

Régimen de Alimentos, Cuidado personal y Relación directa y regular en la decisión judicial

Autores

Francesco
Carretta
Muñoz

Nel
Greeven
Bobadilla

Autores

Francesco Carretta Muñoz

Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Francesco Carretta Muñoz es profesor de Derecho Procesal de la misma casa de estudios. Abogado formado en la Universidad Austral de Chile, se desempeña como magistrado en el Juzgado de Familia de Valparaíso y es autor de numerosas publicaciones y ponencias en el ámbito del derecho de familia.

Nel Greeven Bobadilla

Magíster en Derecho de infancia, familia y adolescencia y de Derecho internacional de los Derechos Humanos, es jueza del Juzgado de Familia de Pudahuel. Autora de diversas publicaciones en su especialidad, ejerce la docencia en la Academia Judicial y es relatora de la Corte Suprema de Justicia.

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 15
ISBN N°
2021-A-2288
Santiago,
Chile 2020

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto entregar los contenidos esenciales de los derechos extrapatrimoniales más debatidos en la justicia de familia. Estos son el derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos, el derecho de cuidado personal y el derecho de alimentos. La dirección con la que se ha querido orientar el estudio de estos imperativos se enfoca hacia la forma como estos se vierten en la decisión judicial. Para ello, en el texto se notarán tintes prácticos y teóricos que provienen desde la doctrina y jurisprudencia relacionada que se han estimado relevantes, a lo que se ha sumado las experiencias que los autores han recogido a partir de quince años de ejercicio profesional como jueces en la judicatura de familia. Este estudio no pretende ser una mera descripción de las normas legales que inciden en las materias en estudio, sino que intenta entregar una sistematización teórica y aplicada original, que se espera sea provechosa para jueces, abogados y estudiosos del derecho sustantivo y procesal de familia e infancia.

Palabras clave

Derecho de alimentos — Derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos — Derecho de cuidado personal.

Índice de contenidos

Tabla de abreviaturas	6
Introducción	7
1. Régimen de cuidado personal	10
1.1 Concepto y alcance	11
1.2 La óptica actual de apreciación del derecho	13
1.3 Sistematización y estructura del derecho	14
1.4 Contenido	15
1.5 Principios rectores	17
1.6 Reglas de atribución	24
1.7 Criterios para el establecimiento judicial del régimen	34
1.8 Normas procesales sobre el régimen de cuidado personal	39
1.9 Preguntas orientadoras	43
2. Relación directa y regular	44
2.1 Introducción	45
2.2 Fundamentos y principios que dirigen la institución	46
2.3 Principio de corresponsabilidad, cuidado personal compartido y RDR	48
2.4 Definición y consagración legal	50
2.5 Determinación del régimen	51
2.6 Compensación de la RDR	59
2.7 RDR con los abuelos y terceros	61
2.8 Preguntas orientadoras	64
3. El derecho de alimentos	65
3.1 El fundamento del derecho de alimentos y su importancia	66
3.2 Plan de estudio	68
3.3 Aspectos sustantivos del derecho de alimentos	69
3.4 Aspectos procesales del derecho de alimentos	101
3.5 Determinación del derecho: alimentos devengados	102
3.6 Los acuerdos sobre alimentos	103

3.7 El juicio de alimentos	107
3.8 Ejecución forzosa de los alimentos	113
3.9 Método patrimonial: el juicio ejecutivo de alimentos	123
3.10 Método subsidiario: la demanda en contra de los abuelos	125
3.11 Medidas accesorias	127
3.12 Tutela cautelar en el procedimiento de determinación y cobro de los alimentos	130
3.13 Tutela de la buena fe en el juicio de alimentos	138
3.14 Protección de la buena fe procesal en la tramitación del procedimiento	143
3.15 Franquicias a los alimentantes en los procedimientos seguidos en su contra por el no pago de los alimentos	147
3.16 Preguntas orientadoras	153
Glosario	155
Bibliografía	156

Tabla de abreviaturas

CA	:	Corte de Apelaciones
CS	:	Corte Suprema
CC	:	Código Civil
CPC	:	Código de Procedimiento Civil
CDN	:	Convención sobre los Derechos del Niño
COT	:	Código Orgánico de Tribunales
DNO	:	Derecho del niño a ser oído
NNA	:	Niños Niñas y Adolescentes
LPA	:	Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y Pago de pensiones alimenticias
LM	:	Ley N° 16.618, de Menores
LTF	:	Ley N° 19.968 sobre Tribunales de familia
RCP	:	Régimen de Cuidado personal
RDR	:	Régimen de Relación directa y regular
VIF	:	Violencia intrafamiliar

Introducción

La importancia del derecho de alimentos, de mantener una relación directa y regular con los hijos y a su cuidado personal se refleja en los números dados a conocer por el Instituto Nacional de Estadísticas en su Informe anual de Justicia. En el de 2018 se consigna expresamente que “de las causas conocidas por los Juzgados de Familia, la materia ‘Alimentos’ representa la mayor frecuencia con 252.295 causas, luego ‘Vulneración de derechos’ con 236.957 causas y ‘Relación directa y regular con el niño’ con 143.222 causas”.

Si se observan los datos entregados el año 2017 que están expresados en el gráfico reproducido al final de este acápite, de él se desprende que el total de las causas vinculadas al primer derecho alcanza el 33,1 por ciento, al régimen de relación directa y regular el 4 por ciento y sobre cuidado personal el 14,8 por ciento. Como se advierte, en total las tres materias suman más de la mitad del caudal de causas que es llamado a conocer un tribunal de familia, concretamente el 51,9 por ciento. Este conteo va en progresión, puesto que esta cifra obedece a un sostenido aumento, si se aprecian los anuarios estadísticos de los años 2015 y 2016.¹

En total el derecho de alimentos, de cuidado personal y a mantener una relación directa y regular con los hijos suman más de la mitad del caudal de causas que es llamado a conocer un tribunal de familia.

Ahora bien, es bueno notar que, a pesar de su relevancia, al menos desde un punto de vista cuantitativo, el tratamiento legislativo y jurisprudencial de estos derechos presenta algunos pormenores que parten desde los evidentes puntos de contacto que los unen.

Para comprenderlos, se parte de la base que poseen una fisonomía similar, en cuanto a que todos intentan tutelar las fricciones que pueden acontecer al interior de una familia. Este fenómeno fuerza proponer una homogenización de las categorías jurídicas que los componen. En otras palabras, se trata de tres vértices de un mismo objeto, de tal manera que para sostener su carga deberían estar simétricamente ajustados. Pero, el punto es que estos tres derechos

1 Véase en Publicaciones y Anuarios, disponibles en <https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/seguridad-publica-y-justicia/justicia>

Este cambio se ha forjado para que el intérprete deba resolver cualquier controversia bajo la óptica del interés superior del niño y, desde ahí, ponderar los deberes y derechos que los padres pueden ejercer sobre este.

se insertan en leyes que se han ido forjando de manera aislada, no interrelacionadamente y, por lo tanto, de forma asimétrica. Es decir, en momentos distintos y en base a políticas y tesis jurídicas distintas.

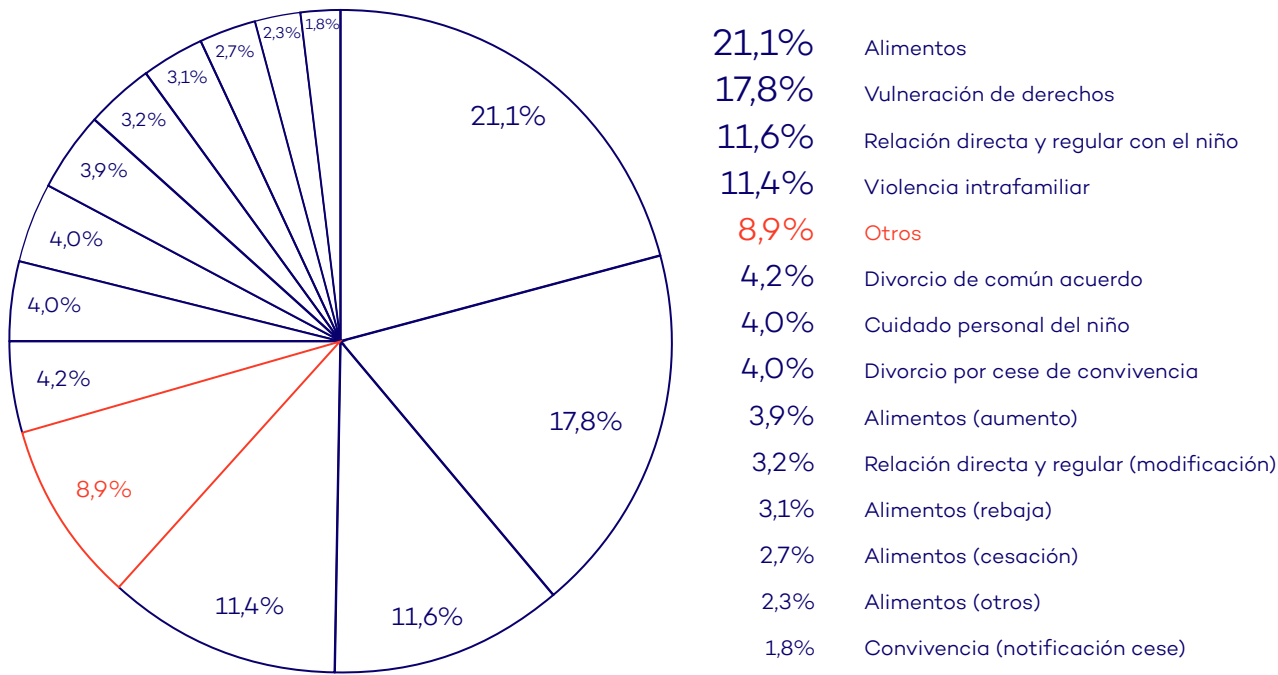
Así, por ejemplo, las normas sobre alimentos encuentran su fuente en la inauguración del Código Civil a mitad del siglo XIX y en 1935, con la dictación de la Ley N° 5.750 sobre Abandono de familia y Pago de pensiones alimenticias, que fija su estatuto procesal. Estas no han sufrido cambios notorios, salvo en 1989 cuando se reformó el estatuto filiativo, lo que llevó a abolir la criticada clasificación que hasta ese momento existía entre hijos legítimos e ilegítimos, produciendo consecuentemente la desaparición de la distinción entre los alimentos congruos y necesarios que se unifican en un sólo tipo.

Aparte de eso, se mantiene un patrón similar al que se tuvo en vistas en su inicio, fraguado bajo una óptica de “niños en situación irregular” que no ponía acento en ellos considerados como sujetos de derechos preeminentes frente a los demás sujetos que integran sus relaciones familiares. De ahí que, como se explorará, hoy se tenga una mirada patrimonialista y de responsabilidad privada de este importante imperativo.

Por el contrario, actualmente las normas sobre cuidado personal y RDR se han abierto a la doctrina de la protección integral de los NNA, en tanto sufrieron una fuerte modificación a comienzos de este siglo, que desplazó su punto de referencia. El vértice se movió, desde una regulación que otorgaba preeminencia a los derechos de los padres sobre los hijos, a una que otorga protagonismo a estos últimos. Este cambio se ha forjado para que el intérprete deba resolver cualquier controversia bajo la óptica del interés superior del niño y, desde ahí, ponderar los deberes y derechos que los padres pueden ejercer sobre este.

El objetivo que se han propuesto los autores del presente trabajo, con las prevenciones anotadas, es intentar sistematizar de acuerdo a la legislación vigente las formas, requisitos y condiciones a través de los cuales transitan por el ordenamiento jurídico los derechos en referencia, con una óptica enfocada a la forma como los jueces resuelven estos asuntos.

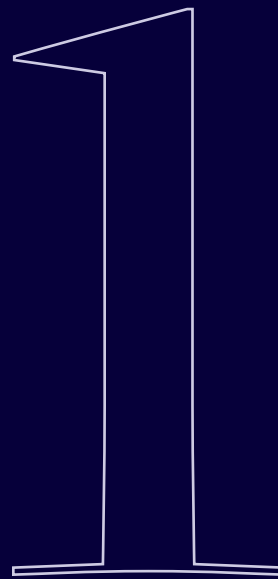
Porcentaje de causas
ingresadas en
juzgados de familia
por materias de mayor
frecuencia, 2017



Fuente: Corporación Administrativa del Poder Judicial

Régimen de Alimentos,
Cuidado personal
y Relación directa y regular
aplicados a la decisión judicial

Materialles docentes Academia Judicial



Régimen de Cuidado personal

1.1 Concepto y alcance

Este instituto, el régimen de cuidado personal de los hijos, suele recibir en el acervo común otras denominaciones como custodia, tuición, guarda o similares. Todas aluden a la misma noción: responsabilidad parental sobre el cuidado y protección de los hijos.

El legislador chileno no otorga una definición y sólo se limita a darle cierto contenido, en tanto señala en el artículo 224 del Código Civil lo siguiente: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos”.

Por su parte, Acuña señala que es: “el derecho-deber referidos a los cuidados y atenciones diarios y habituales del hijo, que supone la convivencia con éste y habilita al que lo ejerce para tomar las decisiones corrientes y cotidianas que se refieran a aquél, al tiempo que le impone una serie de cargas o deberes”².

La norma recién transcrita toma en cuenta tres aspectos relevantes. Primero, da razón de las reformas introducidas en el año 2013, que le dieron un giro trascendental al sacarlo de la creencia de que la madre tenía un rol esencial y predominante en él, por sobre el padre.

Este derecho significa esencialmente la responsabilidad parental sobre el cuidado y protección de los hijos.

En segundo lugar, acertadamente señala que se trata de un derecho-deber. Estas dos categorías jurídicas, que poseen una significación individual la una de la otra, tratándose de las relaciones paterno-filiales se unen con la intención de denotar que no se está sólo frente a una prerrogativa de los padres para con sus hijos, sino que a la vez frente a obligaciones que estos tienen para con ellos.³

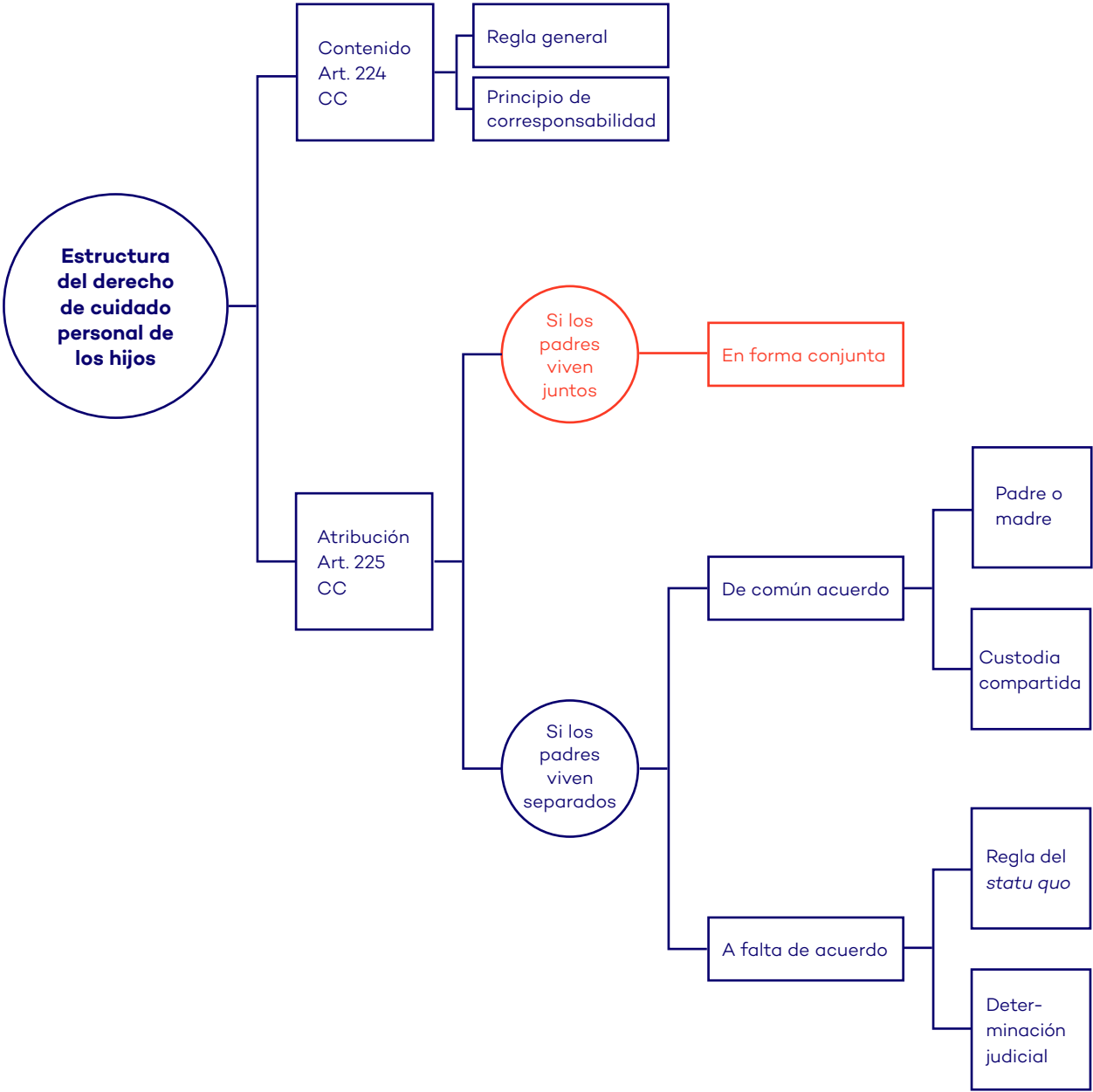
En tercer lugar, menciona implícitamente el principio de corresponsabilidad, que se examinará más adelante y que está enunciado en la ley, en el segundo inciso de la disposición citada, de la siguiente

2 ACUÑA (2018), p. 60.

3 RAMOS (1999), p. 24.

manera: “Éste 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”. Una explicación sencilla sobre la forma como se desarrolla este derecho se encuentra en el siguiente video:

Cuidado personal y Relación directa y regular con NNA



1.2 La óptica actual de apreciación del derecho

En la legislación inmediatamente anterior a la actual, el legislador y los operadores jurídicos estimaban que el cuidado de los hijos siempre le correspondía a la madre, porque ese era el orden natural de las cosas. Una máxima de la experiencia. Esta se asentaba en que la madre siempre estaba en las mejores condiciones de ejercer el cuidado de sus hijos, por el hecho de la maternidad. El problema es que aquella creencia creaba la falsa concepción de que la responsabilidad del cuidado de los hijos descansa casi exclusivamente en la mujer.

Esta idea hoy se ha abandonado, en favor de estimar que lo esencial es que el cuidado personal de un hijo ya no se mira en función de si al padre o madre pueden o no ejercer de mejor manera esa función, sino que en base a averiguar qué es lo más conveniente para un niño.

Un fallo de la Corte Suprema ilustra bien esto: “Que, la reforma introducida por la ley 20.680, junto con eliminar la preferencia legal que establecía el artículo 225 del Código Civil en favor de la madre, en la atribución del cuidado personal del hijo menor de edad en caso de separación de los padres, centró el foco en el interés superior del niño, haciendo girar el debate en torno a los elementos que permiten dilucidar con cuál de los padres el hijo estará mejor y logrará el pleno desarrollo de su personalidad y disfrute de los derechos esenciales. De esta manera, estableció que, sea que hubiere existido acuerdo de los padres o el hijo(a) hubiere continuado bajo el cuidado de aquel con quien estuviere conviviendo a la fecha de la separación, ‘cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres o radicarlo en uno sólo de ellos...’”⁴.

Ya no se trata de una controversia donde se decide sobre el derecho de los progenitores, sino que ahora todo consiste en decidir qué es lo más ventajoso para el NNA de acuerdo con sus derechos.

4 CS rol N° 38149-2016, 30 de noviembre de 2016..

1.3 Sistematización y estructura del derecho

El derecho está tratado principalmente en los artículos 224, 225, 225-2, 226 y 227 del Código Civil, donde se distribuye con un cierto orden. Se puede estructurar y distribuir sobre dos columnas: la descripción de sus **contornos** y la **atribución** del derecho. Lo primero comprende la fijación de su contenido y la descripción de sus principios, mientras que lo segundo es la forma como el legislador ha ideado que el derecho sea ejercido por los padres en atención al interés superior de sus hijos. Cierran el cuadro los parámetros de solución que el legislador entrega en caso de conflicto y algunas normas rituales específicas.



1.4 Contenido

Su contenido se sustenta en la premisa anteriormente citada: “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos” (art. 224 CC). Luego, la misma disposición precisa que dicho mandato es independiente de la forma como los padres desarrollen su convivencia. La norma no atiende a esta, ni sus circunstancias particulares, sino que dimana de la calidad de padre o madre de los sujetos. Esto naturalmente encuentra su base en la filiación, ya sea biológica o adoptiva, no en el vínculo afectivo que puede unir a los padres.

La filiación como fundamento queda de manifiesto en el inciso segundo del mismo artículo 224 del Código Civil, en tanto: “El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez”.

Con esto se precisan los alcances del imperativo, ya que los padres no pueden condicionar el derecho a la forma como se desarrolla su relación recíproca.

Se pone acento en este aspecto porque es dable pensar que puedan perderse las perspectivas de estos alcances cuando los padres viven juntos, sobre todo si es que uno de ellos está en mayor contacto con sus hijos. Esto suele suceder cuando uno de los padres trabaja y el otro no lo hace o lo hace con menos carga laboral, o cuando el trabajo de uno de ellos implica ausencia prolongada que le impide un contacto real con sus hijos.

Esta desproporción fáctica puede hacer creer que el cuidado personal queda subsumido en aquel que está desarrollando un contacto permanente con sus hijos en los hechos, lo que puede llevar a pensar que la responsabilidad en este es mayor al otro. Pero en el margen legal esto no es así, puesto que, más allá de las circunstancias particulares, las acciones que deben desplegar para la consecución del derecho

La regla legal de que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos” proviene del hecho jurídico de la filiación.

deben hacerse en un plano homogéneo. Esto guarda relación con el otro engranaje de su contenido, que es el principio de corresponsabilidad y se verá a continuación.

Por cierto, todo esto queda envuelto en el hecho de que el axioma señalado al inicio de este párrafo es la regla general. Por lo tanto, valgan todas las precisiones hechas aquí, si es que los padres, de común acuerdo, o bien el o la juez, determinan otorgar el cuidado a uno de ellos o a un tercero.

1.5 Principios rectores

Los principios involucrados en la relación de cuidado entre padres e hijos son variados y complejos. Se han identificado varios cuyo desarrollo teórico puede ser amplio y, de ser expuestos aquí en toda su extensión, no se cumplirían los fines de este trabajo, que es ofrecer una visión compacta y nutrida del cuidado personal. Por ello se mencionarán de una manera sucinta y en directa relación con los aspectos relevantes del derecho en examen.

