formalidad esta última, exigida por vía de publicidad y de prueba<sup>6</sup>.

Esta solución perpetua una falencia ya advertida, cual es, que los progenitores, aun debiendo hacerlo por imposición del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no escucharán al hijo, sin perjuicio que éste pueda concurrir a sede judicial, para ser oído en la materia por ordenario así el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, empero, vemos esa posibilidad difícil de efectivizar, por lo que se echa de menos quien represente al hijo a través de la figura del *ombudsman* o defensor de la niñez.

La atribución judicial, según lo estatuido por el artículo 245 inciso 2º del Código Civil, tiene lugar en interés del hijo, y puede devener en un ejercicio unipersonal o conjunto, conociendo de ello el tribunal de familia competente, previa escucha del hijo de conformidad a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, debiéndose subscribir la sentencia ejecutoriada al margen de la inscripción de nacimiento dentro del plazo de treinta días, formalidad exigida por vía de publicidad y de prueba.

Por ende, puede darse la hipótesis de ejercicio conjunto de la relación parental patrimonial, y si así fuere, cualquiera de los progenitores puede realizar actos de conservación en relación a los bienes del hijo, cuyos alcances y problemáticas ya referimos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Fueyo Laneri, Fernando (1959). *Derecho de Familia*, en Derecho Civil, Tomo Sexto, Vol. 1, Santiago, Imprenta y Litografía Universo S.A. ...
- Mizrabi, Mauricio Luis (1998), *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Schmidt Holt, Claudia y Veloso Valenzuela, Paulina (2001), *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Santiago de Chile, LexisNexis.

<sup>6</sup> Artículos 244 del Código Civil y 8º N° 8 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil.

## LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR A PARTIR DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 20.680

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS\*

### 1. ANTECEDENTES

Toda regulación legal en materia de derecho de familia es compleja, por involucrar "componentes extrajurídicos -afectivos, personales, sociales, de sentimientos más que de razón-"; que si por un lado enriquecen, por otro lado complican de manera notoria, "imponen un razonamiento jurídico muy distinto al habitual del jurista y llevan a soluciones que desbordan las estrictamente racionales y legales"<sup>1</sup>.

Es por ello que, cuando se produce el quiebre definitivo de una relación afectiva en que hay hijos, sea que los padres estén casados, sólo convivan o nunca hayan vivido juntos, se presentan tres temas conflictivos: el primero es la determinación del cuidado personal; el segundo, como consecuencia de éste, la determinación de la relación directa y regular, y el tercero los alimentos.

La Ley N° 20.680, que entró a regir el 21 de junio de 2013, modifica de manera sustancial los dos primeros. Representa un cambio de paradigma, un cambio cultural, al consagrar el principio de la corresponsabilidad parental "en virtud del cual ambos padres, *vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos*" (artículo 224 del Código Civil). Es un principio que tardará en internalizarse pero, cuando esto ocurra, será un gran avance en las relaciones de filiación post ruptura. Es similar al cambio que provocó la Ley sobre violencia intrafamiliar, en un principio cuestionada y sin

\* Abogada U. de Chile, Doctora en Derecho U. Complutense de Madrid, profesora titular Derecho Civil, Facultad de Derecho U. de Chile, Directora Escuela de Posgrado, Facultad de Derecho U. de Chile, correo electrónico: Maricruz@derecho.uchile.cl.

<sup>1</sup> Rivero Hernández, Francisco (2011), "Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencias y Protección", *Revista del Magister y del Doctorado en Derecho N° 4*, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial LOM, p. 59.