

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
EDITOR CIENTÍFICO

**APORTACIONES ADICIONALES A
NUEVOS HORIZONTES EN EL
DERECHO PRIVADO**

RODRIGO MOMBORG URIBE - ALEXIS MONDACA MIRANDA
DANIELA JARUPE CONTRERAS - CRISTIAN AEDO BARRERA
COORDINADORES



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
2017

MODIFICACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS
POR OBSTACULIZAR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RELACIÓN
DIRECTA Y REGULAR

MARCELA AGUÑA SAN MARTÍN*
Universidad de Talca, Chile

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cuando los padres viven separados, cualquiera sea de ello el antecedente—no haber existido nunca cohabitación o una ruptura del vínculo de pareja conflictiva o consensuada—, se producen una serie de efectos o consecuencias respecto de los hijos, la mayoría de las cuales desbordan el puro ámbito jurídico.

La ruptura de un vínculo previo entre los padres (matrimonio o convivencia) ocurre, en la mayoría de los casos, en un ambiente conflictivo, escenario no propicio para que alcancen acuerdos sobre sus propios intereses o sobre los derechos e intereses de sus hijos comunes. La evidencia demuestra que del total de causas ingresadas en los tribunales de familia la gran mayoría dice relación con derechos y deberes derivados de la relación paterno-filial y dentro de las mismas, después de la situación de los alimentos que logran dígitos difíciles de alcanzar, se encuentran las causas vinculadas con el establecimiento de un régimen de relación directa y regular, su modificación o suspensión, dejando más atrás las causas sobre cuidado personal, su declaración y modificación.¹ Pese a que en el marco de un proceso judicial se pueden alcanzar acuerdos (así por ejemplo en el llamado a conciliación), prima en los tribunales la postura del conflicto de intereses.

* Profesora de derecho civil en la Universidad de Talca, Chile. Doctora en derecho por la Universidad de Zaragoza, España; correo electrónico acuanasm@utalca.cl

¹ De las causas ingresadas en 2013 en los tribunales de familia con sistema en línea. 226.890 fueron de alimentos (determinación, aumento, cesación, rebaja, otros); 35.965 de cuidado personal (declaración, modificación, otros); y 100.097 de relación directa y regular (declaración, modificación, suspensión, otros). V. Instituto Nacional de Estadísticas, *Justicia. Informe Anual 2013*, 16 de septiembre de 2014, pp. 70 ss.

El ambiente de conflicto, además de generar que una cantidad desbordante de asuntos lleguen a tribunales, entorpece posteriormente el cumplimiento de los deberes paternos y maternos. La satisfacción de estos deberes comprende una serie de funciones de los padres que, básicamente se vinculan con sus responsabilidades de cuidado, a saber: procurar la mayor realización espiritual y material posible de los hijos y guiarlos en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades (artículo 222 inciso 1° CC.); la crianza y educación de los hijos (artículo 224 inciso 1° CC.); su cuidado personal (artículos 224 a 225-2 CC.); mantener con ellos una relación directa y regular (artículo 229 CC.); contribuir en los gastos de su educación, crianza y establecimiento (artículo 230 CC.); corregirlos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal (artículo 234 CC.); educar a los hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida (artículo 236 CC.); y finalmente, en el plano patrimonial, administrar sus bienes y representarlos (artículos 244 y siguientes CC.). Ahora bien, el ejercicio de la parentalidad no se estanca en estas funciones recogidas expresamente en la ley, sino que incluye también, tanto la capacidad de los padres para vincularse a sus hijos, respondiendo a sus necesidades con empatía, estableciendo modelos de crianza y transmitiendo afectos como la capacidad de procurar en todo momento el bien de los hijos. La responsabilidad parental, en cuanto consecuencia de la relación de filiación, da cuenta de obligaciones continuadas que exigen una conducta permanente de los padres.

Tales deberes y funciones deben continuar cumpliéndose en un contexto de crisis familiar, teniendo presente que el ejercicio óptimo de la paternidad y maternidad solo es posible en condiciones que posibiliten la relación entre padres e hijos. El régimen de cuidado personal y el derecho-deber del padre o de la madre que no tiene el cuidado personal del hijo para mantener con éste una relación directa y regular son los medios jurídicos que hacen posible mantener los vínculos paterno-filiales. El interés superior de niños, niñas y adolescentes exige la continuidad de su crianza y educación y la estabilidad de vida que requieren para el desarrollo integral de su personalidad hasta la madurez.

Se suele atribuir a las separaciones de pareja y situaciones conflictivas entre los padres la producción de un fenómeno que en los últimos años empieza a tomar relevancia, la obstrucción del vínculo parental². Ésta obstrucción se

² Rojas Bakstsz, Carolina, *Construcciones sociales de padres desvinculados de sus hijos: obstrucción del*

puede producir de múltiples formas y provenir de diversos agentes (el padre, la madre, otros parientes, extraños) y tanto puede afectar al buen ejercicio del cuidado personal como al desarrollo del régimen de relación directa y regular.

En específico el tema de la obstrucción del ejercicio del derecho de relación directa y regular y sus consecuencias, no ha recibido en nuestro medio un tratamiento jurídico en forma sistemática, ni desde el punto legal, ni del doctrinario dogmático, y tampoco desde la práctica jurídica, salvo contadas excepciones³. La modificación que la Ley N° 20.680 introdujo en el Código Civil en el año 2013, puede contribuir a cambiar este panorama por cuanto ha incorporado expresamente en el artículo 229 CC., la figura del padre/madre obstaculizador. A partir de ahí, este trabajo aborda tan solo una de las aristas del problema, la posibilidad de modificar el cuidado personal que un padre está ejerciendo, como consecuencia de haber él obstruido el ejercicio del régimen de relación directa y regular acordado o establecido a favor de los hijos y del otro padre.

El análisis se dividirá en dos partes. En la primera se examinan los aspectos relevantes del derecho de relación directa y regular y de su ejercicio, en especial la cuestión acerca de cómo inciden las conductas del progenitor cuidador. Lo que allí se constata es que la obstrucción de la relación directa y regular constituye una conducta antijurídica que afecta tanto al padre no cuidador como al hijo. La segunda parte analizará la reacción jurídica ante la obstrucción del régimen de relación para evaluar la posibilidad de instar el cambio del cuidado personal.

II. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

Si partimos por lo obvio, habrá que decir que el ejercicio del derecho de relación directa y regular exige una actuación personal del padre no cuidador; a él compete hacer uso del derecho. En este sentido es un derecho-deber⁴ de hacer

vínculo parental, Tesis de magister en familia como mención en intervención familiar, Universidad del Bío-bío, Concepción, no publicada, operto de 2012, p. 14.

³ Un estudio completo y actualizado del derecho de relación directa y regular, que incluye las situaciones de incumplimiento, obstrucción y protección del derecho, se puede encontrar en ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación directa y regular*, Santiago, Thomson Reuters - La Ley, 2014. Existen también investigaciones y teorizaciones desde el ámbito de la psicología y síquiatría que abordan aspectos parciales y determinados del tema planteado.

⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos* (comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo), en *Derecho Privado y Constitución*, 14,

personalísimo, que genera una prestación personalísima, aunque por razones justificadas, el padre no custodio pueda ser asistido por familiares o personas de su confianza en algunas ocasiones.⁵ No existe previsión legal expresa sobre la forma de ejercer por este progenitor el derecho a relacionarse con sus hijos una vez que se ha determinado un régimen de relación a su favor. Como se trata de un derecho cuyo ejercicio, por su especial contenido, es de tracto sucesivo, su actuación y cumplimiento no es transitorio o instantáneo, sino que exige la repetición de actos aislados y sucesivos en el tiempo, conforme a la periodicidad fijada o acordada, por lo cual, el progenitor no cuidador, debe, con las debidas pausas temporales, mantener una actuación constante en el tiempo de vigencia del régimen: recoger al menor, si fuera del caso; comunicarse, mantener trato y convivir con él, según corresponda; cuidarlo, alimentarle y contribuir en su formación, durante dicho periodo; vigilar su comportamiento; devolverlo a su lugar normal de habitación, entre otras.⁶

El régimen de relación debe ser ejercido en sus propios términos, conforme a lo dispuesto en el acuerdo de los padres o en la decisión judicial subsidiaria. En ambos casos se configuran deberes vinculantes para los progenitores que deben ser respetados en este ejercicio. Ello no excluye el deseable acuerdo de los progenitores en cuanto a las adecuaciones o acomodaciones que vaya exigiendo el ejercicio normal del régimen en cada momento, principalmente en atención a la evolución del menor y sus necesidades⁷. Debe además ejercerse —como todo derecho— conforme a las exigencias de la buena fe. Ahora bien, situados en un derecho que aparece ejercitable por el progenitor no cuidador frente al otro padre —o a quien tenga el cuidado del menor— a ambos alcanza el imperativo de la buena fe⁸. Las exigencias de este principio entrañan la adecua-

2000, pp. 293-294, explica que el derecho de familia tiene para sus relaciones jurídicas propias un equivalente o asimilado al derecho subjetivo patrimonial, llamado *derecho-deber*, con más peso del deber y de la función que el de derecho, lo que se debe a la íntima conexión con obligaciones fundamentales de la relación paterno-filial.

⁵ Esta asistencia, que normalmente permite que el menor se relacione con otros familiares, no es sinónimo de delegación en el ejercicio del derecho. V. TRINIDAD BLASCO, Carlos, *Memoria práctica civil. Familia y sucesiones*, Madrid, Francis y Taylor, 2009, p. 402. El autor informa de una decisión de la Audiencia Provincial de Castellón de 1 de marzo de 2005, que admitió, erradamente en mi opinión, la sustitución en el ejercicio de las visitas por razones de pura conveniencia o comodidad del progenitor no custodio, al entender que la obligación no reviste carácter personalísimo.

⁶ ACUÑA SAN MARTÍN (n. 3), pp. 128 ss.

⁷ Recomendando que el régimen adoptado en la sentencia pueda ser *adaptado convenientemente por las proyecciones de común acuerdo y en atención a las circunstancias* se manifiesta la Audiencia Provincial de Tarragona, en España, sección 1ª, sentencia 368/2012, de 7 septiembre, JUR/2012/351824.

⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 275.

da colaboración entre ambos progenitores en el ejercicio del derecho,⁹ debiendo cada uno facilitar la actuación del otro. El ejercicio del derecho, es decir, su cumplimiento, no es cosa de uno sino de dos, del padre titular formal del derecho en primer término, pero también del padre que ejerce el cuidado personal, por su carácter de sujeto pasivo del vínculo jurídico, por las relaciones laterales que inevitablemente se producen a su respecto, por las obligaciones comunes respecto de sus hijos (artículo 18.1 Convención de derechos del niño y artículo 224 inciso 1º CC.)¹⁰, por su deber de asegurar la máxima estabilidad del hijo y garantizar la relación directa y regular (artículo 225-2, letra d CC.).

La colaboración implica que en el ejercicio del derecho de relación el progenitor no cuidador deberá cuidar de no afectar la custodia del otro padre; en este sentido, su ejercicio no puede ser intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso. A su turno, el padre cuidador debe respetar el derecho de relación, facilitando los contactos, posibilitando el ejercicio del derecho y absteniéndose de conductas obstructionistas¹¹. Es parte de la buena fe exigible a ambos padres, comunicar o advertirse recíprocamente de las circunstancias o hechos imprevistos que les dificulten o imposibiliten el correcto y puntual desempeño de su actuación en vista del ejercicio del derecho.¹² Desde otra perspectiva, la buena fe exige que el derecho de relación se lleve a cabo

⁹ ACUÑA SAN MARTÍN (n. 3), p. 145 y ss.

¹⁰ Dispone el artículo 18.1 de la citada convención: "*Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*". Por su parte, nuestro artículo 224 inciso 1º CC. establece expresamente, desde junio de 2013, el principio de responsabilidad parental en materia de relaciones personales paterno-filiales, en los siguientes términos: "*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Este se basará en el principio de corresponsabilidad, 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*".

¹¹ ACUÑA SAN MARTÍN (n. 3), pp. 146 ss.

¹² RIVERO (1997) 264. El deber de información de los progenitores sobre todos los aspectos de importancia en la vida del menor, es un deber instrumental imprescindible para el correcto desempeño de las funciones inherentes a la responsabilidad parental. Así ha sido valorado en las "Conclusiones" refundidas del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia celebrado en Valencia, en octubre de 2009. Para lograr su efectividad, se propone, en las mismas "Conclusiones", que las sentencias y/o convenios incorporen una medida de carácter personal de un tenor similar al siguiente: "El progenitor con quien el menor convive habitualmente, vendrá obligado a informar al otro progenitor de todas aquellas cuestiones trascendentes en la vida del menor, respecto de las cuales no pueda este último obtener directamente información. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no vivan habitualmente los hijos respecto de iguales cuestiones acuciadas en el tiempo que tenga consigo a los menores".

sin sobrepasar los límites normales de su ejercicio¹³.