Para saber cómo operan estos principios, lo que a fin de cuentas significa precisar cómo el o la juez lo ha de considerar para la resolución de un caso jurídico problemático, se debe previamente tener en consideración dos cosas. Primero, que en sí los principios jurídicos poseen una importante vaguedad que se denota en el hecho de que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en señalar cuáles son y para qué sirven.⁵ Estos suelen traer orden y desorden, concierto y desconcierto.⁶ Segundo, que un lugar seguro donde parece haber consenso es en que los principios sirven como pautas interpretativas de las materias donde se encuentran insertas y, aunque pueden estar implícitos en un conjunto de normas que apuntan hacia determinados sentido, lo óptimo es que se encuentren expresamente señalados en la ley. Esta es su forma o exteriorización más segura.

1.5.1 El interés superior del niño

Sabida es la amplia generalidad del concepto del interés superior, lo que conlleva en ocasiones una excesiva discrecionalidad judicial. Tanto es así que, precisamente, en una disputa sobre cuidado personal que se produjo en una corte de EE. UU., se verificaron siete opiniones diferentes sobre lo que en el caso particular significaba el interés superior del niño, escritas por seis de los nueve jueces que redactaron el fallo final.⁷

5 GUASTINI (2013), pp. 34-36.

6 SCHAUER (1991), pp. 19-24; LUZZATI (2012), pp. 4-5.

7 KOHN (2008), pp. 339-340.

Esto ha llevado tanto a la doctrina, como al Comité de los Derechos del Niño, a fijar algunos límites.⁸ Particularmente importantes son las observaciones generales que realiza dicho Comité⁹, en especial porque esos dictámenes pueden considerarse como la fuente auténtica y fidedigna de interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Observación General N° 14 ha señalado que el interés superior del niño se trata, al mismo tiempo, de un principio interpretativo, un derecho sustantivo y una norma de procedimiento.¹⁰

Lo útil, para el derecho en referencia, de las fuentes a partir de las cuales se puede precisar el principio, apuntan al hecho de que toda disputa sobre este asunto debe verse desde la óptica de los derechos del niño, más que la de los padres involucrados en ella. En ese sentido se expresa el artículo 222 del Código Civil, que lo contiene para el derecho en referencia: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”. El contrapeso de aquellos lineamientos los enuncia el segundo inciso de la misma norma legal: los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

La Corte Suprema, siguiendo dicha razón normativa, ha señalado: “El punto central de esta norma, y lo relevante para el asunto que aquí se resuelve, es que el criterio que el legislador le impone al juez para la definición de estas situaciones es la conveniencia del interés superior del niño que se materializa a la luz de las circunstancias concretas. Al respecto, se debe recordar, como se ha sostenido reiteradamente por esta Corte, que el interés superior del niño obedece a la categoría de aquellos conceptos indeterminados, que los sentenciadores de fondo son los llamados a configurar y concretar en coherencia con los hechos y circunstancias establecidas. Desde dicha perspectiva, en este asunto preciso, el legislador le entrega al órgano

8 KOHN (2008) p. 339; RAVETLLAT y PINOCHET (2015); GARRIDO (2013).

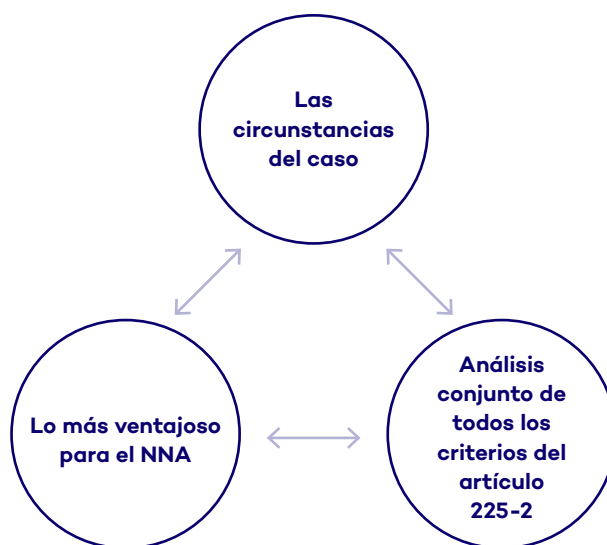
9 Según lo dispone el artículo 45 d) de la CDN, el Comité está facultado para dictar observaciones basadas en la información que recibe de los informes periódicos que los Estados que son parte del tratado le suministran.

10 Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2013), p. 3.

El interés superior del NNA para los casos de cuidado personal se debe valorar conforme a tres factores: las circunstancias del caso, lo más ventajoso para el hijo y el análisis yuxtapuesto e interrelacionado de todos los criterios establecidos en el artículo 225-2 CC.

jurisdiccional la calificación de la conveniencia radicada en el interés del hijo, para decidir la atribución de su cuidado personal conforme a los parámetros que contempla el artículo 225-2 del Código Civil. Esto significa que la decisión que resuelva tal controversia debe ser construida desde el punto de vista de lo ventajoso y beneficioso que será para el hijo el ejercicio de su cuidado por uno u otro padre, es decir, el argumento que dirime la contienda es aquel que permite discernir lo más conveniente para el niño y su interés”¹¹.

Esta sentencia y más allá de ella, como se señala en el mismo fallo, *ratio jurisprudencial*, quiere decir que el interés superior del NNA para los casos de cuidado personal se debe valorar conforme a tres factores: las circunstancias del caso, lo más ventajoso para el hijo y el análisis yuxtapuesto e interrelacionado de todos los criterios establecidos en el artículo 225-2 CC, que serán analizados más adelante. Juntamente con esto, debe ponderar los tres factores reseñados al unísono en la construcción de su decisión.



1.5.2 El derecho a ser oído y la autonomía progresiva

El derecho del niño a ser oído es uno de los vértices de la CDN. Esta, al tratarse de un tratado internacional sobre derechos humanos, limita el ejercicio de la soberanía nacional de manera que los órganos esta-

11 CS rol N° 26584-2015, 13 de abril de 2016.

El o la juez de familia no puede en ningún caso pasar por alto la posibilidad de escuchar a un niño, como tampoco puede dejar de considerar su interés superior.

El derecho del niño a ser oído se interrelaciona con la autonomía progresiva porque la mejor manera de apreciarla es mediante lo que el NNA pueda decir sobre la situación que le afecta.

tales deben sujetar su accionar a ellos. Desde esa jerarquía, plasmada en el artículo 12 de la CDN, se vierte en la legislación y se establece como un principio rector en la ley de tribunales de familia. El artículo 16 expresa: “El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

Esta norma quiere decir, en términos prácticos, que el o la juez de familia no puede en ningún caso pasar por alto la posibilidad de escuchar a un niño, como tampoco puede dejar de considerar su interés superior.¹² Siempre debe dejar constancia, en toda resolución, de que cumplió con dicha exigencia, incluso cuando haya decidido no entrevistar al niño por causas justificadas.

Por cierto, es axiomático pensar que para establecer el interés superior de un niño se debe partir por indagar aquello que este quiere o le afecta. Y no hay mejor forma de hacerlo que consultándole, si ello es posible.

En cuanto a quién debe encargarse de su cuidado, la normativa sobre la materia fue aun más específica en esto, al señalar que para el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal se debe considerar especialmente la opinión expresada por el hijo. Es por ello que dentro del proceso es indispensable visualizar siempre la posibilidad de escucharlo. Esto no quiere decir que se trata de un trámite esencial en el sentido de la casación, puesto que no está establecido como tal ni en la ley ni en la CDN. Tampoco podría estarlo, puesto que siempre es una facultad del juez hablar con un NNA y para hacerlo deberá revisar si tiene suficiente juicio conforme a su edad y madurez.

Ahora bien, esto se relaciona con la autonomía progresiva en el sentido de que el DNO es una de las principales herramientas con la que el juez puede apreciar esta circunstancia. La autonomía progresiva se

12 Véase RAVETLLAT Y PINOCHET (2015), pp. 903-934.

encuentra plasmada en el artículo 5 de la CDN. En dicha norma se expresa que: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Esto quiere decir que, en la medida que un niño crece y se desarrolla dentro del estadio que comprende su minoría de edad, esto es entre 0 y 18 años, su voluntad va adquiriendo mayor envergadura para considerarla apta para tomar decisiones autónomas e independientes a las de sus cuidadores, aun cuando para la ley sea incapaz.

Sin embargo, más allá de definiciones legales o teóricas sobre lo que la autonomía progresiva implica, lo importante para este estudio es la interacción entre ambos conceptos y la manera en que influyen en la decisión judicial. Esto puede reflejarse en una sentencia de la Corte Suprema: “Que, atendido la edad del adolescente, es inconcuso que ya goza de cierto nivel de autonomía y de capacidad para opinar respecto de aquellos asuntos que le conciernen de manera directa, con un fundamento psicológico y moral que debe ser atendido, máxime si constituye uno de los criterios a considerar según lo estipulado en la letra f) del artículo 225-2 del Código Civil, máxime si los informes periciales dan cuenta que tiene un criterio formado, entendiendo plenamente las consecuencias de cambiar de lugar de residencia, desarrollando argumentos para ello a partir de su propia experiencia de vida, lo que obliga a considerar su parecer para efectos de configurar su interés superior.

Tercero: Que, por lo anterior, tomando especialmente en consideración los dichos de XX en las evaluaciones periciales y audiencia reservada, unido al principio de autonomía progresiva, procede que su cuidado personal lo ejerza el padre, ya que lo anterior permite garantizar su interés superior, atendido que con él se encuentra en

un ambiente protegido, con arraigo familiar, debiendo, por tanto, permanecer el régimen de relación directa y regular con el progenitor no custodio”¹³.

Como se aprecia de este fallo, el sentenciador efectúa un análisis conexo de los antecedentes a través de los cuales toma su decisión. En ellos pondera con un especial énfasis la edad del NNA como para establecer el peso de su opinión recabada en la audiencia confidencial.

1.5.3 El principio de corresponsabilidad

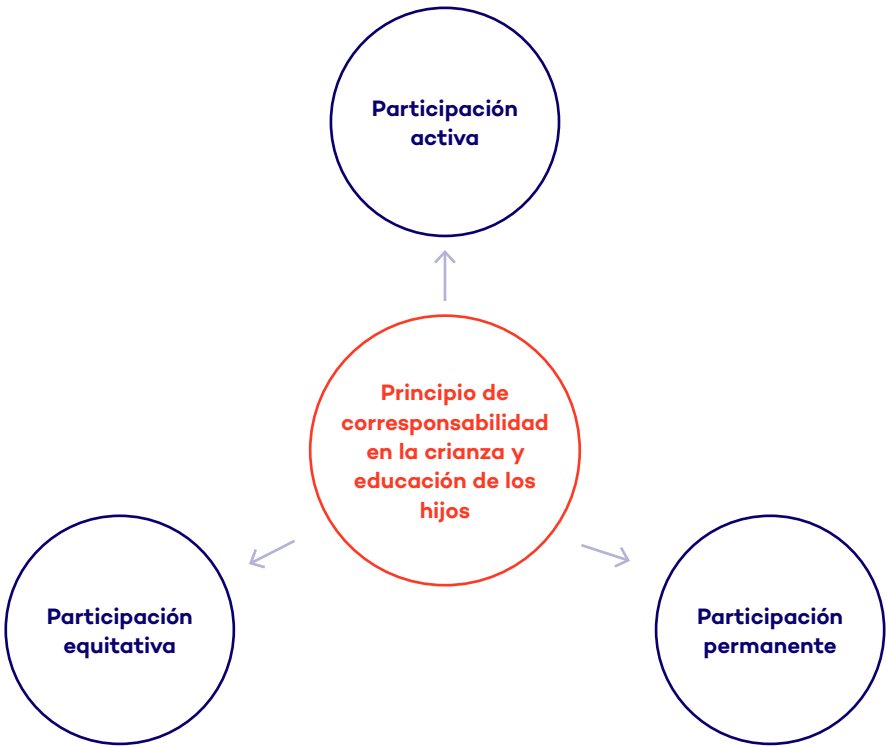
Según la ley, el principio de corresponsabilidad significa que ambos padres, vivan juntos o separados, deben participar activa, equitativa y permanentemente en la crianza y educación de sus hijos. El principio no se ha planteado en términos abstractos, sino concretos, que denotan las tres dimensiones operativas de la directriz que convergen en su contenido.

En términos comprensibles, podría decirse que a los padres el legislador les exige, en primer lugar, el despliegue de energías físicas e intelectuales en el cuidado de sus hijos. En segundo término, les pide que esto sea hecho en proporciones similares, lo que quiere decir que ambos tengan iguales oportunidades en esta labor. Finalmente, que todo lo anterior no se trate de un ejercicio emocional, aislado o intermitente. Esto se puede considerar como una exigencia para los progenitores y no está planteado en términos facultativos para ellos.

Ciertamente, no debe confundirse este principio de corresponsabilidad con el cuidado personal compartido, puesto que “el primero es un sistema de vida que persigue mantener activa la participación del padre y de la madre en los aspectos señalados durante la vida separada, luego, es una de las tantas formas de ejercitar la corresponsabilidad parental en ese caso, y el segundo es un principio informador en lo tocante a la crianza de los hijos. Por lo cual es un error asumir que la mejor forma de cumplir con el principio de la corresponsabilidad, establecido en el artículo 224 del Código Civil, sea el cuidado com-

13 CS rol N° 8023-2018, 11 de marzo de 2019.

partido; ya que se logra lo mismo radicando el cuidado personal en uno de los padres y fijando un régimen directo y regular en favor del padre o madre no custodio”¹⁴.



No obstante lo señalado anteriormente, es importante enfatizar el hecho de que el principio tendrá una aplicación nítida y plena cuando los padres viven separados.

14 CS rol N° 6320-2015, 17 de diciembre de 2015.

1.6 Reglas de atribución

Las reglas atribución se refieren a los parámetros de determinación que el legislador contempla para saber a cuál de los padres o quién deberá ejercer este derecho. Estos puede provenir de tres fuentes: la ley, la voluntad de las partes o la decisión judicial.

1.6.1 Legal

Si los padres viven juntos, se aplica la regla general y tocará a ellos de consuno ejercer el cuidado. Antes, la misma norma le otorga el cuidado personal al padre o madre que había reconocido al hijo.

También, según la atribución legal corresponde el cuidado personal al padre o madre sobreviviente.

Si viven separados, a falta de acuerdo, se aplica la regla del *statu quo*. Antiguamente, esta pauta le confería el cuidado personal a la madre por regla general, pero eso cambió en el sentido de que los hijos continúan bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. Esto supone dos cosas, que la relación de los padres nunca existió, o que la relación de los padres se quebró en algún momento y por las circunstancias el hijo quedó viviendo con uno de los progenitores. Esto último, así mirado, parece fácil de comprender, pero en la práctica puede producir algunas situaciones problemáticas que es útil precisar.

Piénsese en aquellos casos donde un quiebre ocasiona que uno de los padres deba salir en contra su voluntad del hogar común. Esto se puede originar, por ejemplo, en los casos de violencia intrafamiliar. La víctima, que suele ser la madre, no desea entregar el cuidado al padre que se quedó en el domicilio con sus hijos y que es, la mayoría de las veces, el agresor. Sin embargo, la urgencia del momento impide que esta se los lleve. Luego pasa el tiempo y se producen confusiones a la hora de que ella le pida al progenitor que les entregue a sus hijos para ejercer una custodia efectiva de ellos.

De esto da cuenta una sentencia que recae sobre un caso donde, a partir de las lesiones que un cónyuge le propinó al otro, obligó a la víctima a salir del hogar común y esta debió irse a otra ciudad donde vivía su madre, que la acogió. Como consecuencia, para que su hijo no sufriera los perjuicios que implican un cambio abrupto de ciudad, lo dejó temporalmente con los abuelos, pero nunca perdió el contacto ni tampoco las ganas de vivir con él. Como se trataba de los abuelos paternos, en los hechos el niño siguió viviendo con el padre que, a su vez, vivía con sus progenitores. Luego, el padre solicita el cuidado personal de su hijo de acuerdo con lo dispuesto en la norma en comento, habida consideración de los dos años transcurridos desde que el niño vivía en casa de sus abuelos y, por ende, con él.

Como se observa, en el caso parecen darse los presupuestos fácticos de la norma: el niño vive con el padre durante largo tiempo, incluso declara que prefiere quedarse en la ciudad donde reside, pero en el fondo por estos hechos no se ha perdido automáticamente el cuidado de la madre y tampoco lo ha adquirido el padre. No se dictará en este caso una sentencia meramente declarativa, sino que constitutiva de derechos. En efecto, los sentenciadores tuvieron que analizar los demás hechos de la causa, donde aparecieron varios matices que es necesario tener en consideración para establecer la atribución de un derecho a quien no lo detenta.

En definitiva, la Corte Suprema determinó que la situación permanente para el niño se asentaba en la casa de su progenitor y para ello tuvo en cuenta el tiempo de permanencia en él y el hecho de que el hijo no quisiera cambiarse de ciudad. También, porque se estimó que habiendo la madre dejado el cuidado a los abuelos y no al padre, transgredió el principio de igualdad que fundamenta la institución. Por su parte, el voto minoritario estimó: “Que es un hecho de la causa, que la madre debido al quiebre conyugal con el demandante y a la violencia intrafamiliar de que fue víctima junto a la hermana mayor de XX, se vio forzada a trasladarse a vivir a la ciudad de XX. También con el fin de instalarse en dicha ciudad, en la casa de su madre que la acogió y evitar que su hijo perdiera su año escolar, la demandada autorizó que aquél quedara transitoriamente en casa de los abuelos paternos para lo cual dejó incluso dinero(...). Que en este contexto, es evidente que no se configuró la causal de nulidad impetrada por

el recurrente, atendido a que los sentenciadores establecieron que la madre en un rol protector de su hijo, accedió a que éste se quedara con sus abuelos, no dejando jamás de tener contacto con él y estar pendiente de su situación, conducta, que por lo demás, es razonable y lógica, atendida la forma en que ocurrieron los hechos –violencia intrafamiliar– que la llevaron a salir de su casa y radicarse en otra ciudad”¹⁵.

De este fallo se desprende que hay que tener en cuenta que la madre no pierde, por el sólo hecho de salir del hogar, el cuidado personal de un hijo, como tampoco lo adquiere de manera automática quien se queda con él. Tampoco se gana por el mero hecho de la convivencia, aunque esta es una fuerte presunción en favor de quien la despliega. Se deben tener en cuenta todos los factores concurrentes del caso, conforme al interés superior del niño.

También es importante precisar que esta regla no se aplica a terceros. Es decir, si el NNA ha estado en los hechos siendo cuidado por alguna persona que no sea alguno de sus progenitores, esa persona no podría reclamar el RCP alegando dicha convivencia.¹⁶ La norma se refiere exclusivamente a los padres.

1.6.2 Convencional

Si los padres viven separados, deben determinar de común acuerdo si la custodia la ejercerá uno sólo de ellos o ambos. En este último caso se habla de custodia compartida, que no es lo mismo que el principio de la corresponsabilidad según se examinó precedentemente.

Existe alguna confusión entre ambos conceptos puesto que pareciera que, al igual que el señalado principio, puede exigirse por el padre no custodio este tipo de régimen compartido, pero no es así. Como señala la ley, con él se propende a estimular la corresponsabilidad, mas no es un requisito esencial de ella. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que la tuición compartida siempre debe ser acordada por los padres y no puede establecerse por la vía de una sentencia judicial.¹⁷

15 CS rol N° 3666-2014, 6 de octubre de 2014.

16 ACUÑA (2018), p. 136.

17 CS rol N° 6320-2015, 17 de diciembre de 2015.

Ahora bien, los alcances de la custodia compartida plantean el objetivo señalado arriba: estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de sus hijos comunes. Esto se materializa mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

Las formalidades de este tipo de acuerdos son las siguientes: (i) el acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil; (ii) debe ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento.

El acuerdo además debe contener el régimen de visitas que ejercerá el padre no custodio.

Finalmente, puede revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades con las que se otorgó.

1.6.3 Judicial

El o la juez, con independencia de los acuerdos a los que hayan llegado los padres, siempre puede determinar entregarle la custodia de un hijo a uno de ellos, o incluso a un tercero. El primer caso puede tener lugar cuando las circunstancias lo requieran o el interés superior del niño lo haga conveniente. El segundo, sólo por inhabilidad física o moral de ambos padres.

No obstante, la ley otorga una serie de parámetros para esta determinación, los que serán analizados al final de este capítulo.

1.6.3.1 Otorgamiento a uno de los padres

Si el juez determina entregarle el cuidado al padre no custodio o a uno de progenitores, cuando el cuidado es compartido (lo que en la práctica significa disolver aquel régimen) se observa que la norma exige dos parámetros amplios donde pueden caber una serie de situaciones.

El o la juez no puede entregar el cuidado personal compartido a los padres, sino que sólo puede aprobar el acuerdo alcanzado por ellos.

Antes de hacer referencia a ellos, a modo de digresión, y como fue dicho a propósito de la custodia convencional, se insiste en que lo primero que ha de observarse es que el o la juez no puede entregar el cuidado personal compartido a los padres, sino que sólo puede aprobar el acuerdo alcanzado por ellos. Esto es evidente, no tanto por el tenor de las normas de donde emana dicha interpretación, sino por la fuerza de las circunstancias.

Supóngase el caso donde se solicite, por el padre no custodio, que el cuidado sea ejercido de consuno por los padres. Según se denota en este estudio, particularmente por el principio de la corresponsabilidad, los padres deben trabajar juntos en este cometido en tres dimensiones: a través de una participación, equitativa y permanente. Tal es el grado de exigencia para ellos, que no sólo deben trabajar juntos sino que esto debe ser hecho en un plano de armonía. ¿Cómo podría llevarse a cabo esta misión si los padres no tienen una buena relación o se les imponen los deberes que conlleva el régimen?

Cerrado el paréntesis, los preceptos a través de los cuales el juez puede desvirtuar los acuerdos a los que hayan llegado los padres son bastante amplios: (i) cuando las circunstancias lo requieran, o (ii) el interés superior del niño lo aconseje.

Es sabida la amplitud y diversidad de criterios a los que se recurre cuando se utiliza aquel principio jurídico y sobre ello se ha hecho referencia en este estudio (véase acápite 1.5.2). Si a esto se suma el poder de las “circunstancias”, ambos parámetros parecen otorgar mayor vaguedad que si se examinara sólo uno de ellos para la resolución de un caso jurídico problemático. Lo adecuado es entender que se trata de dos eslabones de una misma operación, que no pueden ser apreciados de manera independiente. Las circunstancias son precisamente los puntos de apoyo sobre los cuales es posible divisar los contornos y exigencias del principio.

Lo anterior es acorde con la Observación General N° 14 cuando expone: “Cabe destacar que la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con del interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. No todos

los elementos serán pertinentes en todos los casos, y los diversos elementos pueden utilizarse de diferentes maneras en los distintos casos. El contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general”¹⁸.

1.6.3.2 Otorgamiento a un tercero

En este caso, naturalmente el NNA ya no posee a sus padres como uno de los referentes que le puedan brindar una buena crianza. Ya sea porque estos no lo han reconocido o porque sus habilidades son puestas en entredicho, y para ello el o la juez deberá atender a una serie de factores legales en relación con otra serie de circunstancias, cuya prueba no es fácil de recabar.

1.6.3.2.1 NNA no reconocido por ninguno de sus progenitores

Las situaciones en que se entrega el cuidado a un tercero parten por aquel caso en que un NNA no haya sido reconocido por ninguno de sus padres. Esta situación es peculiar, teniendo en consideración que generalmente un niño nacerá en un hospital y de esta manera, su reconocimiento quedará determinado por el hecho del parto y los certificados que emanan de él.

De cualquier forma, también ocurre que hay madres que dan a luz a sus hijos en los hospitales y llegan a estos sin cédula de identidad. Inmediatamente después del parto, abandonan el recinto hospitalario y a sus hijos, y después no hay manera de ubicarlas. También ocurre en la situación donde un NNA nace en un domicilio particular o en otro lugar, sin que el padre o la madre se hagan responsables de él.

Sucedió en el tribunal de familia de Valparaíso que una madre, por motivos religiosos, se negaba a inscribir en el Registro Civil a su hijo recién nacido, de tal modo que el niño en los hechos se encontraba en la situación descrita en la norma. No obstante el espíritu de esta

18 Observación General N° 14 (2013), p. 18.

última está orientado para aquellas situaciones donde los padres abandonan a sus hijos, le era igualmente aplicable en su tenor literal. Sin perjuicio de que se atentaba además contra el derecho a la identidad del niño, ya que tampoco había plena constancia de que quien se decía ser la madre fuera realmente la progenitora del niño. Eso ameritó la apertura de un expediente por medidas de protección.

Luego de efectuados, los exámenes de ADN hicieron presumir la filiación de la madre respecto de su hijo, pero esta insistía en no inscribirlo debido a su convicción. La paradoja se produjo porque la madre no abandonó a su hijo, e incluso le daba los cuidados materiales de manera responsable y suficiente, por una parte, mientras que por la otra, no lo inscribía en el Registro Civil de manera que su cuidado no estaba determinado en forma legal. Se produjo entonces una suerte de disparidad entre la formalidad, la exigencia legal y la preponderancia de los hechos.

Con esto se quiere decir que un caso así no se podría resolver de manera tosca y sacar al infante del regazo de su madre en cumplimiento de la norma, para entregárselo a otra persona o institución que estuviere apta para detentar su cuidado, sin analizar a la luz del interés superior las categorías jurídicas en juego. La convicción de la madre, por un lado, y por el otro el derecho a la identidad del niño y una prognosis que visualizaba lo vulnerador para el niño de una vida sin el enrolamiento necesario que le permitiera desenvolverse adecuadamente en la vida civil. Esto también vulnera, a lo menos, su derecho a la salud y la educación.

En definitiva, para este caso se determinó que a los derechos del niño no puede sobreponerse la convicción religiosa de la madre, por lo que primó el interés superior de ese niño, apreciado en concreto de acuerdo con la batería de derechos que le resultaban lesionados. Avanzado el proceso, el padre concurrió a reconocer al niño, por lo que finalmente los cuidados le fueron deferidos a él, atendidas las demás circunstancias que acreditaban que podía hacerse cargo responsablemente de su hijo.

1.6.3.2.2 Inhabilidad física o moral de ambos padres

Antes de las modificaciones del año 2013, la ley hablaba de la inhabilidad física o moral de ambos padres o la de uno de ellos. En efecto, en este último caso una norma permitía entregar el cuidado al padre no custodio cuando el que tenía su cuidado incurría en maltrato, descuido u otra causa calificada; esto, salvo que el primero no hubiese contribuido a la mantención del hijo pudiendo hacerlo.¹⁹ Es importante hacer esta comparación, porque actualmente en un juicio de esta materia no se exige probar la inhabilidad de uno de los padres, sino que debe ser la de ambos. Se enfatiza esto porque, en los juicios donde se demanda el RCP por uno de los padres respecto al otro, suele persistir esta idea y el demandante se centra en probar lo “malo” que puede ser un padre o madre respecto a su hijo.

Hoy, de acuerdo con lo que se analizó en el párrafo anterior, el punto focal ya no está en acreditar esos hechos –descuido, maltrato u otra causa calificada– sino en probar dónde el interés del niño se sustentará mejor. Es por ello que se deben equilibrar ambas cosas. El bienestar del NNA, por una parte, y la presunta inhabilidad de los padres, por la otra.

Ahora bien, el determinar qué es la “inhabilidad física o moral” se debe ceñir a los criterios dados por el artículo 42 de la Ley N° 16.618 y son los siguientes:

- 1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
- 2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
- 3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- 5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

19 Esto producía un *estoppel* para el padre no custodio y, aunque la norma es más amplia, esta se aplicaba esencialmente al no pago de alimentos. Su fundamento era la inconsecuencia que representa para un padre exigir el cuidado de un hijo cuando a su vez este no le otorga sustento.

- 6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de este en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
- 7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

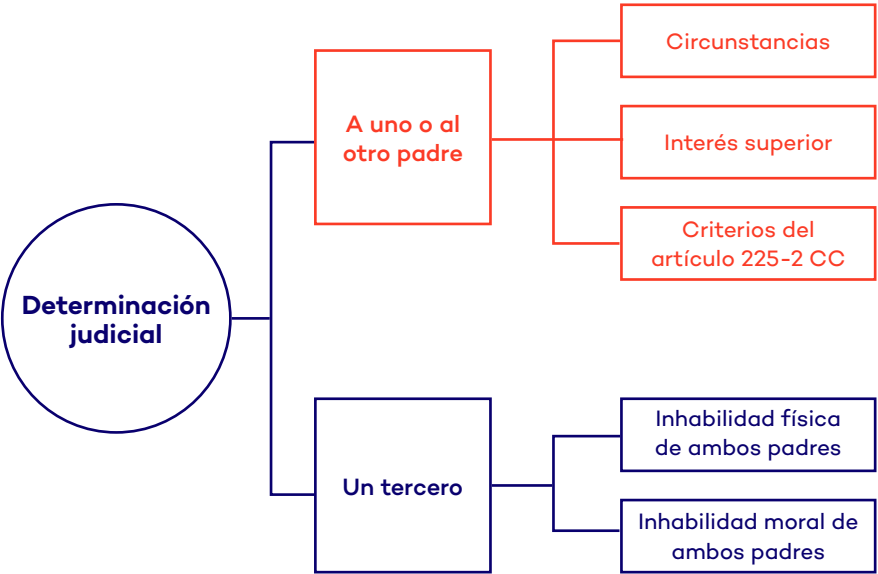
Cada uno de los criterios antedichos se explican por sí mismos y, si hay un rasgo común entre ellos, es su extrema gravedad. Incluso aunque el legislador no los estableciera como presunciones para obstar el cuidado personal a aquel de los progenitores que incurriera en alguna de esas conductas, igual darían pie para entregar el cuidado a una persona apta para detentarlo.

Si se miran individualmente y, en su conjunto, se pueden extraer dos cosas. De un lado, no deberían ser recurrentes, ya que el orden natural de las cosas se inclina por considerar que los padres suelen proteger a sus hijos. Del otro, el criterio de la normalidad que juega en aquella máxima se erige como una barrera bastante alta que franquear para quien alega un estado de cosas distinto. Esto dice relación con el estándar probatorio requerido.

Por otra parte, queda de manifiesto en el numeral 7° que no se trata de una enumeración taxativa, puesto que dicha norma se abre a cualquier otra causa perniciosa para el hijo. En esto la imaginación es *abarcativa* de muchas situaciones donde puede acontecer aquello. No obstante, es importante señalar que esta disposición no habla de daño, sino de peligro, es decir, de la potencialidad de poner en riesgo no sólo la integridad física o la vida de un niño, sino que su moral. Este último término sin duda que está lleno de interpretaciones y ambigüedades, sin embargo, entiéndase de acuerdo a cómo está definida en el diccionario: la bondad o maldad de los actos humanos.

Lo bueno o malo, lo define la tradición de cultura de cada persona, pero también hay una moral que podría denominarse social y obedece a una conciencia general sobre lo mismo, que el o la juez debe tener presente. Por cierto, esto da para un tratado de filosofía y no los modestos objetivos de este libro.

Téngase en cuenta, por lo tanto, dos cosas. La primera, que existen mínimos consenso de que hay ciertas cosas dentro de aquel ámbito que son dañinas para los NNA. Por ejemplo, nadie duda que la pornografía es perjudicial para ellos; también, la exhibición de violencia ya sea en el medio social, al interior de la familia o en los medios audiovisuales o textos. La segunda es que esto debe determinarse caso a caso, y para ello la jurisprudencia sirve como un buen punto de referencia.



1.7 Criterios para el establecimiento judicial del régimen

Los criterios descritos en el artículo 225-2 del Código Civil orientan al juez para determinar cuál de los progenitores está en mejor condición de ejecutar el cuidado de sus hijos, en caso de que alguno de ellos o un tercero haya puesto en duda sus habilidades para el cumplimiento de este cometido.

Es importante señalar las perspectivas con que deben ser apreciados todos estos tópicos. Recuérdese que, en esto, como ya se ha dicho, la legislación experimentó un cambio de giro, de óptica si se quiere, puesto que todo debe apreciarse desde el interés que un NNA puede tener de la situación, por sobre las consideraciones que quienes intervienen en el hecho complejo puedan tener sobre lo mismo, principalmente sus padres. Ya no se trata de una controversia donde se decide sobre el derecho de los progenitores, sino que ahora consiste en decidir qué es lo más ventajoso para el desarrollo y la integridad de los NNA. Además, al momento de apreciar estos factores, el análisis sobre ellos debe ser interrelacionado. No pueden tomarse en forma aislada para la decisión de un asunto que los convoque. De esa misma manera serán expuestos a continuación (se consigna el artículo en referencia para facilitar el análisis ofrecido).

Art. 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a. La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b. La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c. La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.

Ya no se trata de una controversia donde se decide sobre el derecho de los progenitores, sino que ahora consiste en decidir qué es lo más ventajoso para el desarrollo y la integridad de los NNA.

- d. 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 lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e. La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f. La opinión expresada por el hijo.
- g. El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h. Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i. El domicilio de los padres.
- j. Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

Ahora bien, la actitud de los padres que exige el legislador, presente en las letras a) y b) del artículo en referencia, tiende a demostrar el grado de apego que ellos tienen para con sus hijos y que debería dar por concurrente el mayor o menor grado de afecto que, a su vez, el niño siente por sus padres. Mientras mayor sea dicha proporción, mayor será el grado de seguridad y protección que los NNA manifestarán. A eso se refiere la vinculación afectiva de la que habla la norma y la dedicación afectiva pasada, presente y futura.

El grado de subjetividad de esto debe filtrarse mediante otro de los criterios que establece la norma en la letra f): la opinión del NNA. Es por ello que, como fue dicho antes, la declaración en sede judicial es imprescindible para decidir sobre esto (véase 1.5.3).

Las personas del entorno familiar a que alude la norma en su primer literal refieren a todas aquellas que, aparte de tener algún vínculo familiar con el NNA, se encuentran en el ambiente que habitualmente lo rodea y que viven con el padre o madre que solicita el cuidado. No se trata de la familia a secas, en cuyo caso pudiese comprenderse cualquier pariente que esporádicamente visitara al NNA. Se trata de aquellos que, siendo cercanos, demuestren algún grado de afecto hacia ellos.

Los acuerdos anteriores y posteriores referidos en la letra h) son antecedentes objetivos que pueden ser apreciados con mayor facilidad y su verificación dependerá de la prueba que las partes estén dispuestas a aportar. Si esos acuerdos son verbales, tanto la confesión como la prueba de testigos sirven para este efecto; si son escritos, la incorporación de una prueba documental parecería ser suficiente.

El escenario en que se debe decidir sobre el RCP es generalmente de disputa post separación entre los padres. En ese contexto, la colaboración entre ellos muchas veces disminuye. Las cuentas pendientes entre ambos coartan su capacidad de abstracción para enfocarse en que lo mejor para sus hijos es mantener una buena relación. Es por ello que el legislador ha puesto un guía y casi una advertencia para los progenitores, en las letras c) y d) del citado artículo. En efecto, es vital analizar si el padre que pide la custodia contribuyó a la mantención del hijo mientras vive con el otro. Es un contrasentido exigir un derecho y no cumplir con otro, cuando el beneficiario de ambos es la misma persona. Esta norma no se restringe a una pensión alimenticia pactada o decretada judicialmente, abarca eso y más, en el sentido de que hay veces en que un padre contribuye a la mantención de su hijo sin necesidad de ser constreñido a ello, y con formas diversas al pago de una suma mensual de dinero.

También se debe tener en cuenta si se ha obstaculizado el régimen de relación directa y regular por parte del padre que tiene la custodia del NNA, lo podrá ser tomado en cuenta en su contra en un juicio. Ello porque dicha actitud, cuando no va precedida con un fundamento que la amerite, causa un daño al niño, que se ve impedido injustamente de relacionarse con el otro padre.

La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades, apunta a la elaboración de una prognosis. Lo que sugiere la letra e) del mencionado artículo es hacer una proyección desde la conducta pasada hacia el futuro, puesto que es intuitivo pensar que la fuerza de la costumbre haga que las conductas persistan por largo tiempo. Así, si la dedicación, que implica tiempo y atención permanente de los hijos, no se ha manifestado persistentemente, es probable que dicha dejación continúe.

El domicilio de los padres, mencionado en la letra i), resulta ser un dato bastante escueto. No obstante, hay autores que lo identifican con dos circunstancias.²⁰ Una es la distancia entre el domicilio de los padres y el desarraigo que puede significar para un NNA irse a un lugar donde no está habituado, y que, dada esa distancia, no esté en condiciones de visitar constantemente (cuestión que también afectará el régimen de relación directa y regular). La otra es la condición material del domicilio donde el NNA vaya a vivir, si bien desde luego, este no puede ser un factor determinante.

De cualquier manera, la verificación de ambos factores se entrelaza con el otro de los criterios establecidos en la norma: el señalado en la letra g). En efecto, los informes periciales no sólo hablarán de las condiciones psicológicas o conductuales del entorno familiar de un NNA y de sus padres, para analizar su aptitud, sino que también de las condiciones de localización, infraestructura e higiene del domicilio donde habita o podría habitar.

Un error que se comete con este tipo de informes en la justicia de familia es darles el valor de prueba irrefutable. Sin duda son importantes, pero del todo falibles, cuestión que incluso ha llamado la atención de la prensa.



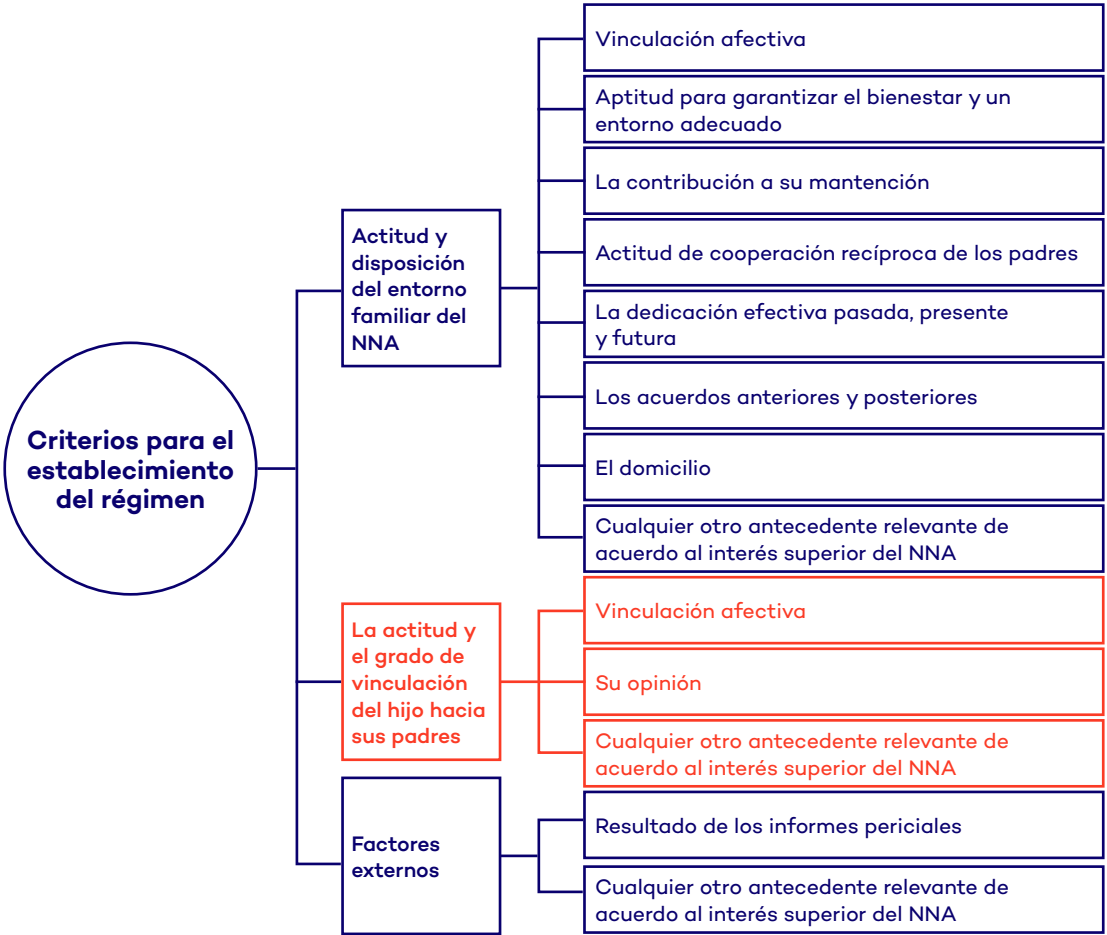
El reportaje completo se encuentra en el siguiente enlace:

["Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos"](#)

Por lo anterior, tanto el o la juez como los justiciables deben estar atentos a sus conclusiones, la metodología utilizada y la coherencia que se pueda apreciar en su desarrollo, cuestiones para las que no se necesita de un conocimiento específico o una gran experiencia. Por cierto, se está hablando aquí tanto del informe físico como de la declaración que el perito debe rendir en juicio, ya que el mero informe es sólo una prueba documental.

Culmina la letra j) señalando que se podrá tomar en consideración “cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”. Esto quiere decir que no se trata de una enumeración taxativa, la expuesta en el artículo.

De acuerdo con lo visto, estas pautas pueden ser ordenadas en base a tres factores: la actitud y disposición del entorno familiar del NNA, la actitud y el grado de vinculación del hijo hacia sus padres y los factores externos en influyen en el ejercicio del derecho, según se representa en la figura que se muestra a continuación.



1.8 Normas procesales sobre el régimen de Cuidado personal

Las reglas procesales en esta materia no se agotan en las leyes especiales que las contienen. Es por ello que el operador, fuera de las normas adjetivas contenidas en la LTF, también debe estar atento a las normas generales establecidas para el procedimiento civil.

1.8.1 Competencia

La ley no ha modificado, a diferencia de otras materias del derecho de familia, la competencia general de los tribunales para conocer de este tópico. Por lo tanto, han de aplicarse las normas generales que se establecen en el Código de Procedimiento Civil. Se trata de juicios de mayor cuantía, es decir, se tramitan en primera instancia.²¹ Esto significa que es competente para la tramitación de un litigio donde se demande el cuidado personal de un hijo, el juzgado del domicilio del demandado.²² Como podría demandarse a ambos padres, se puede entablar en el de cualquiera de ellos a elección del demandante.²³

No obstante la claridad de estas reglas rituales, hay jurisprudencia que las altera y permite la prórroga de competencia, en circunstancias de que ello no es posible. Se trata de tribunales especiales y como es sabido, conforme a la norma expresa del artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, dicho instituto a todas luces no es procedente en los juzgados de familia.

En este caso, si la demanda se presenta en el lugar equivocado, no debería admitirse a tramitación. El artículo 54-1 de la Ley N° 19.968 permite aquel filtro, puesto que tratándose de un problema de competencia absoluta debido a la materia, se está en presencia de una demanda manifiestamente improcedente. Sin embargo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, sustentada en que se trataba de una cuestión de competencia relativa, ordenó

21 Artículo 130 COT.
22 Artículo 134 COT.
23 Artículo 141 COT.

En el caso del cuidado personal, además de las actuaciones generales que están establecidas en la Ley N° 19.968, el Código Civil instaure dos más.

que se siguiera adelante con la tramitación y en consecuencia hizo admisible la prórroga.²⁴ Se insiste en que este no es un problema relativo al territorio, sino a la materia y la transgresión de una norma expresa para el caso.

Otra sentencia se fundamentó en que, por el interés superior del niño, la competencia debía ser la del domicilio del NNA.²⁵ Al parecer puede tratarse de una interpretación exagerada de los alcances del principio rector, puesto que, al igual que la sentencia anterior, ha pasado por alto que tratándose de normas de orden público estas no pueden sufrir modificaciones por la vía judicial, pues la seguridad jurídica resulta transgredida.

1.8.2 Procedimiento

De acuerdo con lo previsto por el artículo 8 N° 1 de la LTF, las causas sobre cuidado personal deben ser conocidas y sustanciadas por los tribunales de familia conforme a las normas del procedimiento ordinario. Este se estructura en base a dos audiencias, una preparatoria y otra de juicio. Los demás trámites se someten al rito y los principios establecidos en la señalada ley, salvo dos actuaciones singulares que exige la ley sustantiva.

En primer lugar, el juez debe oír a los parientes y a los hijos. Para el caso de los parientes se debe entender que la ley civil se está refiriendo a la prueba testimonial, puesto que no hay otra forma de que los terceros concurren al procedimiento. Se infiere, además, que su declaración no sólo puede ser solicitada por las partes, sino que también puede ser requerida de oficio por el o la juez, conforme a las facultades que le confiere la ley en el artículo 61 N° 8 de la LTF.

En el caso de los hijos, el o la juez también puede escuchar a los NNA de oficio o a requerimiento de alguno de los intervinientes. En ambos casos, este trámite no constituye una obligación judicial, sino una facultad. El artículo 12 de la CDN, en concordancia con el artículo 16 de la LTF, da a entender que el juez puede discernir si

24 CA Valparaíso, RIT C-802-2015, 29 de octubre de 2015.

25 CA Valparaíso, RIT C-2186-2018, 18 de febrero de 2019.

escuchar o no a un NNA. Puede no hacerlo si estima que escuchándolo pudiese producirse algún perjuicio para él, o si aprecia que no tiene suficiente edad o juicio para ser oído. Lo importante es que, en este caso, el o la juez debe fundar su resolución.

Sobre esto, algunas Cortes estiman que se trata de un trámite esencial del procedimiento cuya omisión habilita su nulidad, incluso de oficio. Esto no es así. Si bien el artículo 800 del CPC señala que “en general, son trámites o diligencias esenciales”, lo que da a entender que puede haber otros además de los establecidos en dicha norma, no se debe perder de vista que sólo la ley puede crearlos. En ese sentido, la mencionada diligencia no está establecida en la CDN ni tampoco en la legislación interna como un trámite esencial.²⁶

En segundo lugar, las resoluciones que se dictan, una vez ejecutoriadas, debe ser subinscritas al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento.

1.8.3 Cumplimiento

Las decisiones que se dictan en esta materia pueden ir en dos sentidos: manteniendo el cuidado personal con aquel de los padres que siempre lo ha detentado, o entregándoselo a aquel que no lo ejerce actualmente y que puede ser el padre, la madre o un tercero.