Cabe tener presente en este ámbito que el ejercicio de todos los derechos derivados de la relación paterno-filial, cuando los hijos son menores de edad, conlleva una actuación en interés de los hijos, conforme a la cual el ejercicio no queda a discreción del progenitor titular formal del derecho, ni a merced del beneplácito del que ejerce el cuidado personal. En términos generales la finalidad esencial a cuya consecución se dirige el derecho de relación directa y regular es propiciar el desarrollo integral del menor atenuando los efectos negativos de la falta de convivencia habitual con ambos padres. Más específicamente, como señala el inciso 2º del artículo 229 CC., su propósito consiste en 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*. Desarrollo integral de los hijos y mantenimiento de los vínculos familiares son bienes jurídicamente protegidos y demandan el cumplimiento del régimen de relación y de cuidado personal con diligencia y rectitud. Rivero Hernández habla de cumplir bien, para significar que el ejercicio no se corresponde mecánicamente solo con la realización material de los actos que comprende la modalidad de relación constitutiva del régimen específico de relación, sino que se deben intencionar aquellos actos con el sentido finalístico y alcance que esas relaciones personales deben tener por el fin a que atienden¹⁴.

En suma, el régimen de relación entre el padre que no ejerce el cuidado personal y sus hijos se establece no solo para que lo cumpla aquél, sino también para que quien asume o ejerce el cuidado personal del hijo o hijos menores, posibilite el contacto periódico y estable en que consiste el régimen. Los deberes del padre/madre que ejerce el cuidado personal respecto del régimen de relación tienen triple fuente:

i) Una general derivada de su condición de padre, conforme a la cual le incumbe facilitar y posibilitar los contactos de sus hijos con el otro padre, pues tiene el deber de procurar su mayor realización espiritual y material posible, dentro de lo cual se incardina lo necesario para asegurar el correcto desarrollo de su personalidad (artículo 222 CC.).

ii) Una específica derivada del régimen de relación acordado o impuesto en la sentencia, lo que acarrea que la posición jurídica del padre que tiene el cuidado personal sea de sujeto pasivo, caracterizado por una situación de de-

¹³ Estos límites normales tanto vienen impuestos por el concreto régimen de relación (modalidad de relación, periodicidad, lugar, etc.), como por los fines del derecho en conexión con el principio del interés superior del menor.

¹⁴ Rivero (n. 4), p. 263.

ber jurídico, cuya carga principal es propiciar y facilitar la relación. Deber de colaboración.

iii) Otra específica derivada de su condición de padre custodio, al venir su cooperación impuesta por ley en el artículo artículo 225-2 letra d) CC., que estima la circunstancia a apreciar: la capacidad de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular.

A partir de la determinación del régimen de relación, la posición jurídica del padre que tiene el cuidado personal se caracteriza por una situación de deber jurídico, cuya carga principal es *cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular* (artículo 225-2 letra d) CC.). Desde la Ley N.º 20.680 de 2013, la cooperación del padre no cuidador en el ejercicio de la relación directa y regular viene impuesta por ley. Desde esta perspectiva, la obstrucción al ejercicio del derecho puede constituir un ejercicio inadecuado o abusivo del cuidado personal.

III. LA OBSTACULIZACIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

El incumplimiento del régimen de relación implica una inobservancia delibada de lo acordado por los progenitores, o de lo resuelto por el tribunal: tal incumplimiento puede provenir del progenitor titular del derecho o del que tiene atribuido el cuidado personal¹⁵. Los incumplimientos de parte del padre cuidador, como hechos voluntarios, pueden venir justificados por las circunstancias, como cuando el hijo ha sido agredido por el padre no custodio o ha enfermado transitoriamente; o puede tratarse de incumplimientos caprichosos e infundados. En el primer caso, no se trata de verdadero incumplimiento en sentido jurídico y la no realización de las visitas tendrá un tratamiento y consecuencias distintas de las que corresponden al incumplimiento efectivo¹⁶. Este último tipo de incumplimiento, esto es, al que impide la relación total o parcialmente, sin causa justificada, es constitutivo de obstaculización. La obstaculización es un tipo de incumplimiento.

Obstaculizar consiste, conforme al diccionario de la Real Academia Española, en impedir o dificultar la consecución de un propósito. En el caso parti-

¹⁵ Se sugiere incluso que el incumplimiento del régimen puede provenir de los propios hijos, ya sea por su propia voluntad, o a consecuencia de haber sido manipulados por el custodio o terceros: ROMERO COLOMA, Aurelia, *Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Madrid, Reus, 2010, p. 50.

¹⁶ RIVERO (n. 4), p. 270.

cular del derecho de relación lo que se impide o dificulta es tanto el mantenimiento del vínculo familiar entre el progenitor no cuidador y sus hijos, como el desarrollo integral de éstos.

Las conductas obstaculizadoras del progenitor que ejerce el cuidado personal pueden ser constitutivas de un incumplimiento total cuando impiden de todo punto el ejercicio del régimen de relación (por ejemplo, no entregando al menor); o pueden configurar un cumplimiento imperfecto o defectuoso, básicamente en dos supuestos: por un lado, cuando impiden que el ejercicio se efectúe adecuadamente del modo previsto (por ejemplo: retrasa la entrega, altera los días, no informa de situaciones imprevistas relativas al hijo, entre otras); y, por otro, cuando imposibilita que el ejercicio del derecho cumpla los fines a que está destinado, lo que materialmente no impide la relación pero la envenena (por ejemplo, no respeta la intimidad que supone la vinculación padre/hijo¹⁷, desvirtúa la imagen del padre, crea un clima adverso, o dispone negativamente al menor respecto del otro padre, entre otras). Muchos de los incumplimientos imperfectos no serán causa suficiente para adoptar medidas en contra del incumplidor,¹⁸ principalmente en interés del menor.

Subyace a los incumplimientos una actitud negativa y de no colaboración dispuesta a producir la frustración material del ejercicio del derecho o del logro de sus fines, realizada personalmente por el padre que tiene el cuidado personal o por intermedio de otras personas de su entorno.