En el primer caso, se está frente a una sentencia declarativa que proviene de una acción de tal carácter, puesto que su objeto pedido es el reconocimiento de una situación preexistente. En el segundo, se tratará de una acción que persigue la dictación de una sentencia constitutiva de derechos, puesto que busca que se atribuya a un sujeto una situación jurídica diversa a la que poseía antes de su dictación. Sólo en el último caso deben ejecutarse, por las partes involucradas, ciertos actos para que esta se cumpla, independientemente de que exista o no oposición por el perdedor.

26 Véase CARRETTA (2018).

Las sentencias que se dictan en este tipo de pleitos puede ser de carácter declarativo o constitutivo. Este último caso puede dar lugar a los apremios señalados en el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil.

Específicamente, debe ejecutarse una obligación de hacer que consiste en la entrega del hijo al otro de los progenitores o a un tercero, pero dada la particularidad de lo resuelto en ellas, es natural que el legislador haya previsto un régimen especial de cumplimiento, en caso de que esto no se cumpla voluntariamente. De tal manera, “el juez podrá apremiar en la forma establecida en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez”.

Lo anterior implica que, si el hijo no es entregado en el plazo que el juez determine, este puede imponerle al infractor arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación. Como es natural, el arresto producirá indirectamente que el hijo se traslade a la esfera de custodia de quien haya obtenido en el pleito.

1.9 Preguntas orientadoras

- a. ¿Es lo mismo el cuidado personal compartido y el principio de corresponsabilidad?
- b. ¿La atribución legal del RCP es una norma que permite que por regla general el cuidado personal se radique en la madre?
- c. ¿Es posible que uno de los padres intente probar la inhabilidad física o moral del otro para conseguir el cuidado personal de sus hijos?



Relación directa y regular

2.1 Introducción

El derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos es una forma de mitigar los indeseables efectos que para estos produce una ruptura familiar en cuanto a la posterior ausencia de cotidianidad a la que estaban acostumbrados los miembros de la familia.

El derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos es una forma de mitigar los indeseables efectos que para estos produce una ruptura familiar. En especial, una de las consecuencias inmediatas que produce la separación, cual es el rompimiento de la cotidianidad a la que un NNA está acostumbrado a experimentar junto a sus padres.²⁷ Es por ello que a través de este derecho se intenta, por un lado, mantener dicha virtud, mientras que por el otro se propende al cumplimiento *in situ* de otros derechos-deberes entre padres e hijos, como la autoridad parental o el deber de respeto y obediencia.

Con esto también se hacen realidad las necesidades afectivas entre los miembros de la familia que requieren de un contacto físico, verbal y visual recíprocos. Esta es la forma como se cumple el anhelo del legislador por el cual los padres “deben procurar la mayor realización espiritual y material posible y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”²⁸.

Desde luego, para quien mayormente tendrán significado estos aspectos será aquel progenitor que no posee la custodia de su hijo, pero no se debe perder de vista que al padre o madre custodio también le compete el derecho. Por estas razones es tan importante tener claridad sobre su delimitación conceptual, su consagración legal y la casuística que nace a partir de los factores mencionados. Todas estas dimensiones pretenden examinarse a continuación.

Una explicación sencilla del derecho relacionado al Cuidado personal y la RDR puede verse aquí:

Cuidado personal y Relación directa y regular con NNA

27 ACUÑA (2018), pp. 3-5.

28 Artículo 22 CC.

2.2 Fundamentos y principios que dirigen la institución

La base sobre la que se forja este derecho es la filiación, “el vínculo jurídico de familia entre el padre, la madre y el hijo, y viceversa”²⁹. Esto se relaciona estrechamente con el hecho de que a partir de la filiación nace el estado civil de hijo y, con ello, todos los derechos y obligaciones que emanan de aquella denominación. En ese sentido, es el vínculo reconocido por la ley que se originó a partir de la filiación lo que habilita a exigir el cumplimiento del derecho. Incluso, a pedir medidas coercitivas en contra del padre o madre que dificulta u obstaculiza el cumplimiento del régimen.

A su vez, la RDR debe sujetarse al principio rector del interés superior del niño. La interacción entre ambos parámetros puede reflejarse en una situación que no pocas veces se da en los conflictos que surgen a partir de este derecho.

Así, puede suceder que en abstracto sea posible que el padre no custodio pueda ejercer en plenitud su derecho. Como carece de cualquier tipo de inhabilidad o imposibilidad, está en posición de exigirle al juez el cumplimiento del régimen, ya sea que este se haya acordado o decretado. No obstante, el influjo de otro de los principios que dirigen esta materia, el derecho del niño a ser oído, habilita a que su hijo o hija pueda pedir ser escuchado(a) por el juez y solicitar que, por el momento, la RDR no se lleve a cabo. Esto puede ocurrir porque la polarización y los conflictos que hay entre sus progenitores es tan fuerte, que el NNA siente y cree que ver regularmente al padre no custodio empeoraría las cosas.

Como se observa, no hay una actitud disruptiva hacia el hijo que pueda serle imputable al padre, como si actuara de forma premeditada, sino una acción inconsciente de ambos progenitores. Esto produce que el padre no comprenda con claridad el hecho de que un hijo

no niegue abiertamente la visitas, pero en el fondo no quiera ver a su padre y dadas las circunstancias, tampoco sea aconsejable que aquello acontezca. Queda así de manifiesto que el interés de ese hijo prepondera sobre los intereses y derechos de sus padres.

Por último, la RDR debe ser guiada por el principio de igualdad entre todos los hijos, no importando si han nacido o no dentro del matrimonio de sus padres.³⁰ Así, la RDR poseerá similares alcances para todos los hijos de un mismo progenitor y con total prescindencia también de si la filiación es biológica o es legal, como en el caso de la adopción.

30 BARCIA (2011), p. 396.

2.3 Principio de corresponsabilidad, Cuidado personal compartido y RDR

Un aspecto relevante que debe ser considerado es la relación que se gesta entre estos derechos: la corresponsabilidad, el cuidado personal compartido y la relación directa y regular.³¹ Sobre el principio de la corresponsabilidad ya se ha hecho referencia y, en síntesis, se refiere a aquel estándar que los progenitores deben tener en cuenta y que los orienta a cooperar en el desarrollo de sus hijos en todas las facetas que constituyen su bienestar. En suma, que propendan a que estos tengan una vida que valga la pena vivir.

El cuidado personal compartido, en cambio, constituye la posibilidad de que ambos padres ejerzan en forma efectiva las labores propias del cuidado y crianza de sus hijos, dividiendo para estos efectos las tareas y el tiempo en que aquello se llevará a cabo.

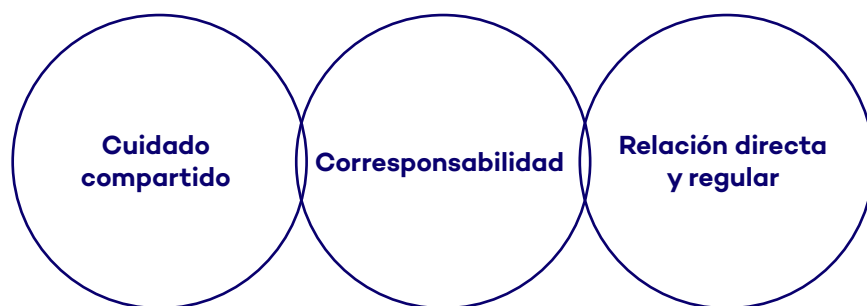
Sucede que cuando se ejecuta un régimen de cuidado personal compartido, se divisa con mayor claridad el principio de corresponsabilidad, que parece como inherente a este. Sin embargo, no es un requisito *sine qua non*, para ejecutar el principio, que exista aquel régimen de cuidado personal. El principio va más allá de la ejecución física de las acciones encaminadas a la felicidad de los hijos, aunque estas son muy importantes para que se cumplan los fines de la directriz. Es aquí donde aparece la RDR como el brazo ejecutor de aquella aspiración.

Si la atribución del cuidado personal radica en sólo uno de los padres, un régimen de RDR que favorezca al que no lo tiene afianza de buena manera lo que implica la corresponsabilidad. Serían como tres engranajes de un mismo sistema. Es ilusorio pensar que un padre ausente esté encaminándose por la guía que ejerce sobre sus acciones el principio.

31 QUINTANA (2014), p. 253.

Una sentencia de la Corte Suprema ilustra con claridad lo que se expone aquí: “Ahora bien, el fundamento del recurso que ahora se revisa dice relación con la supuesta infracción cometida al artículo 229 del Código Civil en cuanto no se estableció un régimen de corresponsabilidad entre los padres, por considerar los jueces de la instancia que aquel régimen sólo tiene lugar cuando se dispone el cuidado personal compartido de un niño, cuyo no es el caso de autos. Sin embargo, del tenor del libelo por el que se interpone el recurso de casación en estudio se puede comprobar que no resulta claro a qué se refiere la recurrente cuando sostiene que los jueces infringieron la obligación legal de establecer un ‘régimen de corresponsabilidad’ entre los padres. En efecto, la ‘corresponsabilidad’ a que alude el artículo 229 del Código Civil no es que importe –como se pretende– el establecimiento de un determinado ‘régimen’ de parte del juez familia, ya que, en realidad, constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos padres asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación. En este contexto, el sólo hecho de haberse dispuesto un régimen amplio de relación directa y regular entre el padre y la hija –como ocurrió en este caso– salvaguarda el principio que se cree vulnerado, no advirtiéndose, por tanto, contravención alguna al artículo 229 del Código Civil”³².

Este fallo deja entrever el desconcierto que existía en los jueces de la instancia al confundir la corresponsabilidad con el cuidado personal compartido de un niño, de tal manera que para ellos ambos institutos eran la misma cosa, cuestión que la Corte Suprema se encargó de aclarar de la manera que lo hizo.



2.4 Definición y consagración legal

“Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.”

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9 N° 3, lo siguiente: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Como se aprecia, los términos en que la convención menciona este derecho están redactados en términos bastante amplios y abstractos. Esta técnica gramatical que utiliza el Comité de los Derechos del Niño, no sólo en este caso, se hace en el entendido de que el imperativo debe ser precisado por el ordenamiento jurídico donde la CDN se inserta.

En el caso chileno, el Código Civil define la RDR en los siguientes términos: “Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”.

La suma de estas normas indica que la preocupación sobre el ejercicio de este derecho no sólo es algo que compete a las partes. También el Estado debe tener una preocupación activa sobre lo mismo.

Una clara manifestación de esto es la proactividad judicial que el legislador promueve en la judicatura de familia, a partir de la cual, en los litigios donde de alguna manera pudiese aparecer la posibilidad de regular la RDR, el juez debe instar a las partes a acordarlo. Esto significa llevarlos a ponerse de acuerdo sobre el régimen, no a imponerles uno.

2.5 Determinación del régimen

La determinación del régimen se refiere a la forma como la legislación distribuye el ejercicio del derecho. Como se verá a continuación, la ley permite que esto lo puedan efectuar las partes, de común acuerdo, o el juez.

2.5.1 Determinación convencional

Desde luego que quienes deberían conocer con mayor precisión la forma como se relacionarán con sus hijos si viven separados, son los padres. Una actitud amistosa de dialogo entre ellos no sólo permite concebir en buenos términos un acuerdo, sino también visualizar que, en la ejecución del régimen, las partes sabrán solucionar de buena manera los imprevistos que se generarán en él.

Lo mejor en esto sería que las partes acordaran un RDR sin tener que acudir a ninguna formalidad. En este caso, si bien no podrán pedir el cumplimiento del mismo, ya que para que esto acontezca debe pactarse a través de una de las formas solemnes que se verán a continuación, no significa que los pactos informales no tengan ningún valor o utilidad. Por lo pronto, son uno de los parámetros establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil para que el o la juez aprecie la concurrencia de un régimen de cuidado personal que alguno de los progenitores pudiese solicitar a futuro. Además, si el hecho permanente de las visitas así acordadas es pesquisado por algún medio de prueba, principalmente los testigos, estos pueden ser llevados después a juicio para afianzar la solicitud de alguna de las partes sobre el particular.

Sin embargo, este escenario ideal no acontece en el ciento por ciento de las veces. Incluso, aunque los padres estimen que sus relaciones son óptimas y que no es necesario un compromiso formal, igual resulta conveniente regularlo, dados los avatares que depara el destino a las personas. Es normal que después de la ruptura o, incluso, si no ha precedido matrimonio o convivencia entre los progenitores, tengan otros hijos, otros tiempos y otras necesidades imposibles de visualizar, y que tarde o temprano podrían entorpecer el RDR.

Es importante tener presente que, en todos los acuerdos que se someten a aprobación judicial en materia extrapatrimonial, el juez no puede actuar como un mero certificador de las intenciones de las partes. Debe tener un rol activo en que estos sean hechos tomando como consideración primordial el interés superior de los hijos.

Ahora bien, si las partes quieren recurrir a las formalidades y a las instancias que el legislador establece, la primera alternativa es acudir espontáneamente a mediación, en cuyo caso, los acuerdos que allí arriben son luego sometidos a aprobación judicial.

También pueden llegar a un consenso por escritura pública, o un acta extendida ante oficial del Registro Civil, la que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Así lo dispone el artículo 229 en relación con el artículo 225 del Código Civil. Como se verá más adelante, su estrecha relación con el derecho de cuidado personal indica que también puede producirse conjuntamente en los acuerdos que las partes alcancen sobre aquel derecho de esta misma forma.

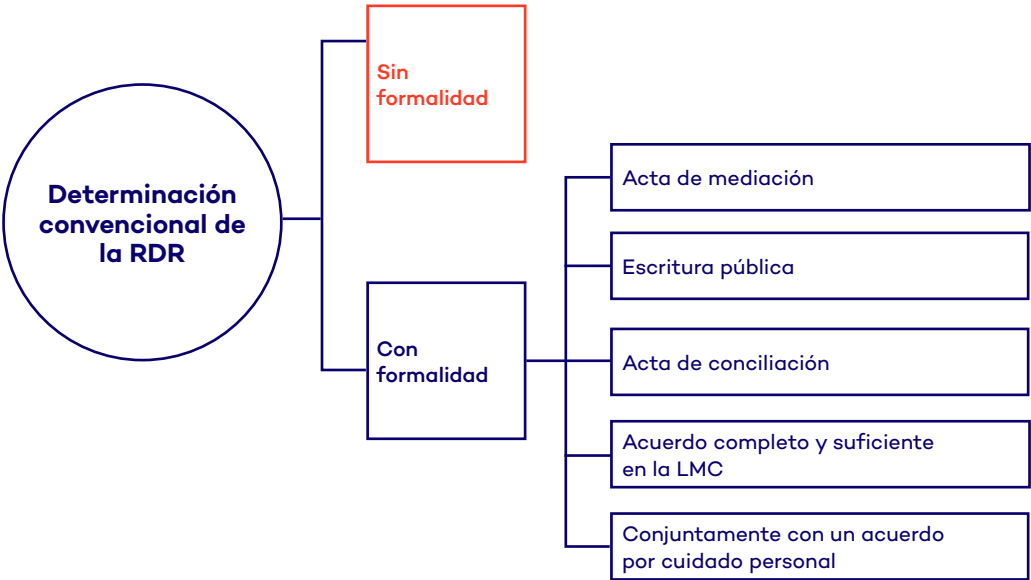
Si las partes están en un juicio de divorcio, la ley de matrimonio civil (LMC) contempla tres maneras de pactarlo: en el acuerdo completo y suficiente que se exige para decretar un divorcio de común acuerdo, en la instancia de mediación previa u obligatoria sobre esta materia, y en la etapa de conciliación, donde el juez debe intentar ponerlas de acuerdo sobre este punto.

Es importante tener presente que, en todos los acuerdos que se someten a aprobación judicial en materia extrapatrimonial, el juez no puede actuar como un mero certificador de las intenciones de las partes. Debe tener un rol activo en que estos sean hechos tomando como consideración primordial el interés superior de los hijos. De lo contrario, debe rechazarlos.

Por sobre las precisiones de fondo que hay acerca de esto y el debate de la doctrina sobre las facultades del juez a este respecto, la aprobación no se guía por reglas legales, sino por principios claramente delimitados en la LTF sobre los deberes que al juez de familia le corresponden.³³ Estos son los principios de actuación de oficio, de colaboración y esencialmente del interés superior del niño, el cual, el o la juez “debe tener siempre como consideración principal en la

33 ACUÑA (2018), p. 165.

resolución del asunto sometido a su conocimiento”. Pues bien, no se debe olvidar que, precisamente, la aprobación del juez es una de las resoluciones de las que habla la norma.



2.5.2 Determinación judicial

Naturalmente, el juez intervendrá en la regulación del derecho cuando los padres no se pongan de acuerdo y uno de ellos decida demandar al otro. En dicho caso, la primera actuación que tendrá sobre este es mediante la fijación de un régimen provisorio, tanto si se pide antes del juicio, como medida cautelar prejudicial, como si se solicita durante su tramitación y en cualquier estado del juicio.

El factor que deberá tener en cuenta, como única base para fijar el RDR, es el señalado en el artículo 229 del Código Civil. Esto es, la conveniencia del hijo y por ende su interés superior, de lo que se desprende que: “Los padres o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades”.

Más que decidir en una sentencia, lo que a la larga implica la insatisfacción de una de las partes de lo decidido y puede resultar pernicioso para el desarrollo del régimen fijado, el o la juez debe procurar hasta el último momento del proceso el acercamiento de las partes para lograr

estos lineamientos. Si finalmente eso no acontece, deberá actuar sólo en mérito a lo que su prudencia y las pruebas del proceso le indiquen en base a dicha directriz y demás parámetros que fija la norma. A saber:

- a. La edad del hijo.
- b. La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c. El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- d. Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Dentro de las posibilidades para tomar una decisión, el o la juez puede suspender o restringir la RDR cuando esta perjudica al NNA y una de las partes se lo ha solicitado. Es así como lo establece el inciso final del artículo 229 del Código Civil. Si no se le ha pedido, y el o la juez observa que lo mejor para el NNA es la suspensión, lo apropiado es la apertura de una causa por medida de protección, donde el caso es analizado con la especialidad que requiere. Si no se le ha solicitado, no podría hacerlo puesto que queda expuesto a la casación por *ultra petita*.

También, puede privarse el ejercicio de este derecho a alguno de los progenitores por el juez, en otros casos. Entre estos, cuando el hijo es abandonado, de acuerdo con el artículo 238 del CC, y si la filiación es determinada contra la oposición del padre o madre, conforme al artículo 203 del mismo Código.

2.5.3 Facultad oficiosa del juez en el establecimiento del régimen

Se ha dicho que, a partir de las disposiciones sustantivas revisadas en este acápite y lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley N° 16.618, el juez oficiosamente puede fijar las visitas para aquel padre que no posea el cuidado personal, cuando se resuelva un litigio sobre este derecho.³⁴ Esto no parece ser aconsejable, porque si después del

34 QUINTANA (2009), p. 166.

El juez no puede imponer un régimen de RDR entre los padres, sino que poner todos sus esfuerzos en que estos lo acuerden.

quiebre de la vida común el padre no custodio no quiere ver a sus hijos —cuestión que de hecho ocurre—, no puede ser compelido a hacerlo. Se trata de un derecho y un deber, pero no una obligación. ¿Cómo podría funcionar un régimen así? No tendría ninguno de los contenidos de afecto y cercanía a los que este derecho propende y, por cierto, sería vulnerador de las expectativas que un NNA se puede formar en torno a esto.

La ley da entender que le impone al juez el deber de fijar los pormenores de la RDR con el padre que queda privado del cuidado personal en forma automática, y, aunque así fuera, esto no puede ser hecho de manera tosca. Aunque parezca obvio que el padre que no posee el cuidado de su hijo, luego de perder un conflicto por el cual solicitaba su mantención o adquisición, requerirá de una RDR, es necesario previamente revisar e indagar sobre la real voluntad de este en instituir un régimen, para que desde allí se puedan concordar sus pormenores.

En las causas de familia, las cosas nunca se pueden dar por supuestas. En ocasiones ocurre que los litigios enmascaran cuentas pendientes entre los padres, donde tanto los hijos como el sistema de justicia resultan instrumentalizados, cuestión que el juez debe monitorear antes de tomar cualquier decisión a este respecto.

Esta reflexión hace necesario contemplar, no que el juez imponga deberes a las partes, sino que busque una instancia conciliativa para determinar todos estos aspectos y propender a que se visualice una RDR sana para el NNA. De eso se trata precisamente el principio establecido en el artículo 14 de la LTF, mediante el cual: “Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas”.

2.5.4 Incumplimiento del régimen

Se debe distinguir si quien incumple el RDR es el padre custodio o el otro. Si es el custodio, la forma que este tiene de no cumplirlo es obstaculizándolo, y si es quien no tiene el cuidado personal, lo puede hacer no cumpliéndolo o cumpliéndolo parcialmente. En uno y otro caso, las consecuencias son distintas.

2.5.4.1 Incumplimiento del padre titular del régimen

Si por mera desidia, el padre que se comprometió a visitar a sus hijos en un tiempo determinado directamente no lo hace, o lo ejecuta en forma intermitente, se produce un fuerte atentado al interés superior de sus hijos, pues se rompe con esto la expectativa que el NNA tiene de ejercer este derecho.

Nada hay más perjudicial para la integridad de un niño que su padre o madre lo deje esperando indefinidamente, o sea errático(a) en el ejercicio del derecho. Esto produce, sin duda, un cuadro ansioso al NNA y deja al descubierto la irresponsabilidad de un padre frente a sus hijos.

Pero el incumplimiento no se reduce a que el padre falte total o parcialmente a las visitas, hay aparte un abanico de posibilidades, tales como cuando el padre no custodio parece desarrollarlo, pero no lo hace en la práctica y delega esta función a un tercero, como los abuelos. O si se hace de manera irresponsable, como cuando el padre ingiere bebidas alcohólicas o drogas durante las visitas, o le ofrece malos ejemplos en estas. En suma, desapartarse de los términos del acuerdo o de los deberes que un buen padre de familia asumiría al estar con sus hijos.

Sin perjuicio de ello, que sería la consecuencia general del incumplimiento, el artículo 48 de la ley de menores (LM) le impone consecuencias inmediatas. Este artículo marca la pauta sobre situaciones concretas e inminentes estableciendo que, ocurrido algún incumplimiento, se debe pedir al tribunal instar al infractor al cumplimiento del RDR, bajo apercibimiento de decretar la suspensión o restricción. Este apercibimiento se hace realidad mediante un cese o restricción cautelar de la RDR, si caprichosamente el padre sigue sin visitar a sus hijos. La misma norma señala que dicha medida es sin perjuicio de decretarse multas o arrestos en contra del incumplidor.

Estos dos últimos son métodos coactivos que llevan a plantearse la siguiente pregunta: si el padre no cumple, ¿puede ser obligado a hacerlo? Parece conveniente que así no sea, pues no podría ejecutarse un régimen con la reticencia del padre no custodio. Sería forma sin contenido y se transgredirían así todas las aspiraciones del legislador

en cuanto a que el régimen sea totalmente ventajoso para los hijos. Otro tanto fue dicho líneas arriba, a propósito de la facultad oficiosa del juez en el establecimiento del régimen (véase 2.5.2).