Dentro de los principales motivos aducidos por el progenitor que ejerce el cuidado personal para no dar cumplimiento a sus deberes respecto del régimen de relación, particularmente para no entregar al menor, se encuentran: la consideración de que el progenitor no custodio no ejerce adecuadamente

¹⁷ García Pastor, Milgros, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, McGraw Hill, 1997, p. 259. La protección de la intimidad de la relación es una cuestión que debe ser advertida y considerada al tiempo de la determinación del régimen, por ejemplo, en la consideración del lugar de ejercicio.

¹⁸ No se puede controlar todo lo que un progenitor le dice a su hijo, ni cuanto afecto le demuestra; no es posible siempre obligar a alguien a comportarse correctamente; además, teniendo en cuenta que algunas medidas vulnerarían, en casos que no revisten suficiente gravedad, el derecho del menor a mantener relación con ambos progenitores, alguna doctrina concluye, que en muchas de estas situaciones reprochables no queda más que resignarse a que las cosas sigan así, mientras los padres no estén dispuestos a cambiar de actitud. García (n. 17), p. 69.

sus responsabilidades parentales¹⁹; la oposición del menor a la relación²⁰; la estimación de que la estancia del menor con el otro progenitor es perjudicial para aquél (por los ejemplos corruptos, los malos tratos o los abusos de que es víctima); una enfermedad del menor o actividades extraescolares en los días intrasemanales en que corresponden las visitas, entre las más comunes.

IV. EFECTOS DE LA OBSTACULIZACIÓN

El ejercicio de la autoridad parental se ha visto enriquecido por el derecho del niño a mantener relaciones con sus dos padres y el derecho de éstos últimos a tener un lugar en la vida cotidiana del niño²¹. La obstaculización en cuanto incumplimiento afecta cuantitativa y/o cualitativamente las relaciones personales entre el hijo y el progenitor que no tiene su cuidado personal, comprometiendo con ello el bienestar e interés de los menores. Sus consecuencias pueden ser graves e incluso irreparables en el plano personal al generar la desvinculación familiar. En el plano humano, el incumplimiento del derecho si es total, generará una no relación y, si es reiterado, una disolución fáctica de la relación de filiación. Se va a producir un efecto contrario a los fines de la institución: no se desarrollará, ni reanudará la comunicación y producto de la falta de relación el padre no custodio al cabo de un tiempo se transformará en un extraño para sus hijos.

Para el padre/madre titular del derecho de relación directa y regular la obstaculización provoca la pérdida del hijo, aunque sea temporal, por cuanto se impide el trato, contacto y comunicación, que es para él (que no tiene el cuidado personal habitual y quizá tampoco comparte el ejercicio de la patria potestad) la forma de actuación de la relación paterno-filial. Si se impide que un hijo pase con uno de sus padres el tiempo en que conforme a la resolución

¹⁹ Se trata de una situación que debe ser valorada con prudencia. En los autos que conoce el Tribunal Supremo español, la madre había argumentado el abandono material y afectivo de la hija por el padre quien habría incumplido por años sus deberes parentales, sin embargo, fue probado que "la falta de relación se debió a que el padre desconocía su paradero y tales circunstancias las provocó deliberadamente la recurrente, pues así cerró las puertas a una futura comunicación, ya que se trasladó a otro domicilio y no facilitó nueva dirección al demandado ni a su familia más próxima". Tribunal Supremo español, sentencia 11271/2003, de 27 de noviembre, sala 1ª de lo Civil, consultada en vlex: id VLEX:17748742.

²⁰ MORENO VEJASCO, Víctor, *Incumplimiento del régimen de comunicación del progenitor no custodio por voluntad de los hijos*, en *La Ley*, N° 7565, 2011, consultada en www.laleydigital.es, el 10 de marzo 2014. El autor insiste en la necesidad de identificar la existencia de hechos objetivos y consistentes que fundamenten tal negativa, la que puede deberse a causas fundadas o infundadas.

²¹ TOBÓN BARRIOS, Luz Estela, *Las relaciones paterno filiales de carácter personal en el derecho francés*, en *Vinculos*, 1/1, 2010, p. 80.

judicial o el acuerdo, debieron relacionarse, el ejercicio del derecho quedará incumplido sin posibilidad de reparación, pues ese tiempo y ese contacto se habrían perdido y la relación familiar que por su intermedio se pretendía mantener no se habrá producido.

Desde la óptica del hijo, cuando se obstruye o limita el ejercicio de la relación a que tiene derecho conforme al artículo 9 de la *Convención de los derechos del niño*, se puede causar un perjuicio en su formación integral al privarle de una vivencia, contacto y referente relevante en su desarrollo. Tanto para el hijo como para el progenitor no custodio la obstrucción puede configurar además, un tipo de maltrato o violencia psicológica ejercida al amparo del ámbito de poder de que goza el progenitor que ejerce el cuidado personal del hijo²²; que particularmente afectará a los niños en edades tempranas y aunque se ha visibilizado menos, también implica violencia hacia el padre no cuidador con serias consecuencias psicológicas para él²³.

Los efectos de la obstaculización se relacionan con los intereses involucrados en el régimen de relación, intereses que no son solo los del padre no cuidador, titular formal del derecho, sino sobre todo los del hijo. Cabe reiterar que el derecho y el deber del padre o de la madre que no tiene el cuidado personal del hijo a mantener con éste una relación directa y regular, es el medio jurídico que posibilita sostener los vínculos afectivos entre el niño y los adultos que le son más significativos, ya sea cuando ha existido alguna situación que provocó una separación entre éstos, o bien, cuando no ha existido convivencia alguna entre los mismos. El ejercicio del derecho de relación directa y regular determina una adecuada colaboración entre ambos padres, debiendo cada uno facilitar la actuación del otro. La colaboración implica que así como el progenitor no cuidador debe cuidar de no afectar la custodia que ejercer el otro padre; éste debe respetar la comunicación entre su hijo y el no cuidador.

Si el custodio daña injustificadamente la relación entre el otro progenitor y

²² Conforme al artículo 5º de la Ley N° 20.066 es constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica.

²³ Las consecuencias que padecen los padres alejados de las vidas de sus hijos son múltiples y dependen del tipo de obstaculización. Según se informa desde la psicología en el *tipo leve* aparecen sentimientos de angustia, de desarrigo, de soledad, de frustración por no tener una familia, con algunas consecuencias físicas, como pérdida de peso e irritabilidad; en el *tipo moderado* aparecen sentimientos de rabia e impotencia, obsesión con el tema, con frecuentes sentimientos de angustia, de injusticia y soledad que los hace caer en estados depresivos, baja en el rendimiento laboral o académico. En el tipo grave es característico que experimenten depresión, una marcada angustia, crisis de llanto e ideas suicidas. DE LA CRUZ, Ana Cristina, *Divorcio destructivo: cuando uno de los padres alga activamente al otro de la vida de sus hijos*, en *Diversitas. Perspectiva en Psicología*, 411, 2008, p. 154.

sus hijos —en quienes reside su preocupación fundamental—, no solo incumple los deberes que la resolución judicial le impone respecto del régimen de comunicación, sino que, además pone en duda sus propias habilidades parentales, pues se muestra incapaz de separar el conflicto de pareja de la situación de los hijos y no observa con neutralidad el mejor beneficio de los menores.

Desde las ciencias sociales se alude a la desparentalización como un proceso psicosociológico impuesto y a la vez asumido, donde se limitan o inhiben parcial o totalmente a un padre o una madre, sus derechos de ejercer la parentalidad, sin existir un justificante o un motivo, dirigido a fundamentar tal situación²⁴.

V. REACCIÓN JURÍDICA FRENTE A LA OBSTACULIZACIÓN

Frente a la obstaculización del régimen de relación se produce la necesidad de prestar atención y resolver diversos problemas jurídicos, a saber, el restablecimiento del derecho, la reparación de los daños y la sanción al responsable²⁵. Las acciones ejercidas desde la justicia en general suelen ser poco eficaces para ayudar a desarticular las conductas de entorpecimiento de la vinculación, sobre todo porque el problema de fondo no es puramente jurídico, salvo en los casos leves, donde la ley y los deberes impuestos en la sentencia terminan respetándose, aunque de manera irregular; es habitual en situaciones conflictivas que no se respeten ni cumplan las sentencias judiciales, que abundan las denuncias falsas que contribuyen a dilatar las soluciones y, que las medidas terapéuticas ordenadas sean de corto tiempo, de carácter individual, no incluyan un seguimiento duradero, y no integren a todos los sujetos involucrados²⁶. En el contexto del ejercicio de las relaciones personales paterno-filiales, cuando se trata de un padre incumplidor hay una delegada línea entre lo que corresponde a una sanción al actuar del progenitor infractor y lo que es una cautela de los intereses de los hijos²⁷.

La posibilidad de modificar el cuidado personal que ejerce uno de los padres y entregarlo al otro, producto de la conducta obstaculizadora del primero respecto del derecho de relación del segundo, se enmarca dentro de las medi-

²⁴ Rojas (n. 2), p. 72.

²⁵ ACUÑA SAN MARTÍN (n. 3), p. 244.

²⁶ Los escasos recursos económicos asignados al tratamiento de estos temas explican en parte la situación. En De La Cruz se explican algunos de estos problemas asociados al llamado síndrome de alienación parental. DE LA CRUZ (n. 23), pp. 155 ss.

²⁷ RAGEI SÁNCHEZ, Luis, *Multitud, separación y divorcio en la jurisprudencia*, Madrid, Reus, 2003, p. 112.

das de protección del derecho que tienen por objeto preferente la sanción al incumplidor, aunque en cierta forma su objeto también es preservar la relación del hijo con ambos padres cambiando la radicación del cuidado personal. Los restantes problemas jurídicos (restablecimiento del derecho y reparación de daños) de gran complejidad y relevancia, escapan del alcance y objetivos de esta exposición.

VI. POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL

1. Algunos antecedentes de derecho extranjero.

En Argentina, la doctrina venía interpretando el artículo 206 de su anterior Código Civil²⁸, señalando que resulta más idóneo para ejercer la tenencia de un niño –entre otras pautas– aquel progenitor que facilita el contacto con el no conviviente, ya que quien se preocupa porque el niño conserve una relación estrecha con el padre no conviviente demuestra poder comprender las necesidades de sus hijos²⁹. Existe jurisprudencia avalatoria de esta posición según la cual “*las obstrucciones del derecho de visitas provenientes de la madre a quien se le ha dado la tenencia, constituyen fundamento suficiente para modificarla, pues con dicha actitud se posterga el derecho y bienestar del niño a quien estas visitas también beneficiar, atento a que debe prevalecer como factor decisivo a esos fines el interés moral o material del menor sobre cualquier otra circunstancia que pueda concurrir a cada caso*”³⁰.

El nuevo Código Civil y Comercial argentino contiene varias disposiciones que se incardinan justamente por la posibilidad de modificar el régimen de custodia en casos de obstrucción pues un factor determinante a ponderar para determinar a quien corresponde el cuidado personal es el deber de colaborar. Al respecto se pueden ver los artículos: 555: “*Los que tienen a su cargo el cuidado*

²⁸ El artículo 206 CCAg. disponía: “*Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si hubiere hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de cinco (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En caso de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos*”.

²⁹ GROSSMANN, Cecilia, *El derecho infraconstitucional y los derechos del niño*, VV. AA., *Libro de ponencias del congreso internacional La persona y el derecho en el fin de siglo*, Universidad Nacional del Litoral, 1996, p. 245.

³⁰ Suprema Corte de Ciudad de la Plata, 21 de junio de 2012, en recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, en causa sobre tenencia de un menor C. 111.631.

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 primer 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”; 557: “El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reintegro del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia”; y 653a: “En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar, entre otros aspectos, la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro”.

En el medio español dentro de las medidas de protección civil cuyo objeto preferente es la sanción al incumplidor se encuentra el artículo 776.3 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* que dispone: “*El incumplimiento reintegrado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas*”. La norma devela la estrecha vinculación entre la guarda y custodia y el derecho de relación o visitas, puesta de manifiesto al permitir el legislador adopción al juez medidas cruzadas respecto de una u otra en caso de lesión del régimen de visita.

El legislador deja abierto un amplio espacio al juez para la apreciación prudencial de las circunstancias concurrentes, así como en el establecimiento de las consecuencias posibles de los incumplimientos. Esto último se evidencia claramente con el empleo de la expresión “*modificación del régimen de guarda y visitas*”, que no precisa un sentido único o necesario en que deba concretarse tal medida³¹. En tal perspectiva, la jurisprudencia española basándose en el interés del menor ante los incumplimientos de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte del custodio, en ocasiones ha modificado el régimen de custodia atribuyéndosela al no custodio; en otras, ha ampliado el régimen de relación y en otras oportunidades ha decidido no dar lugar a modificación alguna por los efectos negativos que en el caso concreto se podrían producir para el menor.