No obstante, las posibilidades están, pero se insiste que en el fondo son poco efectivas para lo que precisa el interés de los hijos: que el derecho sea ejercido de la mejor manera posible. En el mismo sentido, si bien constituye un título ejecutivo la resolución que autoriza las visitas, tampoco se podría pedir el cumplimiento forzado de la obligación. Ello por cuanto, aparte de las razones ya mencionadas, se está frente a una obligación de hacer de carácter personalísima, diversa a aquella de carácter patrimonial que permite el cumplimiento ejecutivo.³⁵

En ambos casos, si se trata de una acción sistemática por parte del padre, desde luego que habilita para pedir la suspensión del RDR, en cuyo caso debe ser demandada en causa ordinaria. Tampoco se puede olvidar que esta situación es uno de los factores que el o la juez debe analizar para atribuir el cuidado personal.

Un caso distinto se da cuando el padre que está ejerciendo el derecho no lo cumple, no entregando al niño cuando corresponda, o en horarios muy distantes a los establecidos en el régimen. En ese caso, sin perjuicio de la solicitud de entrega inmediata que puede solicitar el custodio, parecen más adecuado una multa o arresto, ya que en esta situación no se está en presencia de la hipótesis señalada antes. Hay un padre que sí cumple y tiene ganas de hacerlo, sólo que ha decidido no respetar los márgenes del derecho, en cuyo caso las sanciones podrían enmendar su conducta.

En todo evento, el artículo 49 de la LM establece que el incumplimiento por parte del titular del régimen que logre acreditarse, tanto en la ejecución del mismo como en su falta de justificación, amerita para que el juez pueda autorizar al NNA a salir del país junto al custodio, sin la autorización del incumplidor.

35 ACUÑA (2018), p. 247.

2.5.4.2 Incumplimiento del padre custodio

Si el padre o madre que tiene el cuidado personal de sus hijos impide que esto se lleve a cabo, o se limite de alguna forma, la ley contempla multas o arrestos. La norma que lo establece es el artículo 66 inciso final de la LM. En el primer caso, que no excedan de una unidad tributaria mensual de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 229 del CC en relación con lo dispuesto en el artículo 543 del CPC. En el caso de los arrestos, pueden ser de hasta quince días.

Al igual que para el padre titular del régimen, las hipótesis de incumplimiento por parte del custodio, que generalmente es la madre, son amplias y deben ser apreciadas en base a la buena o mala fe de su conducta. Como incumplimiento se puede entender cualquier conducta que injustificadamente dañe la vinculación afectiva y efectiva entre el otro padre y su hijo. Esto también afectará los parámetros que el o la juez puede tener a la vista a la hora de decidir sobre el cuidado personal del NNA, conforme al elenco establecido en el artículo 225-2 del CC.

Todo esto es sin perjuicio de la consideración que se deberá tener sobre estas infracciones para la eventual determinación de un cuidado personal y la compensación a que tiene derecho el padre que se ha visto impedido de ver a sus hijos.

De igual forma, la práctica judicial juega un rol aquí, puesto que algunos tribunales han implementado métodos más o menos pacíficos, dentro de lo que se puede, para obligar al padre custodio a entregar al hijo para el cumplimiento del régimen. Un ejemplo son los casos en que se instruye a Carabineros para que concurren a efectuar la diligencia de retiro del NNA con la máxima prudencia, siguiendo instrucciones específicas para ocasionar el menor perjuicio al NNA e incluso deteniendo la práctica de la diligencia si las cosas se salen de cauce.

2.6 Compensación de la RDR

Suele acontecer que por enfermedad del hijo, caso fortuito, o por obstaculización del régimen de RDR, uno de los padres no pueda ejercerlo de la manera como se estableció en un acuerdo o en una sentencia. Frente a esto, la duda que surge es si el tiempo que el padre o madre no pudo desarrollar las visitas con sus hijos se pierde o puede compensarse.

Lo primero que hay que decir sobre esto es que la norma que permite compensar el régimen de RDR está señalada en la LM. Esta dispone lo siguiente: “Cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente”.

Sobre esta norma, para el subsiguiente análisis es importante hacerse una pregunta: ¿Cuál es el fundamento? Pareciera ser la equidad. Resulta injusto para el NNA y el padre no custodio que el otro progenitor no permita que el régimen se lleve a cabo normalmente. Esto puede producirse por mera desidia o porque, algunas veces, se condiciona la RDR al pago de los alimentos que el padre que reclama las visitas no ha pagado. Desde luego que este último tampoco es un motivo que permita semejante acción. Es sabido que no puede haber ningún tipo de comunicabilidad entre este derecho y el de alimentos.

Ahora bien, el problema que presenta esta regla es que, si aquella es la razón y la finalidad por la que se compensa la RDR, quedan fuera todas aquellas situaciones que no son atribuibles al progenitor custodio, tales como enfermedad o caso fortuito. En estos casos, no podría exigirse compensación por el padre. Habría así una suerte de subordinación del derecho a la causa que motiva el impedimento. Esta solución, si bien es la que conforme al tenor legal corresponde, puede que no sea del todo satisfactoria. Principalmente, porque produce inconvenientes en aquellos eventos donde la causa del im-

El vértice de esta situación, que permite la compensación del régimen, no sólo está dada por lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley N° 16.618, sino que también por la consagración legal del principio de igualdad que debe regir la relación entre los progenitores de un niño.

pedimento, si bien es justificado, es de larga duración. Esto produce que, por una parte, no pueda compensarse el régimen y, por la otra, resulta palmario el hecho de que independientemente de la causa, padre e hijo no pudieron relacionarse en forma efectiva. El tiempo y lo valioso que en este contexto es para el padre y el hijo, simplemente se pierde, lo que implica una transgresión de los derechos que ambos poseen sobre el particular.

Una mejor alternativa se produce si se considera que el vértice de esta situación está dado no únicamente por la norma especial, sino porque esta actúa en complemento con el principio de igualdad que debe regir la relación entre los progenitores de un niño, ya visto a propósito del cuidado personal.

En efecto, como fue estudiado antes, esta directriz encuentra su fuente en el artículo 224 del Código Civil (véase 2.2). Luego, como tanto a padre y madre le corresponde este derecho, sobre todo al padre no custodio, no podría condicionarse la compensación del derecho a la concurrencia o no de una causa fortuita.

La ventaja de encontrar una fuente legal que habilita la compensación a cualquier evento es que, en primer lugar, el o la juez debe propender a que la equidad que la ley señala se cumpla. En consecuencia, legalmente es posible entender que el mecanismo idóneo para tal fin es la compensación en cualquier caso que pudiera gestarse. No es necesario atender a factores subjetivos, salvo que las visitas se frustren por negligencia o desidia del padre. En ese caso, este queda impedido de pedir la compensación porque estaría yendo contra sus propios actos. Su mala fe le impediría hacer solicitudes a este respecto.

2.7 RDR con los abuelos y terceros

Una modificación a partir de la Ley N° 20.680, del año 2013, introdujo el artículo 229-2 al Código Civil y estableció lo siguiente: “El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229”.

El fundamento de esta norma puede encontrarse en el hecho de que la filiación de un niño no se extiende sólo a sus progenitores, sino a todos aquellos que, a partir de ella, conforman su familia. Desde luego que se alude aquí a la concepción más restringida y original de la familia, que es aquella que dimana de los vínculos sanguíneos por los que están unidas las personas.

La familia es un concepto vacío si no brota en su interior la idea de satisfacer las necesidades que surgen en ella, como los alimentos y los afectos, que sólo pueden quedar cubiertos con un contacto físico permanente entre sus miembros. En consecuencia, fuerza presumir que los miembros de una familia, a partir de los lazos sanguíneos que los unen, están en mejores condiciones de establecer vínculos afectivos con un descendiente.

Un sustento legal de estas ideas se refleja en las órdenes de legitimación que el legislador establece en los artículos 323 y 326 del Código Civil para los Alimentos. Estas normas se basan en una realidad preexistente, que dice que quienes deben prestar auxilios a una persona cuando está en estado de necesidad son sus parientes más próximos. En la RDR, al igual que en los Alimentos, se acude a los abuelos, quienes después de los padres son quienes tiene mayor proximidad con el NNA. Por cierto, como la ley no distingue pueden entenderse incluidos los de una y otra línea.

Con todo, no es suficiente el hecho de la filiación: el legislador de alguna manera mide el grado de necesidad de la satisfacción de este derecho para quien lo pide, pero no desde sus deseos o intereses, sino

desde el punto de vista del NNA. De ahí que se debe recurrir, para la fijación del régimen, a los criterios establecidos en el artículo 229 del Código Civil, vistos a propósito del derecho de cuidado personal.

Una sentencia de la Corte Suprema da cuenta de algunas aristas que surgen a partir de esta figura: “Tercero: Que en el aspecto propiamente legal, es necesario recordar, que el artículo 229-2 del Código Civil establece como regla principal de determinación del derecho del hijo de mantener una relación directa y regular con sus abuelos, el acuerdo de las partes, y sólo en su defecto, como ocurre en la especie, debe ser determinado por el órgano jurisdiccional, caso en el cual debe actuar atendiendo el interés del hijo y considerando los criterios del artículo 229 del cuerpo legal citado.

Cuarto: Que reconocido el derecho del hijo en este aspecto, deben conciliarse los diversos intereses en juego en razón de su mejor y mayor conveniencia, lo que debe coordinarse con el ejercicio del cuidado personal que efectúa la madre y el régimen comunicacional que disfruta el padre, el cual se encuentra fijado en causa Rol xxxx-xxxx, estableciendo que el padre mantendrá tal relación el primer y tercer fin de semana de cada mes en el horario acordado por las partes, regulándose las vacaciones y festividades, de manera que el régimen que se establezca respecto de la abuela paterna demandante, no puede entorpecer la habitualidad de la vinculación de los padres con el hijo”³⁶.

Un aspecto importante que menciona este fallo es que, de alguna manera, el régimen de los abuelos es complementario al de los padres y de ninguna manera puede entorpecerlo.

También terceros pueden visitar al NNA, como sus hermanos o primos, pero aquí la situación es distinta a la de los abuelos. No se trata de una solicitud ordinaria que tenga por objeto establecer un régimen permanente, sino que el tenor de la norma se refiere a situaciones puntuales.

36 CS rol N° 46451-16, 19 de diciembre de 2016.

El último inciso del artículo 48 de la LM lo trata en los siguientes términos: “El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar”.

Información general sobre esto puede encontrarse en el siguiente enlace:

RDR con los abuelos

2.8 Preguntas orientadoras

- a. ¿Existe alguna relación entre el principio de corresponsabilidad, el Cuidado personal compartido y la Relación directa y regular?
- b. ¿El derecho a mantener una RDR se encuentra condicionado al pago de los Alimentos?
- c. ¿Es posible que el juez fije de oficio una RDR de los hijos con sus padres?
- d. ¿Se puede compensar la RDR cuando el incumplimiento se produce por enfermedad?

Régimen de Alimentos,
Cuidado personal
y Relación directa y regular
aplicados a la decisión judicial

Materialles docentes Academia Judicial



El derecho de Alimentos

3.1 El fundamento del derecho de Alimentos y su importancia

A las estadísticas dadas a conocer al comienzo de este trabajo y que, cuantitativamente, revelan que la mayor cantidad de causas que tramita un tribunal se refiere a esta materia, hay que sumar el hecho de que el sesenta por ciento de los demandados por pensión alimenticia no las paga, según da cuenta el artículo que se consigna a continuación:

Fenómeno impacta en la economía familiar y el bienestar de los menores

60% de demandados por pensión alimenticia no paga este derecho de sus hijos

A pesar de las sanciones que contempla la ley actual, las cifras de no pago de este derecho son elevadas. Por eso, actualmente se encuentra en el parlamento un proyecto para revertir esta situación que, según el académico Cristian Lepin, debería incluir un "Registro nacional de deudores alimentarios". Esta problemática toca a todas las clases sociales y, para las más desfavorecidas, acentúa las inequidades.

Nicole se separó hace seis meses de su pareja, con quien tiene una hija de once años. Por recomendaciones de familiares y amigos acudió a mediación familiar con el fin de llegar a un acuerdo por la pensión y no tener que acudir a los Tribunales de Familia. "Fue rápido, me dieron hora para la semana siguiente", cuenta. Con su pareja, que no asistió a la primera citación, llegaron a un acuerdo: 115.000 pesos mensuales para los gastos de alimentación.

Pero en marzo, cuando debía recibir el primer depósito, sólo recibió 60 mil. Y hasta la fecha nada más: "No quiero acudir al Tribunal de Familia porque una de las sanciones de la ley por no pago de pensiones es la reclusión nocturna. No quiero que mi hija me recrimine eso, que metí a su papá preso", cuenta, agregando que ha sido ella quien finalmente ha comido con todos los gastos, gracias a la ayuda de su familia.

De todas formas, como explica el académico de la Facultad de Derecho Cristian Lepin, especialista en Derecho de Familia, en estos tribunales los procesos son "un poco engorrosos y poco claros, en el sentido que es una tramitación que cuesta llevar adelante y porque genera problemas de interpretación: algunos tribunales aplican un criterio y otros aplican otros".

Los Tribunales de Familia, que fueron creados el año 2004 por la [Ley N°19.968](#), poseen entre sus múltiples funciones llevar causas relativas al derecho de alimentos "con procedimientos caracterizados por los principios" de la inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes". Es en esta instancia donde se tramitan causas por la [Ley N°14.908](#) sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. Esta normativa incluye algunas sanciones para quienes no cumplan en los abonos para los hijos e hijas, entre ellas: la orden de arraigo, el arresto nocturno, la retención de impuestos desde la Tesorería General de la República y la suspensión de la licencia de conducir hasta por seis meses.

Pero a pesar de esto las cifras son decidoras: según el Poder Judicial, el 60% de los demandados por pensiones de alimentos no paga este derecho que les corresponde a los hijos hasta los 21 años y 28 en caso que estén estudiando.



Este problema social explican los académicos, acentúa las desigualdades sociales.



Las familias generan estrategias para responder a la ausencia de recursos, las que se diferencian por clases sociales según explica la investigadora Catalina Arriagada.

El artículo completo puede encontrarse en el siguiente enlace:

[60% de demandados por pensión alimenticia no paga este derecho de sus hijos](#)

Su importancia también se revela en su fundamento. Al igual que el de derecho de cuidado personal y a mantener una relación directa y regular con los hijos, la base del derecho de alimentos se encuentra en la filiación y la familia. Son las relaciones familiares las que el ordenamiento jurídico toma en cuenta para conceder la facultad de

El fundamento del derecho de Alimentos se encuentra en el derecho a la vida y la solidaridad familiar.

pedirlos, e incluso exigirlos compulsivamente, de unas personas a otras. Más precisamente, en la solidaridad y gratitud que debe existir entre los miembros de una familia.³⁷

No obstante, a diferencia de la RCP y la RDR, el derecho a percibir los alimentos por quienes lo necesitan encuentra además una justificación en el derecho a la vida. Según Fueyo, esto es así puesto que “la función económica de este deber legal se encuentra muy bien precisada: hacer posible la existencia de la persona”³⁸.

En sintonía con esta postura, la jurisprudencia ha dicho: “Que el derecho de alimentos está encaminado a garantizar la subsistencia del alimentario y su fundamento radica, sin duda, en el derecho a la vida (...)”³⁹.

Esto además cubre el caso del donante, que no puede ser explicado desde el hecho de la filiación; el caso de los cónyuges, quienes según la legislación chilena no son parientes, e incluso la familia del occiso, quienes pueden exigir alimentos al homicida. En efecto, es axiomático pensar que suministrar a una persona lo necesario para su sobrevivencia es un aspecto fundamental de la dignidad humana que sobrepasa el hecho de la filiación, sobre todo de un niño. De ahí su vital importancia, que merece sea identificado como un derecho humano fundamental.⁴⁰

De acuerdo con lo anterior, si se ha de buscar la base de este derecho en la Carta Magna, se puede encontrar en dos lugares: el artículo 19 N° 1 en cuanto a que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida, y el artículo quinto, en tanto en él se reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad.

Una explicación general se puede encontrar en el siguiente video:

¿Cómo se solicita una pensión de alimentos?

37 VODANOVIC (2004), p. 5

38 FUEYO (1959), p. 554.

39 CA Concepción, rol N° 377-2008, 13 de junio de 2008.

40 GREEVEN (2018), pp. 3-4.

3.2 Plan de estudio

Esta materia puede separarse en dos áreas: la sustantiva o civil y la procesal o adjetiva. En la primera serán analizados los aspectos de fondo, que se sitúan predominantemente en el Código Civil, tales como las fuentes de la obligación y su extinción, o la determinación de los criterios necesarios para determinar el *quantum* de las pensiones alimenticias.

En la segunda se revisarán los aspectos procedimentales, contenidos principalmente en la Ley N° 14.908, que establece normas referidas a las medidas cautelares personales y reales que pueden decretarse en este tipo de procedimientos, así como aquellas referidas a la ejecución de la obligación. Dentro de este grupo también se encuentran las reglas sobre legitimación que se hallan en el Código Civil.

3.3 Aspectos sustantivos del derecho de Alimentos

Se entiende por aspectos sustantivos del derecho de alimentos aquellos lineamientos que establece el Código Civil desde donde se puede extraer un concepto, su contenido, clasificación, titulares, la determinación de su medida y el inicio, la duración y la extinción de estos.

3.3.1 Concepto y contenido del derecho

Puesto que la ley no define el derecho de alimentos y se limita a entregar los parámetros necesarios para su concreción, es posible acudir a los conceptos que Vodanovic y Fueyo han ideado sobre él. Para el primero, el derecho de alimentos es: “El derecho que tienen determinadas personas en estado de necesidad de exigir alimentos a otras también determinadas, las cuales están obligadas a proporcionárselos por mandato de la ley o la voluntad de las partes o la unilateral de un tercero (...)”⁴¹.

Para el segundo, “se entiende por deuda alimenticia la prestación que pesa sobre determinadas personas, económicamente posibilitadas, para que alguno de sus parientes pobres, u otras personas que señale la ley, puedan subvenir a las necesidades de la existencia”⁴².

Estas definiciones, en general, hablan de determinadas personas que estando obligadas por la ley, deben suministrar ciertas prestaciones a otras para procurar su subsistencia. Pero no señalan cuáles son específicamente aquellas prestaciones que pueden considerarse como alimentos. En esto, la etimología y la jurisprudencia sirven para especificar qué ha de entenderse como aquello que comprende una pensión.

41 VODANOVIC (2004), p. 4.

42 FUEYO (1959), p. 554.

La acepción de alimentos proviene del verbo latino *alere*, del que se desprende la palabra en castellano cuyo significado abarca la idea de nutrir, aprovisionar o abastecer. Este concepto fue evolucionando hasta fusionarse con el término *victus*, que incluye todo aquello que es preciso para desarrollar la vida en buenas condiciones. Como queda de manifiesto, nunca ha existido un concepto restringido de la obligación como aquella que podría únicamente referirse a los nutrientes indispensables para una mera existencia biológica. El significado es amplio y se extiende a otras necesidades del ser humano, como la habitación, la vestimenta, el calzado. Incluso los juristas romanos hacen referencias pormenorizadas a medicamentos, tratamientos, higiene y educación.

En cuanto a las personas que está obligadas a suministrarse alimentos mutuamente, una fuente remota identificable al derecho chileno y a todos los ordenamientos que son tributarios de la tradición jurídica romana se encuentra en el Digesto. Específicamente, en un rescripto de Antonio Pío que obligaba a los parientes a darse alimentos recíprocamente y que comprendía a los consanguíneos legítimos en toda la línea directa ascendente o descendente. Siglos después, bajo el emperador Justiniano, la norma se hizo extensiva a los cónyuges.⁴³

La jurisprudencia ha dicho que “los alimentos son las subsistencias que se dan a ciertas personas para su mantenimiento, o sea, para su comida, vestido, habitación y aun en algunos casos para su educación”⁴⁴. Otras fuentes lo señalan como: “(...) las subsistencias que se dan a ciertas personas, que le permiten subvenir a las necesidades de su existencia, que a lo menos deben cubrir el sustento diario, habitación, vestuario, salud, movilización, vivienda, esparcimiento y educación básica y media del alimentario, hasta el aprendizaje de alguna profesión u oficio”⁴⁵.

43 GUTIÉRREZ (2004), pp. 3-4.

44 Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Tomo XV (1958), p. 295.

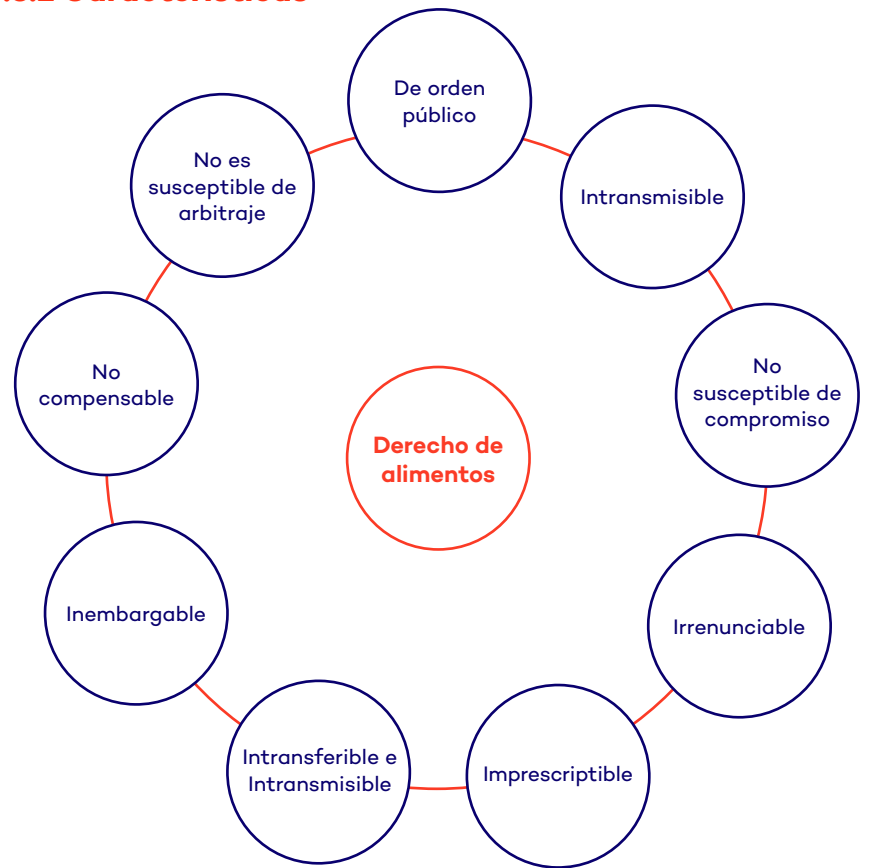
45 CA Concepción, rol N° 377-2008, 13 de junio de 2008.