Una muestra de la primera opción es la decisión que llegó a examen del Tribunal Constitucional, el cual, en sentencia 8/2005, de 17 de enero de 2005 declaró vulnerado el derecho del demandante de amparo, a la tutela judicial

³¹ ACIÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 342.

efectiva. El auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz de la Palma luego de hacer un amplio desarrollo de los hechos, pruebas rendidas e informes periciales, señaló que: *“las valoraciones anteriores ponen de manifiesto un grave incumplimiento por parte de la madre de sus obligaciones con relación a su hijo, especialmente en lo referente a su obligación de facilitar la relación del niño con su padre y, para ello, el correcto desenvolvimiento del régimen de visitas, que en este caso permite además al niño mantener la relación con sus hermanos. Y, de otra parte, que la madre, con su actitud, ha favorecido la culpabilización del niño: es inaceptable que se haga creer a un niño que si se pone enfermo su padre y sus hermanos no le van a dar medicinas; o que la subsistencia económica de su madre depende de que él permanezca con ella”*. A lo anterior añadió que resultaba acreditado que *“el niño está bien y correctamente atendido en la casa de su padre. Todo ello, unido, como se ha recalado por el Ministerio Fiscal en la vista celebrada, a la buena relación del niño con sus hermanos, determina que se estime procedente, en interés del menor, modificar la guarda del mismo [...]”*. Así, en aplicación del artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 159, 92, 94 y 158.3 CCEsp. *“y ello por cuanto aparece que no existe otra vía para poner fin a la situación creada por la madre, a pesar de los sucesivos requerimientos, realizados incluso personalmente por el juez que firma esta resolución, e incluso imposición de una multa”*. Se fijó conjuntamente un régimen de visitas para la madre.

Deducido recurso de apelación por la madre, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, acordó, por auto de 23 de septiembre de 2002, revocar íntegramente el auto recurrido, razonando que *“en el presente caso, no concurren razones que justifiquen una modificación del régimen de custodia en su momento acordado, ya que no han sobrevenido nuevos circunstancias que justifiquen la modificación de una medida de tanta trascendencia para la vida del menor, sino la adopción por el Juzgado a quo de cuantas medidas sean necesarias para garantizar su ejecución, de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. El Tribunal Constitucional acogió parcialmente un amparo y a fin de restablecer en la integridad de su derecho al padre, anuló el auto de la Audiencia Provincial, y retrotrajo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a su dictado para que por dicho órgano judicial se pronuncie nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental invocado. Afirmó el Tribunal que *“no resulta constitucionalmente admisible que, una vez que el juez de Primera Instancia explicita ciertos hechos ya señalados con anterioridad (sucesivos incumplimientos del régimen de visitas, culpabilización del menor en cuanto a la subsistencia de su madre, buena relación con el padre*

y los hermanos negada por la madre, etc.), éstos sean simplemente ignorados por la Audiencia Provincial al afirmar lisa y llanamente que no han sobrevenido circunstancias que justifiquen la variación del régimen de custodia del menor, sin que ello venga precedido de una diferente apreciación de tales circunstancias o de la valoración jurídica que merezcan al Tribunal”.

Un caso más reciente lo proporciona el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid³², que estimó la modificación de medidas solicitada por el padre respecto de la custodia ejercida por la madre, quien había incumplido de forma sistemática el derecho de visitas del padre con la menor, hasta el punto de llevar aquél más de dos años sin ver a su hija, ello por decisión unilateral de la madre y sin causa acreditada que lo justificase. Razonó el juez que cuando se otorgó a la madre la guarda y custodia en el año 2003, los elementos de juicio que entonces se valoraron para tomar la decisión no hacían prever que la guarda materna fuese a erigirse precisamente en un peligro para la efectividad del régimen de visitas que se estableció a favor del padre. Posteriormente al dictarse la sentencia de divorcio y sobre todo en los últimos años, la conducta de la madre consistió en impedir las visitas de la menor con el padre, por su propia voluntad sin causa justificada lo cual tuvo una influencia negativa en la menor. El incumplimiento de la madre se produjo de dos formas: no llevando a la niña al punto de encuentro familiar cuando le correspondían las visitas al padre y, en segundo lugar, creando en la hija un rechazo hacia su padre. Por su parte, el informe del equipo psicosocial que valoró la situación familiar y la relación paterno y materno-filial determinó la idoneidad de un cambio de custodia atribuyéndose al padre, por ser más beneficioso para la menor. La madre, según el equipo psicosocial *“siempre ha priorizado sus deseos e intereses por encima de los de su hija y ha asumido un papel de víctima que no se corresponde con la realidad, privando a la menor de la relación con su padre como se ha venido poniendo de manifiesto en los múltiples informes de seguimiento efectuados por el equipo psicosocial, lo que supone como bien dice el informe del equipo psicosocial un inadecuado ejercicio de la custodia”*. Estaba acreditado que el padre siempre había intentado tener contactos con la hija. A la vista de todo ello, se reveló más favorable a los intereses de la menor, siempre prioritarios, que se produjera un cambio en el ejercicio de la guarda y custodia de la menor atribuyéndose ésta al padre³³.

³² Sentencia 446/2011, de 5 de diciembre, consultada en www.westlaw.es.

³³ Se fijó un régimen de visitas a favor de la madre que se suspendió durante un plazo de dos meses, para permitir garantizar un correcto inicio de la convivencia entre la menor y el padre, debiendo el

Un ejemplo de la opción de ampliación del régimen de visitas frente a los reiterados incumplimientos del progenitor custodio aparece en la Sentencia Provincial de Cantabria que en interés del menor y considerando los reiterados incumplimientos del progenitor guardador, y con la finalidad de consolidar la relación del padre con la hija, modifica el régimen mediante su ampliación a visitas intrasemanales.

Finalmente, la opción por no introducir modificación alguna pese a los incumplimientos probados, ha tenido su recepción más reciente en el Tribunal Supremo español.³⁴ La sentencia merece ser expuesta por cuanto aporta sentido específico a la norma en examen (artículo 776.3 en la *Ley de Enjuiciamiento Civil*), en tres ámbitos: en primer lugar contextualizándola dentro del terreno de la protección de la familia y la infancia: “esta norma constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución”; en segundo lugar, distanciándola, pese a su tenor literal, de un carácter puramente sancionador: “la consecución posibilitada de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador”; y finalmente en tercer lugar, precisando su criterio teleológico de corrección en el interés superior del menor: “lo que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino el interés de los menores en verse y comunicarse con el progenitor no custodio, evitando que la ruptura del contacto con el hijo, especialmente si este es de corta edad, pueda conducir a una alteración creciente de la relación con su padre. Sin duda el paso del tiempo puede tener como efecto convertir en definitiva una situación de falta de comunicación, en la medida en que se le priva de estos contactos periódicos y se amenazan estos intereses y derechos que resultan de la relación con sus progenitores”.

El tribunal reconoce que son hechos probados que a la madre se había atribuido inicialmente la guarda y custodia de su hijo, permitiéndose además

equipo psicosocial realizar un seguimiento al finalizar dicho plazo, para establecer cómo se desarrolló el cambio de guarda y custodia y señalar un régimen de visitas para la madre.

³⁴ Sentencia 373/2013, de 31 de enero. Id. Cendoj: 28079119912013100002.

el cambio de residencia a los Estados Unidos de América; que ella dejó sin cumplir los compromisos asumidos en orden a facilitar las comunicaciones del hijo con el padre pese a las múltiples actuaciones judiciales que se llevaron con tal finalidad desde el año 2006 en que se evitó cualquier contacto con su padre; y que se la había requerido judicialmente apercibiéndola de la plena efectividad del artículo 776.3 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Sin embargo, indica que con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia, lo que debe primar es el interés del menor: “es evidente, y especialmente relevante, que en ninguno de los hechos que refiere la demanda de modificación de medidas, se alude o justifica el beneficio que para el menor representa el cambio; por el contrario, se estima que medidas de esta clase con el padre (con quien la relación, hasta ahora es prácticamente inexistente) en Pontevedra y la madre y el hijo en Estados Unidos, donde están perfectamente integrados desde hace tiempo, no son aconsejables en estos momentos”. El tribunal insiste en la relevancia de observar los datos concretos de cada menor al resolver y a partir de las anteriores consideraciones falla revocando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 de Pontevedra de 26 de julio de 2010 y en su lugar, desestima la demanda de modificación de medidas interpuesta por el padre.³⁵

En vista de todas las posibilidades de actuación, resulta que el cambio de la guarda y custodia de un menor en España solo procedería cuando los reiterados incumplimientos sean de tal magnitud que atrenten gravemente, de un modo que se aprecia irreversible, el derecho de relación que tiene el hijo con el progenitor no custodio, a condición de que con ello no se afecte en mayor medida el interés del menor. Se califica como medida de *ultima ratio*, a emplear una vez que hayan fracasado las demás medidas que pretendían restablecer el ejercicio del derecho.

En la práctica no es habitual el empleo del artículo 776.3 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* como sanción al incumplidor, según refiere la doctrina, por ser suficiente el apercibimiento del cambio de régimen para lograr buenos resultados en términos de modificar la actitud obstructionista o incumplidora y restablecer el ejercicio adecuado del derecho de relación.³⁶

³⁵ Breves comentarios a esta sentencia se ofrecen en: DE LA IGLESIA MONJE, M.º Isabel, *Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 738, 2013, pp. 2656 ss.

³⁶ Se acusa, sin embargo, que este apercibimiento en muchos casos no logra nada pues el progenitor custodio sabe que la amenaza no se va a cumplir: por un lado, porque el juez debió pronunciarse previamente sobre el *favor filii* al concederle la custodia y dicho criterio difícilmente cambiará por el

2. *Situación nacional.*

El derecho del progenitor que no ejerce el cuidado personal a que no se ponga en peligro su relación paterno-filial, es un interés legalmente protegido en el modificado artículo 229 CC. Prescribe el inciso 5° de dicha disposición: “El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo”. A partir del deber jurídico impuesto, la obstaculización al ejercicio del régimen de relación se configura como una conducta antijurídica.

Nuestra ley de menores establece algunas consecuencias a este tipo de incumplimiento, como son

f) La posibilidad de que el padre o madre afectado solicite la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente (artículo 48 inciso 3º) Cuando por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor se frustra, retarda o entorpece, de cualquier manera, la relación en los términos en que ha sido establecida.

ii) La posibilidad de imponer apremios en la forma establecida en el artículo 543 CPC., para el que infrinjere las resoluciones que determinan el ejercicio del derecho.

La duda es sobre la procedencia de imponer al obstaculizador la pérdida del cuidado personal de los hijos, por cuanto, no existe en nuestro ordenamiento familiar norma expresa que prevea de modo directo la medida de modificación del cuidado personal para los casos de obstrucción del régimen de relación directa y regular. Pese a ello es posible, conforme a las circunstancias de hecho y en atención al interés del menor, que el juez resuelva lo pertinente conforme a los artículos 225, 225-2 y 242 CC.

La primera disposición en su inciso 4º permite al juez alterar la radicación del cuidado personal que estuviera vigente por acuerdo de los padres o disposición legal cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente.³⁷ El art 242 CC., por su parte, permite que el juez pueda

incumplimiento de las visitas, y además, porque el progenitor no custodio que ha visto dificultado u obstruido el ejercicio de su derecho, posiblemente no se interese en obtener la custodia, sino solo el disfrute de los días que tiene fijados por resolución judicial: ZARAVAIQUÍ SÁNCHEZ-FERNÁNDEZ, Luis, *El frecuente incumplimiento del régimen de estancias de los menores con el progenitor no custodio en períodos lectivos o vacacionales*, en *Actuialidad Jurídica Aranzadi*, 821, 2011, pp. 3 ss.

³⁷ Antes de la modificación introducida por la Ley 20.680 de 2013, en base a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 225 la doctrina consideraba que frente a incumplimientos reiterados del régimen de comunicación directa y regular, el juez, a pesar de no haber norma expresa, tenía la facultad de variar la asignación del cuidado personal, en la medida que el otro progenitor diera garantías de cumplimiento

modificar o revocar una resolución previa de cuidado personal, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales, debiendo para tal efecto atender, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tener debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Frente a ellas, la norma más interesante es el nuevo artículo 225-2 CC., que dentro de los criterios y circunstancias para el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, considera “la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular”, para lo cual considerará especialmente el deber de no obstruir que se impone en el inciso 5º del artículo 229 al padre o madre que ejerce el cuidado personal.

Destaca de esta norma, en primer lugar, la estrecha vinculación entre el cuidado personal y la relación directa y regular, pues ambas miran en interés del hijo, al fin de cuentas, se trata de dos formas de relacionarse con el menor, una de modo habitual y constante; otra, según la periodicidad que se determine en el régimen específico.³⁸ Ambas protegen un mismo interés, aun con distintas intensidades: el cuidado y desarrollo integral del menor y su estabilidad, por medio de la preservación de las relaciones personales con ambos progenitores.