En conclusión, la acepción jurídica del derecho de alimentos comprende un conjunto de bienes indispensables para satisfacer las necesidades humanas fundamentales. De acuerdo con ello, persigue una serie de fines que servirán para cumplir con un estándar mínimo que permita a una persona llevar una vida digna. Se expresan a continuación:

- **Materiales:** los nutrientes necesarios para la sobrevivencia, el vestido y la cobija, la morada y la asistencia de la salud.
- **Intelectuales:** la educación completa que le permita al alimentario aprehender un oficio que le ofrezca la posibilidad de valerse por sí mismo.
- **Morales:** la satisfacción de todo lo necesario para cumplir con los objetivos que una sociedad considera necesario para una adecuada convivencia social.
- **Espirituales:** el desarrollo de convicciones trascendentes que no sean atentatorias contra la vida de los seres humanos, ni contra los valores de una sociedad determinada.



3.3.2 Características



3.3.3 Clasificación de los Alimentos

La clasificación de este derecho se refiere a la sistematización que se puede ejercer sobre él en base a ciertos criterios ordenatorios, que permiten una mejor comprensión global de aquel. La categorización ofrecida a continuación es la que se suele encontrar en manuales referidos al tema.

3.3.3.1 Según la fuente de la obligación

Pueden ser legales o voluntarios. Los legales son aquellos cuyo objeto, causa y titulares están expresamente señalados por el legislador. Por lo mismo, se sujetan a las reglas establecidas en la ley que se estudian en el presente trabajo.

Los voluntarios, por su parte, se sujetan a las reglas que las partes que los acuerdan pacten. Estos contratantes, a su vez, pueden tratarse de cualquier persona respecto de las que no se tiene uno de los vínculos de parentesco que, como señala la ley, quedan comprendidos dentro de los forzosos.

3.3.3.2 Según el contenido de la pensión alimenticia

Pueden ser necesarios o congruos. Los congruos “son los que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social” (art. 323 CC). Los necesarios eran los que servían para sustentar la vida y fueron eliminados del Código Civil.

Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de 21 años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio. Los alimentos que se concedan, según el artículo 332 del Código Civil, al descendiente o hermano mayor de 21 años, comprenderán también la obligación de proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio.

3.3.3.3 Según el momento procesal en que se decretan y la permanencia o transitoriedad de las prestaciones

Los alimentos pueden ser provisorios o definitivos. Los segundos son los que se decretan en la sentencia de término y se dan por toda la vida del alimentario, en la medida que se mantengan las circunstancias que legitimaron la demanda.

Los provisorios son aquellos que se decretan mientras se conoce el juicio de alimentos, de reclamación de la filiación, de violencia intrafamiliar, de separación de bienes o de divorcio, antes del fallo definitivo. Deben ser ordenados por el juez, con el sólo mérito de los documentos y antecedentes presentados, sin perjuicio de la restitución si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria.

Cesa este derecho a la restitución contra el que, de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda. Pero en el caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo.

Según el artículo 4 de la Ley N° 14.908, en los juicios en que se demanden alimentos, el o la juez deberá pronunciarse sobre los alimentos provisorios, junto con admitir la demanda a tramitación, con el sólo mérito de los documentos y antecedentes presentados. El demandado tendrá el plazo de cinco días para oponerse al monto provisorio decretado y en la notificación de la demanda deberá informársele sobre esta facultad.

Presentada la oposición, el o la juez resolverá de plano, salvo que del mérito de los antecedentes estime necesario citar a una audiencia, la que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes. Si en el plazo indicado en el inciso segundo del artículo referido no existe oposición, la resolución que fija los alimentos provisorios causará ejecutoria.

El tribunal podrá acceder provisionalmente a la solicitud de aumento, rebaja o cese de una pensión alimenticia cuando estime que existen antecedentes suficientes que lo justifiquen.



3.3.4 Titulares

Este aspecto cubre lo relacionado a aquellas personas que, según la ley, pueden exigir alimentos y aquellas respecto de las cuales se pueden exigir. En términos simples, sólo pueden demandar y ser demandados aquellos sujetos señalados a continuación y, según se analizará más adelante, en el estricto orden legal.

3.3.4.1 Alimentos entre cónyuges

El artículo 134 del Código Civil señala: “El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que exista entre ellos. El juez, si fuere necesario, reglará la contribución”.

- Caso de cónyuges separados judicialmente: la obligación alimenticia subsiste.
“La separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden” (art. 33 Ley N° 19.947).
- Caso de cónyuges anulados: la obligación se extingue.
- Caso de cónyuges divorciados: la obligación se extingue.
El artículo 60 de la Ley N° 19.947 señala expresamente que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio del derecho a la compensación económica.

3.3.4.2 Alimentos a los ascendientes

Los hijos, titulares del derecho de alimentos respecto a sus ascendientes, son quienes con mayor frecuencia recurren a solicitarlos judicialmente. Sobre todo cuando son menores de edad. Si son varios, la obligación de todos ellos se distribuye a prorrata, conforme a sus necesidades.

Los límites para ellos son haber cumplido 21 años, o 28 años si están cursando estudios para obtener alguna profesión u oficio, salvo que posean algún tipo de discapacidad que les impida valerse por sí mismos, en cuyo caso se extiende hasta que dicha incapacidad cese. También se extiende si el juez, por circunstancias extraordinarias, estima que es necesario proveer de alimentos a un hijo.

3.3.4.3 Alimentos a los descendientes

Debido a la reciprocidad de la obligación alimenticia, los padres también tienen derecho a demandar de alimentos a sus hijos, y aun más, también tienen derecho a hacerlo los abuelos, cualquiera sea la forma en que se haya determinado la filiación de sus nietos (no les afecta la privación de derechos al padre, según el artículo 203 del Código Civil).

3.3.4.4 Alimentos a los hermanos

Se debe alimentos a todos los hermanos, cualquiera sea la filiación que detenten.

Se sujetan a los mismos límites de edad y capacidad que los de los hijos (art. 332 inc. 2° del Código Civil).

3.3.4.5 Entre los titulares del contrato de donación

La ley señala que se deben alimentos al que hizo una donación cuantiosa, mientras esta no haya sido rescindida o revocada. Esto se refiere al contrato de donación por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona, lo que requiere de un trámite llamado insinuación.

La condición que la ley establece, para que le sea aplicable luego el estatuto de los alimentos, es que se trate de una donación cuantiosa. Es decir, de envergadura. Esto es algo que aprecia el o la juez caso a caso, si se produce una controversia. Como sea, reunidos los requisitos, el donante puede dirigir su acción en contra del donatario.

3.3.5 Inicio, duración y extinción de los Alimentos

Como se verá en este acápite, los alimentos están sujetos a límites temporales que guardan relación con una serie de factores relacionados a sus titulares, o a circunstancias específicas que pueden generarlos o extinguirlos.

3.3.5.1 Inicio

Desde luego, el derecho de alimentos y la obligación alimenticia nace cuando se genera el acto o hecho que le sirve de causa. Esto puede ocurrir en virtud de alguna de las formas que el ordenamiento jurídico establece para este efecto. Puede ser el nacimiento, el reconocimiento

voluntario de los progenitores de un hijo, la sentencia en juicio de filiación, o el contrato de donación en el caso del donante. Incluso puede ser un acuerdo extrajudicial, si los alimentos son voluntarios.

Sin embargo, hay que tener presente que el legislador diferencia el derecho de alimentos de la pensión alimenticia o los alimentos devengados. Ambas categorías comienzan en tiempos distintos. Esta última, según se establecerá, es un crédito de carácter personal cuyo nacimiento se producirá en virtud de un acuerdo entre las partes o un proceso. Tratándose de un juicio, conforme al artículo 331 del Código Civil, los alimentos se deben desde la primera demanda.

Esta norma fue concebida mientras existía una diferenciación entre los hijos legítimos e ilegítimos, cuando estos últimos podían intentar una precaria acción de reconocimiento de la calidad de hijo en contra de sus padres, cuyo único objeto era conseguir una pensión de alimentos. Por ello, se entendía que los alimentos se les debían desde aquella primitiva acción de filiación o “primera demanda”.

Ya eliminada esa diferenciación entre hijos, se entiende que lo único que quiere decir la norma es que, si bien el derecho es inherente a la calidad de hijo o de cualquiera de las calidades que la ley exige para poder demandar, los alimentos sólo se adeudan y pueden cobrarse desde que se incoa una demanda judicial en contra del obligado.

Luego, los alimentos regirán desde que una sentencia o un equivalente jurisdiccional, como un acuerdo aprobado judicialmente, así lo establezca. Y no desde el hecho natural que confiere la calidad que otorga legitimación activa para demandarlos, como el nacimiento. Ello es así porque antes de la sentencia no existe la determinación del derecho, cuya concreción es una pensión cuantificable. Esa falta de liquidez impide, por lo tanto, exigir el pago al deudor conforme a las reglas generales del pago de las obligaciones.

También, se entendió en algún momento que esta disposición se refería a que los alimentos se debían desde que se interpone la demanda, que, como es sabido, es un momento anterior a la dictación de la sentencia. En ese entonces no existía la obligación para el juez de pronunciarse sobre los alimentos al momento de proveer la deman-

da, por lo que tenía sentido plantearse dicha interrogante las veces en que no eran fijados por el juez. Sin embargo, hoy, en que existe legalmente el deber judicial de pronunciarse sobre los alimentos al proveer la demanda, no tiene sentido tampoco.

3.3.5.1.1 Tasación de los alimentos provisorios, a propósito de la “primera demanda”

La duda que puede plantearse hoy es si, para la tasación de los alimentos que se realiza en un momento posterior a la sentencia, ha de considerarse el valor de estos en el tiempo intermedio entre su fijación al inicio del proceso y la dictación de la sentencia, o sólo los que se fijan en esta. En este último caso se produciría una suerte de efecto retroactivo que podría ampararse en la mencionada frase “primera demanda”.

Supóngase que los alimentos provisorios son 100 y la sentencia fija 200, en un proceso que duró cuatro meses. Y se pide la liquidación del crédito cuatro meses después de dictada esta. Los alimentos provisorios y definitivos nunca se pagaron. La duda que surge es si han de liquidarse ocho meses por un valor de 200, lo que da un total de 1600, o cuatro meses por 100 y otros cuatro por 200, lo que da un total de 1200. Sin duda que la primera opción es la más conveniente para el justiciable, pero no se aviene a los efectos que posee una sentencia constitutiva como la que se dicta en este tipo de juicios.

El crédito nace a partir de la decisión de término. Esto ocurre por el efecto práctico que produce la cosa juzgada, puesto que sólo desde allí se podrá exigir lo resuelto en la sentencia y hacia lo futuro.

El crédito nace a partir de la decisión de término. Esto ocurre por el efecto práctico que produce la cosa juzgada, puesto que sólo desde allí se podrá exigir lo resuelto en la sentencia y hacia lo futuro.

Con anterioridad sólo puede cobrarse el monto dictaminado como provisorio, puesto que el crédito ya se ha generado en virtud de la sentencia interlocutoria que los originó y que es su fuente. Así, cada monto tiene su vertiente de determinación y a eso ha de estarse.

Por lo demás, si se aceptará otra interpretación, el justiciable debería conformarse con la situación inversa y desventajosa para él. Supóngase, en el mismo caso planteado, si lo dictaminado en definitiva

fuere 100 y lo provisorio 200. Debería liquidarse produciéndose una rebaja virtual del monto provisorio en 100, lo que es a todas luces perjudicial para él.

3.3.5.2 Duración

La ley señala que los alimentos duran toda la vida del alimentario, mientras se mantengan las circunstancias que legitimaron la demanda. Esto quiere decir que si caduca el título por el cual fueron otorgados, terminará *ipso facto* el derecho a percibirlos. Lo que plantea algunos inconvenientes en la práctica, pues en ocasiones, a pesar de haberse cumplido la condición por la que se estaban otorgando, estos se siguen pagando, ya sea porque existe algún mecanismo automático de pago, como las retenciones judiciales, o porque el alimentante simplemente lo ignora. Esto, salvo en el caso de alguna persona a la que le afecte algún tipo de incapacidad, lo que hará que los alimentos le sean deferidos hasta su muerte.

Estas dudas serán revisadas más adelante.

3.3.5.3 Extinción

Las causales de extinción poseen un alcance complejo puesto que, como será examinado, sus normas producen varias dudas interpretativas que han suscitado controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

3.3.5.3.1 Muerte del alimentario

La muerte extingue el derecho a pedir los alimentos, pero no así las pensiones adeudadas que son transmisibles, ya que en ese caso se trata de un crédito personal como cualquier otro.

3.3.5.3.2 Edad y estudios del alimentario

Las pensiones se pagan hasta que el hijo tiene 21 años o, pasada dicha edad, hasta que tiene 28 si es que está estudiando una profesión u oficio. Una exégesis de la norma permite determinar que en el primer caso se tiene el derecho hasta el último día que la persona tiene 20 años, mientras que en el segundo, se tiene hasta el último día que tiene 28.

En este segundo caso, el límite lo marca previamente el hecho de terminar una carrera técnica o profesional. Sin embargo, sobre ello existen la siguiente interrogante: ¿cuántas carreras se le permite estudiar al alimentario hasta los 28 años?

Hasta hace algunos años, la jurisprudencia era bien conteste en señalar que la norma sólo habilitaba a estudiar una carrera técnica, profesional o cualquier otra que le permita a una persona valerse por sí misma. El fin de la norma no era otro que dejar a una persona en situación de procurarse por sus propios medios la mantención de su vida.

Sin embargo, el paso del tiempo ha transformado esa ratio conforme a la realidad actual. Una carrera técnico o profesional parece no ser suficiente para que una persona esté en buen pie para asumir una vida independiente. La eclosión de carreras y postgrados ha hecho que la competencia para ingresar al mundo laboral aumente y, con ello, la jurisprudencia se ha ido abriendo a la posibilidad de que dentro del rango etario en comento se permita cursar más de un estudio a los alimentarios.

La sentencia que se cita a continuación no lo dice expresamente, pero lo deja entrever. Además, alude a que el tenor literal de la norma no impone un límite de carreras que puede estudiar un alimentario:

“Pues bien, como se consignó, los jueces del fondo tuvieron por establecido como hecho inamovible para este tribunal que la demandada es alumna regular de la carrera de enfermería y que no ha cumplido veintiocho años de edad, por lo tanto, como el inciso 2° del artículo 332 del Código Civil, al que alude el inciso 2° del artículo 323 del mismo cuerpo legal, señala expresamente que la obligación del alimentante se mantiene si el alimentario está estudiando una profesión u oficio, se debe concluir que concurren los presupuestos legales —edad y estudios que cursa en la actualidad— para considerarla acreedora de la obligación alimenticia que pesa sobre su progenitor. No obsta a la conclusión anterior la circunstancia que haya obtenido el título de técnico en enfermería, porque, en primer lugar, la norma legal aplicable no establece la limitación en el sentido que el recurrente postula; en segundo lugar, pues las reglas dadas sobre

la materia establecen un estándar mínimo, en el sentido que al alimentario debe proporcionársele los medios para que pueda acceder a lo menos a una profesión u oficio; y, en tercer lugar, porque es un deber de los progenitores proveer lo necesario para que su prole pueda desarrollarse plenamente en el ámbito espiritual y material, y una manera de lograrlo es que concreten su vocación profesional; razón por la que se debe inferir que no se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo 323 del Código Civil. Dicha postura es la asumida por esta Corte, según consta en la sentencia dictada en los autos número de ingreso 65.309-16 con fecha 10 de enero de 2017”⁴⁶.

3.3.5.3.3 Injuria atroz

En los casos en que el alimentario ha cometido delitos graves en contra de la persona del alimentante, conforme al artículo 968 del Código Civil cesa la obligación que este tiene respecto de aquel. No obstante, el artículo 324 del mismo Código expresa: “...pero si la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante, podrá el juez moderar el rigor de esta disposición”.

3.3.5.3.4 Dolo

Si una persona obtiene dolosamente una pensión de alimentos, supóngase el caso de quien ha falseado su calidad de estudiante mediante certificados adulterados, para con eso demandar los alimentos, es justo que pueda ser condenado a la restitución y la indemnización de perjuicios; pero no sólo él, sino que, como señala el artículo 328 del Código Civil, todos los que han participado del dolo.

3.3.5.3.5 Sentencia en juicio de filiación

Según la ley, si la filiación es declarada en contra de la voluntad del padre o madre, a estos se le quitan todos los derechos, entre ellos el de alimentos que les asiste respecto a su hijo o hija, mientras que a estos se les mantienen todos los derechos que los benefician respecto a sus progenitores.

46 CS rol N° 6225-2018, 29 de octubre de 2018.

Lo que acontece en este tipo de juicios frecuentemente no es una negativa, si no que una duda que el demandado quiere disipar mediante la prueba de ADN. En estos casos no se está en la hipótesis de la norma que requiere una negativa expresa, ya que el artículo 328 del Código Civil habla que sea “en contra de la voluntad”.

Sobre este punto, se plantea si el silencio del demandado cabe dentro de lo dispuesto en ella. Es decir, si puede entenderse como una negativa. Para aquellos que sostienen que el silencio debe entenderse como una negación de lo afirmado por el actor en la demanda, el silencio contumaz debería entenderse incluido. No así para quienes afirman que, en este caso, se requeriría una disposición expresa que le diera ese efecto al silencio.⁴⁷

3.3.6 La prescripción

Dentro de todas las causales de extinción de la obligación alimenticia, por lejos la prescripción es la que más dudas plantea, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

3.3.6.1 Problemática

Las interrogantes que se trazan sobre este tópico son las siguientes:

- a. ¿Prescriben el derecho de alimentos o las pensiones alimenticias?
- b. El plazo establecido para este efecto ¿es de prescripción o caducidad?
- c. ¿Se suspende la prescripción en el caso de los NNA?
- d. ¿Puede interponerse la excepción de prescripción en la ejecución de los alimentos si el legislador no lo permite?
- e. ¿Puede decretarse oficiosamente la prescripción por el juez?
- f. ¿Cuál es el procedimiento para hacer valer la prescripción?
- g. ¿Cuáles son las dificultades procesales para su aplicación?

47 GREEVEN (2017), p. 80 y ss.

3.3.6.2 Intención del legislador

Para entender los pormenores que surgen a partir de las interrogantes planteadas, es preciso recurrir a los anales de la ley. En ellos se aprecia, con toda claridad, que la intención del legislador con la promulgación de esta ley era evitar las maniobras dilatorias que el demandado en este tipo de juicios podía intentar.

Algunos pasajes de las actas legislativas ilustran sobre esto: “Yo comprendo que de las 18 excepciones que consulta el Código de Procedimiento Civil para enervar la acción ejecutiva, algunas no procedan (...) pero hay algunas otras señor Presidente, que no pueden por menos que proceder...”. A lo que se replica: “Lo que se quiere con esto es matar el tinterillaje”, para luego argumentar que “son los abusos que se cometen hoy en día en esta materia lo que nos obliga a hacer esta clase de leyes”⁴⁸.

De lo que sigue de la discusión parlamentaria, es que se entendió que todos los medios de defensa se agotaban suficientemente en el juicio declarativo de alimentos que precedía a la ejecución, donde no cabía más que pagar a la deuda o demostrar que se había pagado. Bajo esa premisa, para los legisladores tampoco era posible deducir la prescripción por los deudores.

El problema es que los congresistas no se representaron el hecho de que los alimentos se deben desde la sentencia que los determina y, de esta manera, no es posible deducir esta excepción durante la tramitación del juicio ordinario. Así, este gran inconveniente pasó inadvertido y se diluyó en el afán de coartar al máximo las posibilidades de un alimentante de mala fe. Con ello, tampoco se le puso suficiente atención a este instituto en el derecho de alimentos, lo que ha generado hasta hoy varias dudas sobre sus alcances.

Actualmente, para resumir las posiciones que existen sobre la prescripción, hay que entenderlas como posturas que van desde un extremo que considera que las pensiones para NNA no prescriben

48 Cámara de Diputados de Chile (1933-1935), pp. 2759-2760.

en virtud del principio de interés superior del niño, a aquellas que establecen que por tratarse de una deuda, tal como una deuda patrimonial cualquiera, no hay razón para que no aquello no ocurra.⁴⁹

Se debe descartar la primera tesis, porque significa extremar las cosas y seguirle concediendo un carácter ilimitado al principio del interés superior del niño, lo que agrega una carga más al desprestigio que padece el principio general y además puede llevar a situaciones absurdas. Si no prescribe la acción para cobrar los alimentos, un adulto podría cobrar a su padre anciano una deuda estratosférica que este nunca pagó. Esto, a su vez, sería incentivar la negligencia en el cobro, si el titular del derecho dejó transcurrir tantos años sin que haya perseguido el pago de su crédito.

3.3.6.3 Suspensión de la prescripción

Otras tesis más moderadas estiman que prescriben las pensiones alimenticias, pero ello tiene ciertas diferencias y matices con la suspensión de la prescripción. Hay algunos que la aplican sin variaciones a lo establecido en la ley sustantiva, por lo que transcurridos diez años desde que la obligación se hizo exigible, aunque el beneficiario sea menor de edad, termina dicho beneficio. Lo anterior se refleja en la siguiente sentencia:

“PRIMERO: Que las pensiones alimenticias adeudadas constituyen una obligación cuya acción de cobro está sujeta a las reglas generales de prescripción, al tenor de lo expresado en el artículo 336 del Código Civil. En ese sentido, debe además considerarse que, al establecer un cumplimiento mensual, cada pensión alimenticia representa una obligación sujeta a plazo de vencimiento propio y por lo tanto a una fecha de exigibilidad independiente. SEGUNDO: Que la acción de cobro de pensiones alimenticias adeudadas se ha ejercido incidentalmente en autos, siendo una acción personal ordinaria, se sujeta a las reglas de los artículos 2514 y 2515 del Código Civil, esto es, una prescripción extintiva de cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible. Con todo, debe considerarse que en el caso de

49 RÍOS (2016), pp. 50-53; ORREGO (2015), p. 16.

autos el alimentario acreedor es menor de edad, razón por la cual se encuentra amparado, en el ejercicio de sus acciones de cobro de las pensiones alimenticias atrasadas, por el instituto de la suspensión de la prescripción extintiva, basado en el principio *non valentem agere currit praescriptio*, es decir, contra quien no puede accionar en justicia, no corre la prescripción, aplicable en nuestro Derecho a favor de los menores de edad de conformidad al artículo 2509 N° 1 en relación con el artículo 2520 del Código Civil. Dicha suspensión se aplica impidiendo el transcurso de la prescripción extintiva a todas las acciones, salvo los casos expresamente excluidos por la ley, como por ejemplo en las situaciones previstas en los artículos 2523 y 2524 del Código Civil y no existiendo en materia de alimentos ninguna regla especial, corresponde sea aplicada. TERCERO: Que, no obstante lo expresado en el motivo precedente, la suspensión de la prescripción extintiva no puede ser indefinida, pues aunque el legislador se ha propuesto proteger mediante ella a las personas que carecen de la administración de sus bienes, en términos de no perjudicarlas por en no ejercicio de sus acciones, no ha podido sin embargo perder de vista el valor consistente en la seguridad jurídica, que exige la consolidación de la situaciones de hecho con el paso del tiempo. En este contexto, el artículo 2520 inc. 2° del Código Civil, tras señalar que la prescripción extintiva se suspende a favor de las personas que menciona, agrega: ‘Transcurrido 10 años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el artículo precedente’. La limitación que subyace en el inciso antes transcrito resulta coherente con otras normas legales que consideran, como plazo máximo admisible de la suspensión, el de diez años, tales como los artículos 1692 y 1757 del Código Civil, en concordancia con muchas otras reglas que fijan en diez años el plazo máximo de inseguridad jurídica aceptable por el ordenamiento jurídico, tales como los artículos 1683 y 2510 del Código Civil, entre otras. Ahora bien, la limitación prescrita en el artículo 2520 inciso 2° del Código Civil no significa que transcurridos diez años desde que la obligación se hubiere hecho exigible, no deba aplicarse la suspensión, como pretende el alimentante en su recurso, pues si así fuese, querría decir que el acreedor en cuyo favor se hubiere encontrado suspendida la prescripción extintiva, una vez pasados 10 años de inacción, se encontraría en la misma situación en que se hubiere encontrado si nunca hubiese tenido el beneficio, lo que resulta contrario por lo demás al espíritu de la norma. En

efecto, con tal limitación no se pretende sancionar la negligencia del acreedor —pues no la puede haber, desde que se encuentra impedido de actuar personalmente debido a la incapacidad que le afecta—, sino solamente delimitar a un máximo de diez años el plazo que pudiera encontrarse detenido el transcurso de la prescripción, en razón de salvaguardar, por otra parte, la certeza jurídica. Que, entonces, la limitación consiste, en el caso de autos, que pese a estar suspendido el transcurso de la prescripción de las acciones de cobro de las pensiones alimenticias adeudadas, deben sin embargo considerarse extinguida por prescripción la acción para el cobro de aquellas pensiones alimenticias respecto de las cuales el tiempo transcrito entre la fecha de su exigibilidad y la fecha en que el actor cesó en la inactividad, hubiere excedido los diez años. CUARTO: Que en virtud de los razonamientos expuestos corresponde a juicio de este tribunal acoger la excepción de prescripción pero no en los términos solicitados por el alimentante, esto es, considerando extinguida la acción de cobro de las pensiones devengadas antes de diciembre de 2008, sino aceptando solamente como extinguida la acción para el cobro de las pensiones que se hicieron exigibles antes de diciembre de 2003, como se dirá en lo resolutivo. Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, SE REVOCA sin costas por no haber sido solicitado, la resolución en alzada de fecha once de febrero de dos mil catorce y en su lugar se declara: Que ha lugar a la prescripción invocada sólo en cuanto se declara extinguida por prescripción la acción para el cobro de las pensiones alimenticias devengadas con anterioridad al mes de diciembre de 2003. Que no se condena en costas por haber existido motivo plausible para litigar”⁵⁰.

Otros consideran que el cómputo del plazo de prescripción de la acción se mantiene suspendido más allá del plazo máximo, mientras el NNA no cumpla 18 años o cese la incapacidad que le afecta. Esta opción se funda en el principio del interés superior.⁵¹ Es la menos común y se refleja en un voto disidente de la sentencia en causa rol N° 5558-2013 de la Corte Suprema:

50 CA Santiago, rol N° 459-2014, 3 de junio de 2014.

51 ORREGO (2015), p. 16.

“Que es un hecho palmario que el Legislador ha consagrado como principios rectores para el Juez de familia, el interés superior del niño y adolescente y su derecho a ser oído. En ese contexto se inscribe la circunstancia relevante y paladina, que los menores por su condición de tales, poseen en determinadas esferas del derecho de familia un estatuto diferente del resto de los intervinientes y operadores que integran el aludido sistema, y ese trato diverso, no puede jamás traducirse en discriminación negativa, por el contrario, el propósito tenido en cuenta para instaurar esas diferencias es precisamente dotar de un apropiado amparo, resguardo y protección a quienes, en concepto de la ley, no se hallan en condiciones idóneas para desenvolverse en el ámbito forense, ya sea por razones de edad, cognición o comprensión, y con esas reglas de salvaguarda se intenta morigerar los eventuales desequilibrios producidos, ya que las disposiciones legales atinentes a la materia en análisis, consolidan aspectos sustantivos de protección a los menores y al mismo tiempo propenden al debido proceso, con ello se resguarda y preserva de un modo más adecuado la ecuanimidad que debe observarse en el mundo jurídico.

Que en el ámbito del derecho de familia, (...) al estudiar la referida institución, resulta inevitable la alusión al principio relativo al interés superior del niño, postulado que contiene un fin legítimo, pero que, además, requiere una concreción real, que en el caso iúdice se materializa con la circunstancia específica, que el transcurso del plazo a que se refiere el inciso segundo del artículo 2520 del Código Civil, no puede iniciar su cómputo mientras los menores continúen con el impedimento legal, que constituye en realidad un beneficio del que gozan por expresa disposición legal y que ha sido debidamente resguardado por el ordenamiento jurídico”.

Esta posición de minoría ha ido ganando terreno y en diversas Cortes se impone hoy la idea de que el interés superior del niño se conforma con la circunstancia específica de que el transcurso del plazo a que se refiere el inciso segundo del artículo 2520 CC no puede iniciar su cómputo mientras los menores continúen con el impedimento legal de ejercer por sí mismos las acciones que amparan sus derechos, ya que se encuentran en indefensión producto del impedimento legal que le afectaba.

En suma, el interés superior de los niños debe aplicarse transversalmente en el ordenamiento jurídico. Una mirada integral y no aislada de dicho interés inclinaría la balanza en su favor, llevando a sostener que el plazo de prescripción de tres años, de la acción ejecutiva de cobro de las pensiones alimenticias devengadas para alimentarios menores de edad, no puede contabilizarse por operar en su beneficio la suspensión de la prescripción, situación que se mantiene incólume mientras exista esa condición de minoría de edad, no siendo procedente la afectación de sus derechos por la aplicación del plazo que plantea el inciso segundo del artículo 2520 CC, o por una eventual negligencia o desidia de su representante en ejercer los derechos que eran pertinentes.

Una última tesis jurisprudencial estima que no procede la suspensión en ningún caso, pues se estará frente a un plazo de caducidad que no admite dicho beneficio:

“5° Que, en lo concerniente a la institución de la suspensión de la prescripción como medio de extinguir la acción ejecutiva, la doctrina no es unánime en el sentido que no cabe su aplicación. En efecto, una parte, estima que no es aplicable por el tenor del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, en la medida que señala que el tribunal debe denegar la ejecución si el título presentado tiene más de tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible; unido al hecho que se considera que no se trata de un caso de prescripción sino de caducidad, la que no admite suspensión; y, por la otra, que sí procede porque el artículo 2520 del Código Civil no contiene ninguna excepción sobre la materia”⁵².

3.3.6.4 Interrupción

En cuanto a la interrupción, se aprecian los siguientes criterios. Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago expone:

52 CS rol N° 5558-2013, 17 de diciembre de 2013.

“1°) Que la resolución impugnada de veinticuatro de noviembre de dos mil quince rechazó la excepción de prescripción opuesta por el padre alimentante, porque se habrían realizado gestiones interruptivas tendientes al cobro de la pensión de alimentos devengadas y por el carácter imprescriptible de este derecho fundamental contemplado en el artículo 27 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño;(...)

5°) Que, en consecuencia, cabe hacer lugar a la apelación y teniendo en cuenta la naturaleza del título de los alimentos, dándose todos los requisitos contemplados en el artículo 434 N°2 del Código de Procedimiento Civil, declarar la prescripción de tres años desde septiembre de 2006 –conforme se pidió al oponerse la referida excepción–, hasta julio de 2012 y no hasta 2015, toda vez que debe computarse hacia atrás tres años, por una parte, y además, porque el propio apelante ha señalado que la alimentaria compareció en 2012 a cobrar la pensión, sólo que discutiendo que ya no tiene título para ello, y es por eso que la tiene demandada actualmente por cese de alimentos;

6°) Que, conforme aparece de todas las liquidaciones practicadas en autos, el demandado no registra abonos a la deuda, de modo que no existe tampoco interrupción natural de la prescripción alegada”⁵³.

En esta sentencia se deja entrever que la interrupción es posible en los estrictos términos que son planteados por la ley civil. La natural por producirse un abono de la deuda, lo que implica reconocer tácitamente la obligación por parte del deudor, en los términos del artículo 2518 del CC.

Otra sentencia, también citada en el acápite anterior, consigna lo siguiente en su considerando 1°: “(...) la acción de cumplimiento de pensiones de alimentos tiene un carácter ejecutivo, determinado por los efectos que produce y porque viene precedida de un procedimiento declarativo, y que se encuentra regulada en normas dispersas, debiendo aplicarse en lo no previsto por las del cumplimiento inci-

53 CA Santiago, rol N° 3104-2015, 8 de febrero de 2016.

dental del Título XIX del Código de Procedimiento Civil y por las del juicio ejecutivo establecidas en el Libro III del mismo código, y si bien en materia de alimentos existe una normativa especial, no se refiere al plazo de prescripción extintiva de la acción, por lo que debe aplicarse la normativa general que indica que prescribe en tres años. Por otro lado, la interrupción de la prescripción sólo se produce con la notificación válida del mandamiento, lo que, en el caso de autos, sería la liquidación de la deuda”⁵⁴.

Como se aprecia, el hecho que para lo Corte genera la interrupción civil es la liquidación de la deuda y su notificación que asimila a un mandamiento. Debe entenderse entonces que esos actos procesales son asimilables a la demanda que, según el artículo 2518 del Código Civil, posee la aptitud suficiente de producir el efecto jurídico en comento.

3.3.6.5 Inconvenientes procesales con la excepción de prescripción

Sea cual fuere la opinión sobre el particular, al poco tiempo de meditarla se asoman problemas procesales si, para su aplicación, se deben aunar las normas adjetivas y la norma civil, que se consigna a continuación para ilustrar de mejor forma esta cuestión:

“Art. 336. No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse; y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que competa al deudor”.

Como ya se ha dicho, las pensiones adeudadas, cosa diversa al derecho de alimentos, se miran como un crédito personal común y corriente⁵⁵. Y más en una época en la que existía una mirada patrimonialista de este derecho y aún no se habían desarrollado las políticas de la infancia como se conciben hoy. El artículo 578 del Código Civil da cuenta de ello, en tanto las asimila a las deudas personales como las que tiene el prestamista contra su deudor. El fin de la norma parece

54 CS rol N° 5558-2013, 17 de diciembre de 2013.

55 DOMÍNGUEZ (2004), pp. 156-157; ABELIUK (2000), p. 400.

Con esta disposición se está señalando en toda claridad que las pensiones alimenticias atrasadas son susceptibles de extinguirse por la prescripción. Es natural que así sea, si se tiene en cuenta que lo que se resguarda con esta institución es la seguridad jurídica, que es uno de los pilares del ordenamiento jurídico.

estar en el hecho de que cuando la pensión no es cobrada, la necesidad sobrevivencia del alimentario se pierde, puesto que ha podido sobrevivir a pesar de que no le fueron pagadas.⁵⁶ Se convierten así en una deuda común.

En términos concretos, con esta disposición se está señalando en toda claridad que las pensiones alimenticias atrasadas son susceptibles de extinguirse por la prescripción. Es natural que así sea, si se tiene en cuenta que lo que se resguarda con esta institución es la seguridad jurídica, que es uno de los pilares del ordenamiento jurídico.

El contrasentido se forma porque, a la par, la Ley N° 14.908 es categórica en señalar que la única excepción posible en los juicios de alimentos es la de pago y siempre que se funde en un antecedente escrito. Las razones de que así se haya establecido ya fueron explicadas líneas arriba.

Ahora bien, la posibilidad de que el deudor deduzca un sólo medio de defensa está tratada en la norma dentro del contexto de un juicio ejecutivo. El problema es que para perseguir el cobro de las pensiones, el legislador sólo estableció el procedimiento ejecutivo en la obligación de dar, que es la vía menos utilizada para este efecto. El otro camino, que es el que con mayor frecuencia se elige dada su rapidez y desformalización, es el procedimiento que permite dictaminar apercibimientos en contra del deudor -entre ellos el arresto- para conminarle al pago.

Desde una óptica literal podría entenderse que la imposibilidad de alegar la prescripción está sólo dada para un procedimiento ejecutivo, mas no para uno ordinario, ni tampoco para el que se puede llamar compulsivo de pago. Así, hay dos opciones posibles.

La primera es interponer una demanda de prescripción extintiva en un juicio ordinario de lato conocimiento. El punto es que, en la doctrina, como señala Ramos Pazos, hay cierto escepticismo de que

56 VODANOVIC (2004), p. 212.

sea posible alegar la prescripción extintiva como una acción. Sin embargo, esas dudas son aparentes, ya que lo único que necesita una acción para ser alegada es el interés del sujeto activo.⁵⁷ Este concurre en esta situación si se piensa que se trataría, en este caso, de una acción de mera certeza.

Quien debe una cantidad de dinero no quiere vivir eternamente esperando que su acreedor lo demande, por una parte, y por la otra requiere saber los límites del cumplimiento de su obligación. No hay nada de inmoral o injusto en ello. Incluso, tratándose de la prescripción de pensiones alimenticias, al ser una obligación de tracto sucesivo, quien la obtiene siempre deberá pagar una suma de dinero al alimentario. Esta se constituye por todas las periodicidades devengadas con anterioridad al día en el cual se comienza a contar la prescripción que a lo menos suman tres años. Ciertamente, dicha acción sólo puede zanjarse en un tribunal civil, ya que no está comprendida en el catálogo de materias que comprende la competencia de los tribunales de familia.

La segunda alternativa es interponer la excepción en el procedimiento compulsivo de cobro. El inconveniente se presenta porque se trata de uno *sui generis*, cuyos eslabones se han creado por los usos judiciales más que por la ley, que es bastante escueta en esta materia. En ese orden de ideas, la mayor dificultad que se presenta es que no hay espacios procesales para alegarla. Su interposición no está reglada como acontece en el juicio ejecutivo. Esto ha hecho que, sobre el particular, se ingrese a la incerteza de las prácticas procesales que cada tribunal asume sobre esto.

El esquema es más o menos así: una vez que la parte interesada pide la liquidación de la deuda, inmediatamente se le da paso a la parte contraria para que en el plazo de tres días pueda objetarla. Se usa el esquema de los incidentes. Es en ese lapso que suele alegarse.

57 RAMOS (1999), pp. 448-449

También se procede a decretar oficiosamente la prescripción asumiendo la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil que se desprende de los artículos 11 y 12 de la Ley N° 14.908 en el siguiente tenor. A falta de formas y etapas que precisen con claridad que hacer en estos casos, se asimila la existencia del título a la sentencia o acuerdo del que emanan los alimentos, y la demanda ejecutiva a la solicitud de medidas de apremio en contra del demandado. Luego, se pondera la liquidez de la deuda como aquella que se obtiene con el trámite de la liquidación descrito antes. Finalmente, el título se examina por el juez conforme a lo prescrito en el artículo 442 del CPC y el tribunal deniega la ejecución si el título presentado tiene más de tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible.

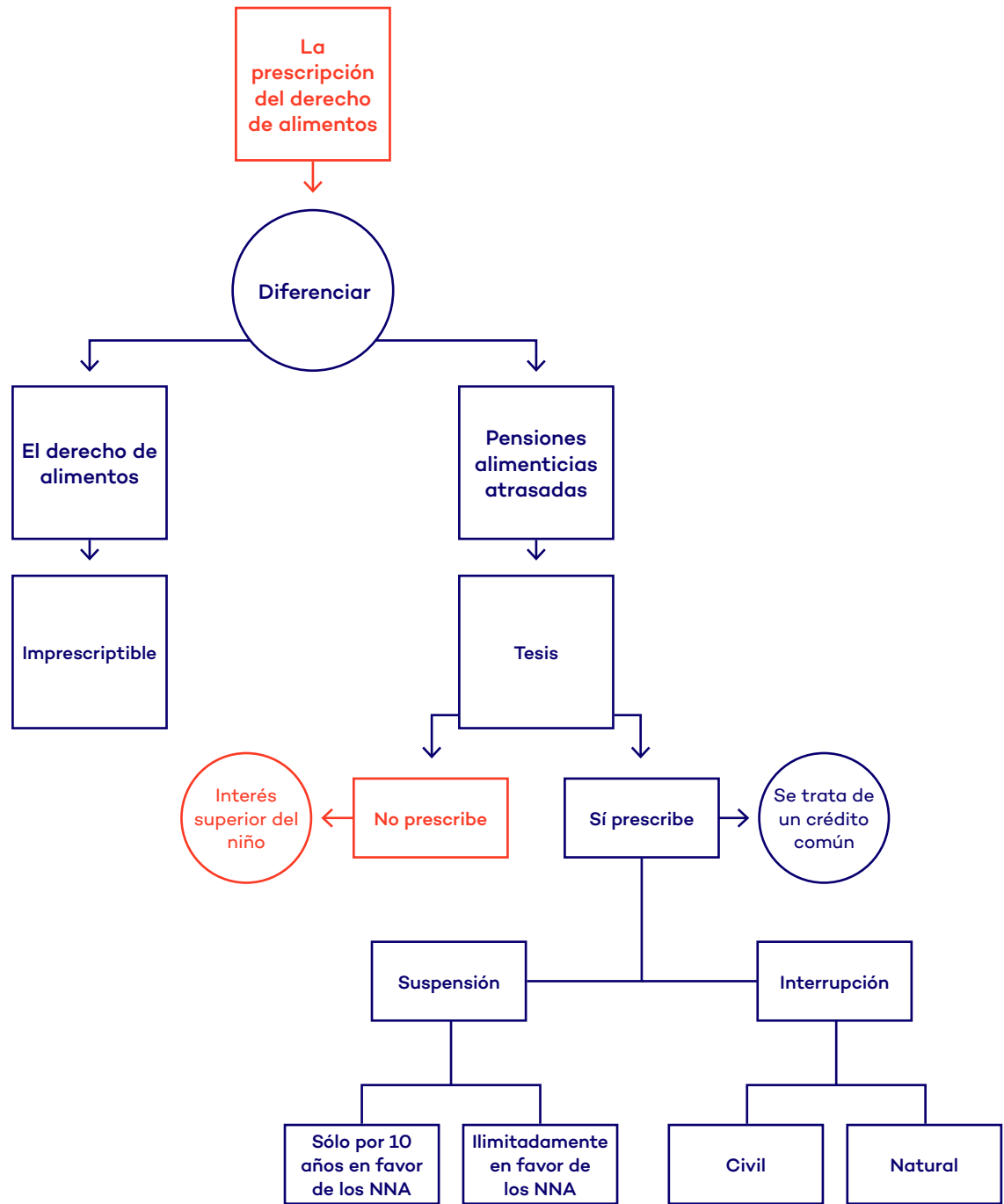
Esa postura parece tener cabida en un fallo de la Corte Suprema que expresa lo siguiente: “(...) En lo que concierne a lo que disponen los artículos 2515 del Código Civil y 442 del de Procedimiento Civil, señala que entregan el mandato legal en orden a que el tribunal debe denegar la ejecución si el título presentado tiene más de tres años. Las pensiones alimenticias son obligaciones de tracto sucesivo que se renuevan mes a mes, por lo tanto, al momento de exigirse el cumplimiento se renueva el título sólo por tres años hacia atrás, dado que el plazo que señala la norma es de caducidad, ergo, no se puede ejecutar por obligaciones que superen dicho plazo. Los jueces de la instancia infringieron las normas citadas al no dar lugar a la prescripción, aplicando la suspensión, y sin siquiera señalar que las acciones para hacer exigible el cobro de las pensiones adeudadas además de estar prescritas, están caducas”⁵⁸.

Con mayor precisión, esta tesis se aprecia en una sentencia de 2016 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso: “Que, el tribunal a quo, antes de dar curso al procedimiento sobre cumplimiento de la transacción oportunamente acordada por las partes, ha tenido el deber de examinar la concurrencia de todos los requisitos de la acción ejecutiva,

58 CS rol N° 5558-2013, 17 de diciembre de 2013.

a saber, el correspondiente título, la liquidez de la obligación, el que ella sea actualmente exigible y, finalmente, que no esté prescrita, examen que manifiestamente no se practicó en el caso de autos”⁵⁹.

Materiales docentes Academia Judicial



59 CA Valparaíso, rol N° 178-2016, 12 de mayo de 2016.

Quien paga después de la mayoría de edad del alimentario estaría pagando lo que no debe, si bien puede que no sea así. La cuestión debe enfocarse en averiguar si efectivamente el derecho de alimentos se extinguió con la llegada del hecho que la ley señala para su extinción.

3.3.7 Alimentos pagados después de caducado el derecho

El caso más habitual de este asunto en la práctica judicial es el de aquellos hijos que han pasado con creces la edad límite para percibir los alimentos, es decir los 21 o los 28 años, y siguen percibiéndolos hasta que el alimentante se da cuenta de esta circunstancia, cuestión que puede acontecer varios años después. Se plantea entonces una duda sobre lo que se ha pagado más allá de dichos límites etarios.

La respuesta parece encontrarse en la institución del pago de lo no debido. Aparentemente, quien paga después de la mayoría de edad del alimentario estaría pagando lo que no debe, si bien puede que no sea así. La cuestión debe enfocarse en averiguar si efectivamente el derecho de alimentos se extinguió con la llegada del hecho que la ley señala para su extinción.

En el caso de la edad, a pesar de haberse cumplido el límite máximo, puede entenderse que el derecho permanece más allá de dicho límite debido a que se fundamenta en la filiación, como ya fue abordado. Tanto es así, que si el mismo alimentario, pasado el límite de edad, cae en alguna circunstancia extraordinaria, podría volver a demandar al mismo alimentante. Es por ello que es más exacto decir que lo que caducó en este caso es la legitimación activa. Esta es una cuestión que sólo cesará en virtud de una sentencia que así lo establezca. Es por lo dicho que, en el caso de la mayoría de edad, tanto si se sobrepasa el límite de los 21 o 28 años, lo que se paga en exceso probablemente no da derecho a reembolso. Aunque es debatible.

Distinto es en el caso de divorcio. La sentencia que lo constituye extingue el derecho, por lo que todo lo que se pague después de sucedido dicho evento no está amparado por ninguna causa legal. Eso hace que pueda invocarse la figura civil para conseguir el reembolso de lo pagado en exceso.