Por otro lado, se trata de una norma que proporciona un nuevo criterio en materia de relaciones personales, al valorar como circunstancia a considerar para decidir quién es el mejor progenitor para tener el cuidado personal de los hijos, la comprobación de quién es el progenitor que mejor asegura el mantenimiento pacífico de las relaciones de los hijos con el otro progenitor, quien mejor coopera para garantizar la estabilidad del hijo y de la relación directa y regular; de modo que la conducta del custodio para obstaculizar la relación entre los hijos y el otro progenitor puede ser un criterio importante a la hora de decidir modificar el régimen de cuidado personal, aunque no es el único a valorar, pues finalmente siempre deberá ser matizado o corregido por otros criterios y circunstancias en perspectiva de la conveniencia que para el menor acarrea el cambio de cuidado personal.³⁹

La norma también es sugestiva, pues adopta una visión clara respecto de

del régimen de comunicación que debía establecerse entre los hijos y el padre incumplidor: BARKA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, Santiago, Puntolx - Thomson Reuters, 2011, p. 491.

³⁸ Así claramente lo entiende por ejemplo RODRÍGUEZ PINO, Mª Sara, *El personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho chileno de familia*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, p. 87.

³⁹ Al respecto cabe tener presente la extensa lista que propone, sin carácter taxativo, el artículo 225-2 CC.

La posición de cada uno de los padre en torno al derecho de relación directa y regular: ambos progenitores resultan obligados; del régimen de visitas se derivan obligaciones para el progenitor que tiene el cuidado personal (cooperar con el otro, garantizar la relación directa y regular; no obstruir) y para el que no lo tiene.

Complementando la norma civil, particularmente respecto de la actuación judicial, La Ley N° 19.968 en su artículo 45 señala que el juez de familia, de considerarlo pertinente, puede solicitar un informe pericial a profesionales expertos, cuyo objetivo es evaluar las habilidades parentales de ambos padres, con el fin de determinar cuál resulta más idóneo para que se le otorguen los cuidados personales de los hijos, o en otros casos, evaluar a otros referentes familiares, si los padres se encuentran inhabilitados física y/o mentalmente.

La jurisprudencia nacional antes y después de la modificación de la Ley N° 20.680 ha aceptado la modificación del cuidado personal frente a actos de obstrucción del derecho de relación directa y regular. En causa que conoció la Corte de Apelaciones de Rancagua, el menor de 11 años había vivido con la madre desde que nació hasta 2011, año en el cual el cuidado personal pasó a ejercerlo el padre. En los autos estaba acreditada la constante negación del padre del beneficio que reporta al niño el vínculo con su progenitora y la indiferencia conante en las visitas asignadas a la madre, de modo tal que había hecho imposible que el niño y la madre lograsen mantener una comunicación tranquila, que permitiera al menor ver una figura de protección en ella. La Corte decidió que el niño volviera al hogar materno y fijó el pertinente régimen comunicacional a favor del padre no cuidado⁴⁰.

La Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia de 31 de julio de 2015 (rol N° 282-2015) ha señalado que lo que define en cuál de los padres se lo gran de mejor forma los fines de mejor y mayor resguardo del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es la mayor capacidad o habilidad del padre o la madre para aquello. Teniendo especialmente presente que "el padre cuenta con mejores, más adecuadas e idóneas aptitudes, capacidades o habilidades para garantizar el bienestar del niño, que no existe indicio alguno del que se infiera lo contrario, ni una mínima falta de cooperación [...], para garantizar la relación directa y regular [...]". Con su madre, ni para asegurar la máxima estabilidad del niño. Lo que por el contrario, claramente se constata del actuar de la madre, quien como se aprecia de los autos de las diversas audiencias del proceso, reiteradamente

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia N° 18874, de 13 de julio de 2012, consultada en <http://wlcx.com/vtd/-396839534>.

ha obstruccionado las visitas del padre, obligándolo a pedirlos judicialmente". La Corte rechazó el recurso de casación entablado por la demandada y confirmó la sentencia apelada que modifica el cuidado personal y se lo otorga al padre.

VII. CONCLUSIONES

La transición desde la regulación anterior de las relaciones personales entre padres e hijos hasta la actual situación mejorada por la Ley N° 20.680 ha supuesto cambios de calado en cuanto a la asunción de responsabilidades por parte de los progenitores a la hora de configurar la relación personal paterno-filial. Destaca en ello los deberes de colaboración y no obstrucción impuestos al custodio respecto del ejercicio del régimen de relación directa y regular.

La falta de cooperación manifestada en la obstrucción que el cuidador provoca al ejercicio de la relación directa y regular entre los hijos y el otro padre, es un criterio que puede ser importante a la hora de decidir un cambio o modificación del cuidado personal, pero no es el único a valorar cuando hay que resolver sobre la convivencia permanente de los hijos. Debe ser matizado por otros factores en perspectiva del beneficio que para el menor acarrea el cambio en su cuidado y no puede ser visto solo como una medida sancionadora de incumplimientos. La modificación no puede ser mecánica e irreflexiva, pues se trata de una decisión de trascendencia en la vida de hijo.

Para que proceda el cambio de cuidado personal, en estos casos, deben cumplirse al menos cuatro condiciones:

- i) Deberá tratarse de incumplimientos reiterados de las obligaciones derivadas del régimen de relación; no basta un solo incumplimiento.
- ii) Que afecten material o finalísticamente al derecho de un modo que se aprecia esencial; quedando fuera, por tanto, los meros cumplimientos defectuosos.
- iii) Que el progenitor no custodio esté en condiciones materiales y morales de asumir el cuidado personal, pues no siempre dicho progenitor puede y quiere asumirla.
- iv) Que la modificación del cuidado redunde en beneficio del menor o, al menos, no le perjudique, lo que debe basarse en la realidad y no en especulaciones. Recordemos que se ha fallado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso "Atala Riffo y niñas vs Chile", que la determinación del interés superior de los niños en casos de cuidado y custodia se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño; los daños o riesgos reales y probados, y no especulaciones o imaginarios.

En definitiva, un cambio del cuidado personal del menor producto de la conducta obstaculizadora del progenitor que ejerce el cuidado personal es posible, pero solo procedería cuando los reiterados incumplimientos del padre/madre que tiene el cuidado personal sean de tal magnitud que atenten gravemente contra la máxima estabilidad del hijo y no garanticen la relación directa y regular, y siempre a condición de que con ello no se afecte en mayor medida el interés del hijo.