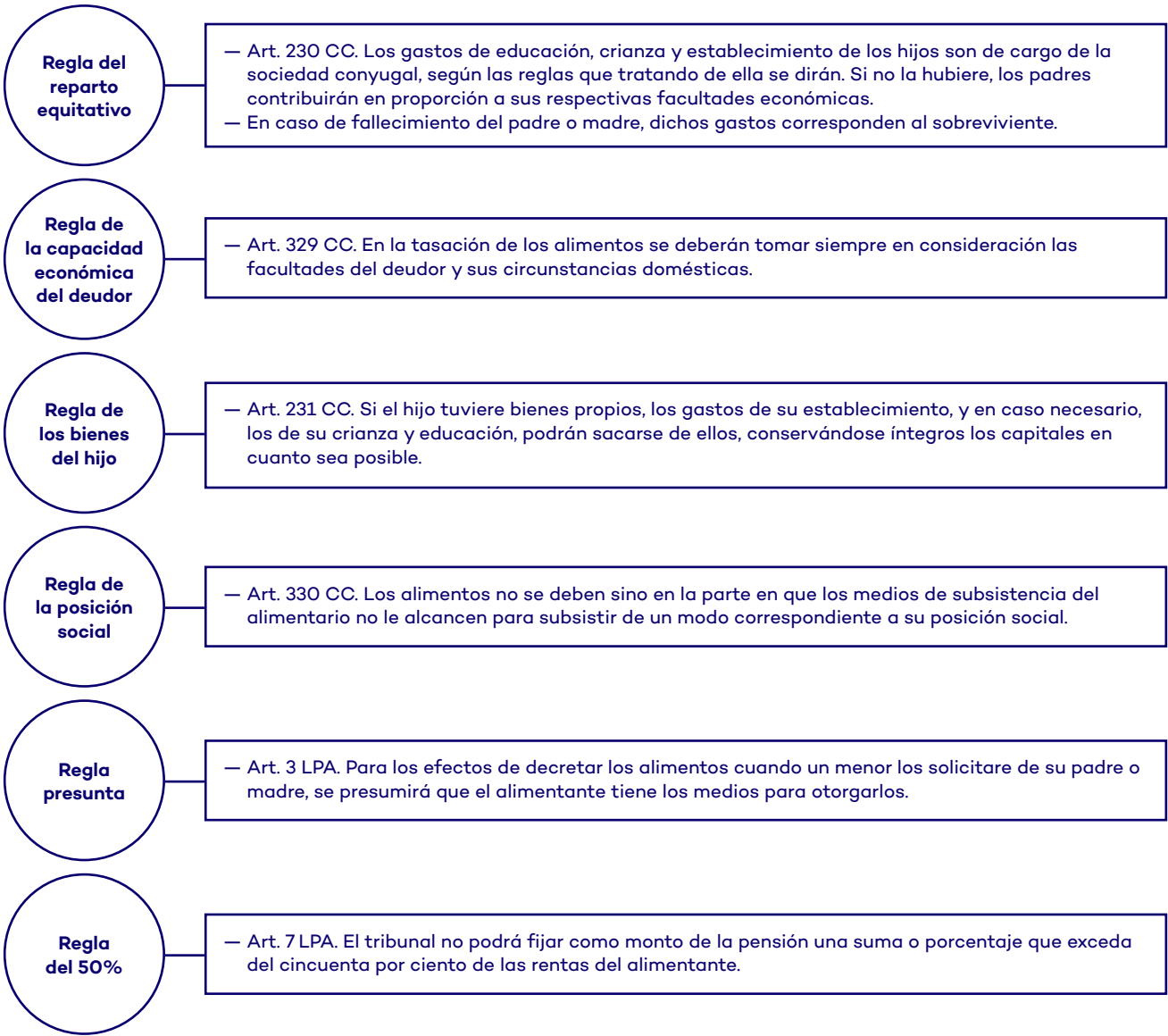
En todo caso y cualquiera sea la tesis que sobre esto se tenga, la acción de reembolso deberá deducirse en los tribunales civiles, ya que los tribunales de familias no son competentes para conocer aquella

clase de acciones, por no estar dentro del catálogo de materias que dichos juzgados pueden conocer de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 19.968.

3.3.8 Determinación del quantum de la pensión

Se puede decir que el marco normativo chileno permite determinar de manera bastante sencilla el monto de la prestación de alimentos, pues sus reglas entregan parámetros precisos y detallados para este efecto. No obstante, se debe tener presente que el cálculo tiene reglas distintas según se trate de alimentos para NNA o para adultos. En este último caso, no rige la regla enunciada en el artículo 3 de la Ley N° 14.908.

Para el análisis propuesto es útil tener en cuenta el siguiente diagrama:



El análisis conjunto de estas normas permite fijar una serie de pasos para llegar a una pensión que pueda estimarse como justa en conformidad a la ley. Antes, sólo se debe hacer presente un punto que concede demasiada subjetividad en esta labor. En efecto, la ley señala que debe atenderse a que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social. A primera vista, esto parece un contrasentido en nuestros tiempos. ¿Cómo puede exigírsele a una persona de clase social alta vivir de manera modesta? O a la inversa ¿cómo puede vivir una persona de clase baja modestamente?

De cualquier manera, esto parece decir al intérprete que las pensiones que deberá fijar deben ser opuestas a alguna pretensión de opulencia o lucro por parte de quien la solicita. Sin duda que las pensiones no pueden tener a aquellos como objetivos. Como se verá, lo esencial, más allá de lo que perciba el demandado, serán las verdaderas necesidades del alimentante. No debe pensarse que porque el patrimonio del demandado es cuantioso la pensión debe ajustarse a esa realidad. Si este percibe 1 millón y las necesidades del NNA son 100, ese es el límite y no el 50 por ciento de sus rentas. Esto no es necesario que aparezca en una disposición para comprenderlo.

Sucede que la norma en cuestión está presente en el Código Civil desde sus inicios, es decir 1855. Con ella se hacía una diferenciación entre lo que correspondía a los hijos legítimos e ilegítimos, donde estos últimos tenían derecho a los alimentos necesarios que eran en una proporción menor a la que les correspondía a los hijos que nacían al amparo del matrimonio de sus padres. A estos últimos se les daba los alimentos congruos, que eran a los que se refería aquella expresión. Esto fue así hasta que las reformas sobre filiación del año 1989 pusieron fin a lo que se consideró una de las formas de discriminación más perjudicial para los NNA.⁶⁰

60 ETCHEBERRY, VELOSO y MUÑOZ (1999), p. 7.

Se puede pensar que esta norma funcionó en una época en que la pobreza se estimaba como un valor y la riqueza como un pecado. Esto pudo deberse a la gran influencia que ejercía la Iglesia Católica en aquel tiempo sobre la sociedad chilena, y a que condenaba el hecho de que el ser humano pudiera identificar su progreso con lo material.⁶¹

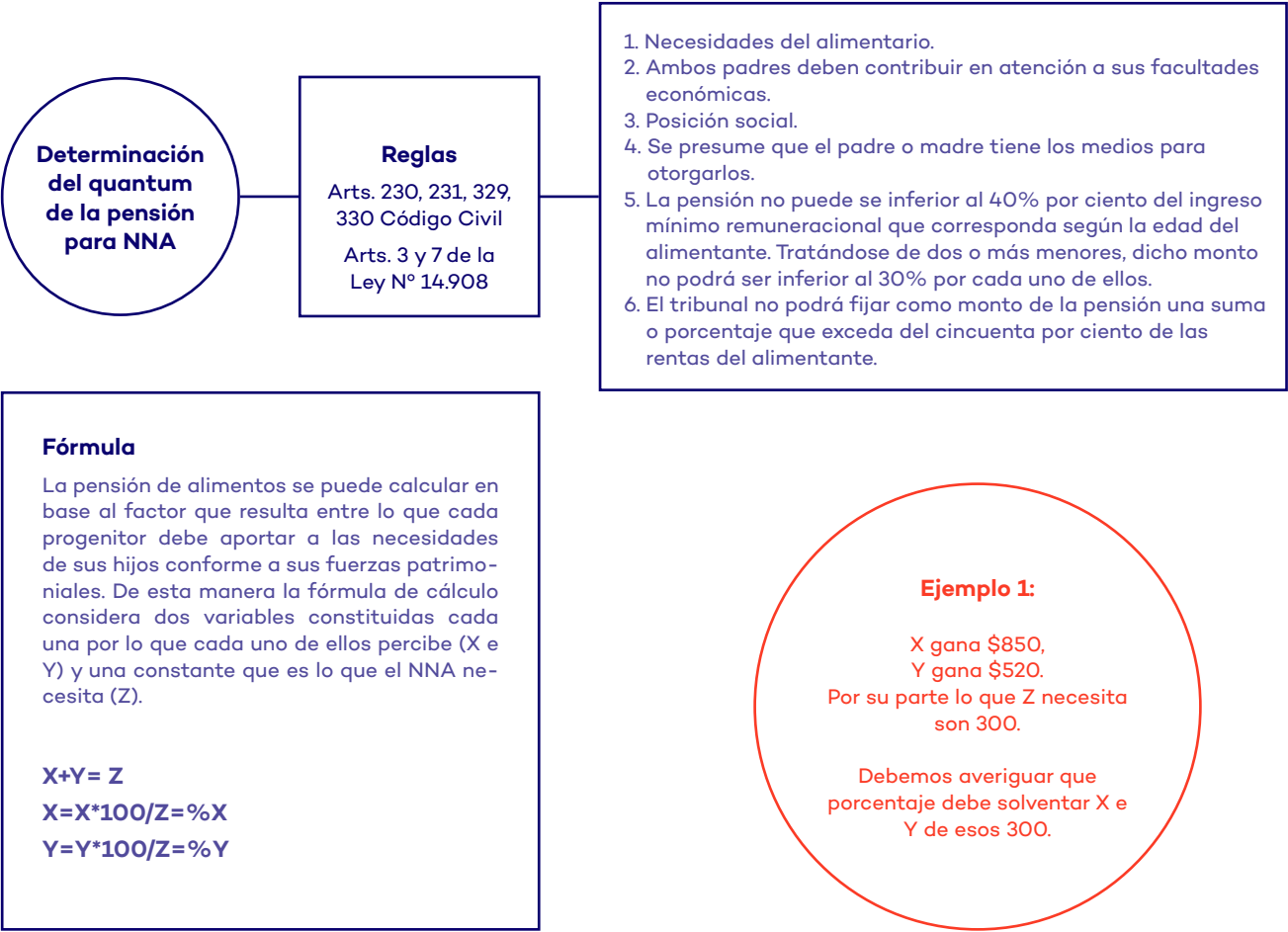
En ese contexto no es difícil pensar que una persona, a pesar de sus recursos, encontrará malo y hasta pecaminoso ostentarlos. En cambio, una vida modesta para esa persona aparece como una virtud que seguir. Hoy día muy poco queda de eso y es por ello que se puede estimar que la norma no sirve para un adecuado análisis de un caso sobre esta materia.

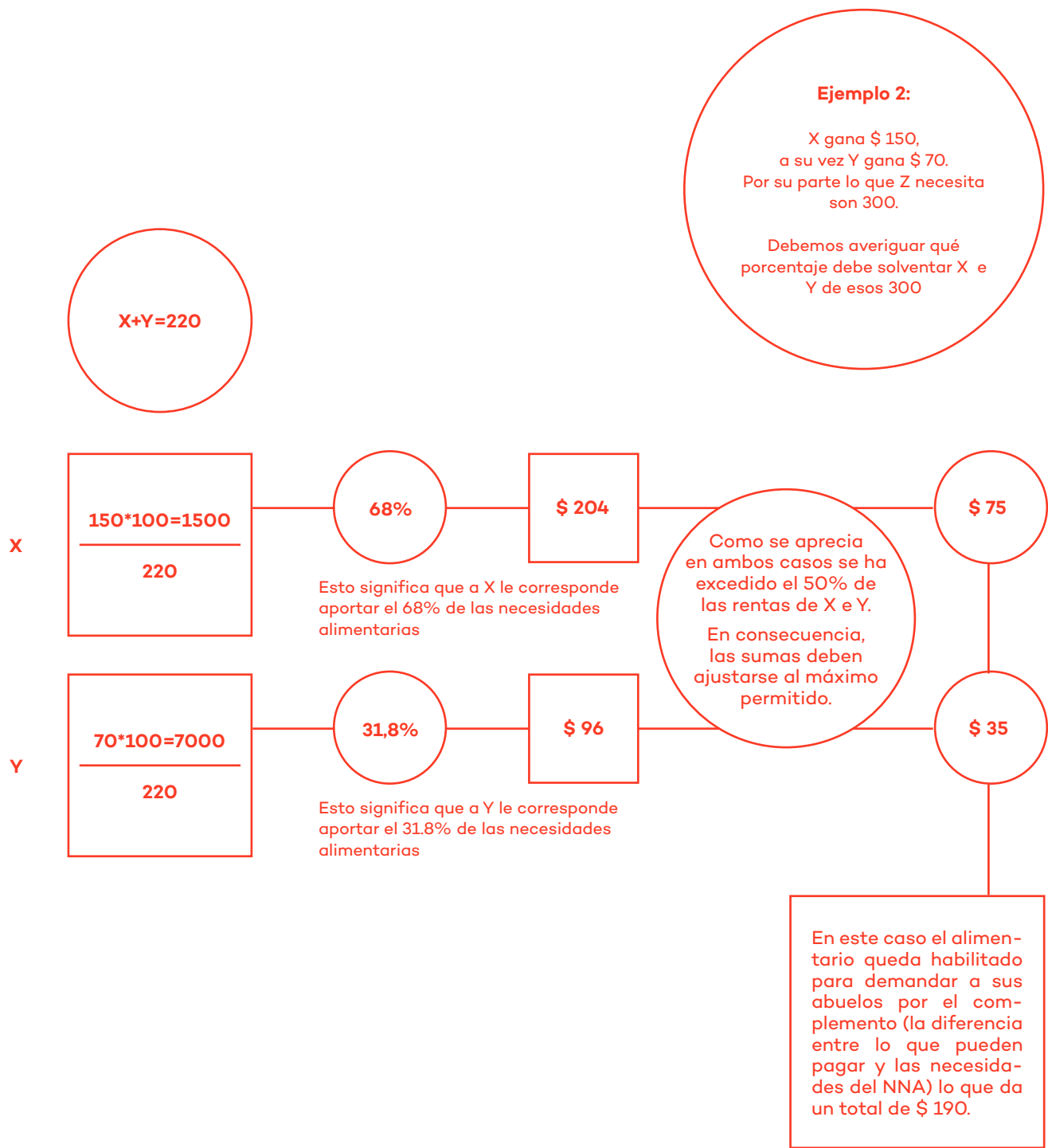
Se insiste así en que un margen más objetivo se logra si se fija como vértice preponderante las necesidades del alimentario, sobre todo si corresponde a un NNA. Esta postura se acerca más a las actuales políticas de la infancia, que les otorgan mayor autonomía a los derechos de los niños frente a los derechos de sus padres.

Un fallo de la Corte Suprema da cuenta de la manera adecuada de calcular las pensiones para NNA. Este acogió la casación sobre una sentencia que infringe las normas que se han reseñado, y pondera de igual forma lo que correspondía pagar al padre y a la madre por sus hijos, en circunstancias que debió diferenciarse puesto que los patrimonios de ambos eran distintos, siendo el ingreso del padre tres veces superior al de la madre: “Que de esta forma, al demostrarse que los ingresos del alimentante son ostensiblemente superiores a los de la demandante, es preciso regular la pensión de alimentos en proporción a las capacidades económicas de ambos padres, teniendo presente esa disparidad, ha de entenderse entonces, que el demandado debe de concurrir en un monto mayor a los alimentos de su hijo, regulándose en consecuencia aquellos en un 75% de sus necesidades, lo que corresponde a la suma de \$375.000”⁶².

61 STUVEN (2015), p. 213.

62 CS rol N° 22916-2018, diciembre de 2019.





Un video explicativo sobre lo señalado en este acápite se puede encontrar en el siguiente enlace:

¿Cuál es el monto máximo que puedo exigir para una pensión de alimentos?

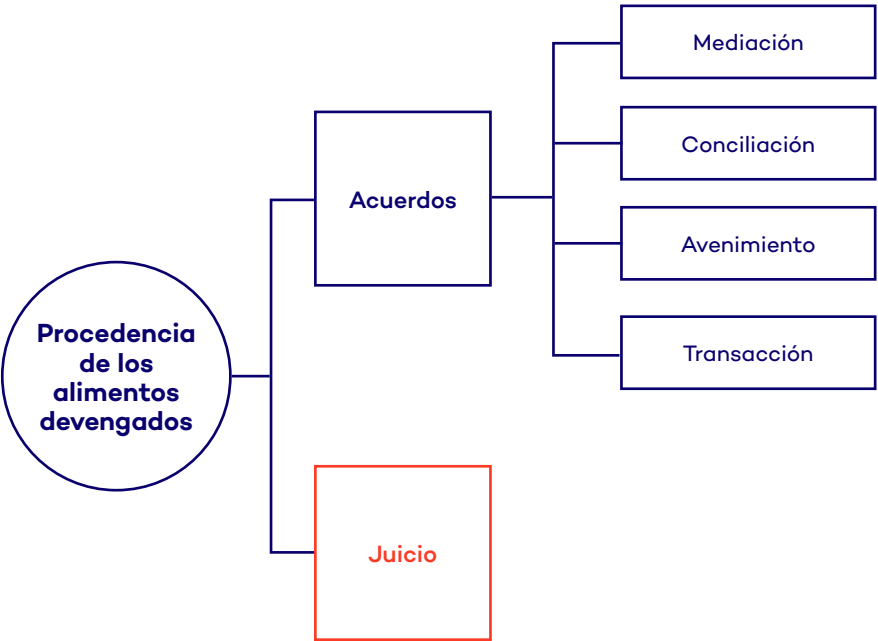
3.4 Aspectos procesales del derecho de Alimentos

Como se ha mencionado en este trabajo, una cosa es el derecho de alimentos en abstracto y otra es su concreción. Ambas facetas poseen características diferentes, pero lo que interesa al derecho procesal es primordialmente la última. Es decir, la determinación del derecho de los alimentos que se deben recíprocamente las personas que están obligadas a darlos y los mecanismos que la justicia contempla para conseguirlo, según la ley.

3.5 Determinación del derecho: alimentos devengados

Los alimentos devengados pueden generarse a través de dos vías: un juicio ordinario que puede dar como resultado una sentencia, conciliación o avenimiento que los fija, o una transacción aprobada judicialmente que, a fin de cuentas, también implica una resolución judicial.

También, interesa al derecho procesal lo que sucede cuando el obligado no cumple lo ordenado o pactado. Como es sabido, la ejecución es eventual, pero esta afirmación no es tan decidora en el sentido de la eventualidad cuando se trata del pago de las pensiones alimenticias. Son muchas las causas de un tribunal de familia que producen el incumplimiento por parte de los alimentantes, con la consiguiente carga de trabajo que esto provoca.



3.6 Los acuerdos sobre Alimentos

Son tres las formas en virtud de las cuales las partes pueden ponerse de acuerdo en el pago de una pensión de alimentos. Más allá de cada una, no se debe perder de vista que al tratarse en todos los casos de un acuerdo de voluntades, les son aplicables todas las normas sustantivas que regulan los vicios de la voluntad

3.6.1 Mediación

De acuerdo con el artículo 106 de la LTF, la mediación es previa y obligatoria para estos asuntos, aun cuando estén asociados a una acción por divorcio o separación judicial.

La mediación consiste en la búsqueda, por un tercero imparcial, de una solución colaborativa al conflicto de las partes. En Chile se realiza por entes licitados.

La mediación no es un trámite esencial, sino obligatorio. Esto quiere decir que su omisión no acarrea la nulidad del procedimiento.

Su obligatoriedad se hace efectiva en tanto, si no se acredita que las partes realizaron este trámite, el tribunal no da curso a la demanda. Puesto que no se establece como un trámite esencial sino obligatorio, que es cosa diversa, debe entenderse que su olvido puede salvarse con la conciliación que el o la juez promueve en el pleito. Esta última sí es uno de aquellos actos procesales cuya omisión habilita a pedir la nulidad del juicio, incluso de oficio. Además, la misma ley señala que, en la primera audiencia del procedimiento, el o la juez puede suspenderlo y enviar a las partes a la mediación, por lo que mal podría entenderse que de no haber precedido la gestión, el juicio sería inválido. En ese caso, esta norma sería contradictoria.

De la mediación resulta un acuerdo que debe reducirse a un acta firmada por las partes y el mediador y que después es enviada al tribunal. Este a su vez revisa su mérito y si es conforme a derecho la aprueba, en cuyo caso tiene el valor de una sentencia ejecutoriada.

También ha de tenerse presente la regla especial para la mediación de alimentos que establece el legislador en el artículo 109 de la LTF: “(...)Tratándose de casos que versen, en todo o parte, sobre el derecho

de alimentos, el mediador, en la primera sesión, deberá informar al alimentario de su derecho de recurrir en cualquier momento al tribunal para la fijación de alimentos provisorios, de acuerdo al artículo 54-2. De esta actuación deberá dejarse constancia escrita firmada por el mediador y las partes. Sin perjuicio de lo cual, las partes podrán adoptar directamente un acuerdo sobre la materia. Si el requerido, citado por una sola vez, no acude a la primera sesión de mediación y no justifica su ausencia, el requirente quedará habilitado para iniciar el procedimiento judicial”.

3.6.2 Avenimiento y conciliación

El avenimiento y la conciliación se producen durante la tramitación del juicio. La diferencia entre ellas es que el primero es por solicitud espontánea de las partes, mientras que la segunda es motivada por el juez. En este último caso, la LTF contempla que el o la juez debe llamar a las partes a conciliación en la audiencia preparatoria después de contestada la demanda reconventional, si procediere. Además, como se expresó en el acápite anterior, la conciliación es un trámite esencial del procedimiento.

En ambos casos la aprobación judicial le da el carácter de sentencia.

3.6.3 Transacción

Se trata de un contrato por el que las partes arreglan un litigio pendiente o precaven uno eventual. La diferencia con las formas anteriores de composición, revisadas en el párrafo precedente, es que esta se produce fuera del juicio.

La peculiaridad de este contrato en el derecho de alimentos, a diferencia de los demás sobre los que puede recaer, es que siempre será necesaria la aprobación judicial. Así lo establece expresamente el legislador. Es por ello por lo que, si bien posee un origen extrajudicial, las partes deben traerla para ante el juez.

Además, este no hace las veces de un mero certificador del acuerdo de las partes, sino que debe hacer un análisis de fondo, conforme se verá a continuación.

Todos los acuerdos sobre pensiones de alimentos deben ser aprobados judicialmente. Para dar su aprobación, el o la juez debe verificar el cumplimiento de ciertas condiciones señaladas en la ley.

3.6.4 Efectos comunes

Las condiciones que la ley señala para la aprobación de todos los instrumentos revisados en este párrafo pueden entenderse previstos en el artículo 11 de la LPA en su inciso tercero. Dicha norma se señala que: “El juez sólo podrá dar su aprobación a las transacciones sobre alimentos futuros, a que hace referencia el artículo 2.451 del Código Civil, cuando se señale en ellas la fecha y lugar de pago de la pensión, y el monto acordado no sea inferior al establecido en el artículo 3° de la presente ley. La mención de la fecha y lugar de pago de la pensión será necesaria, asimismo, para que el tribunal apruebe los avenimientos sobre alimentos futuros”.

Por una parte, un análisis exegético de la norma parece decir que el monto mínimo de aprobación, cual es el 40 por ciento del ingreso mínimo remuneracional, sólo rige para las transacciones y no en el caso de los avenimientos, para los que sólo se exige que expresen la fecha y lugar de pago. Luego, surgen las siguientes interrogantes: ¿A los avenimientos no les rige el monto mínimo de aprobación? ¿Qué sucede con las mediaciones y las conciliaciones? Cabe, entonces, preguntarse si el legislador da un tratamiento desigual a estas convenciones para efectos de su aprobación.

Naturalmente, no hay razón para estimar que el legislador ha tenido motivos para imponer ciertos requisitos a unas formas de arreglo y a otras no, si todas persiguen el mismo fin. Por lo demás, el rasgo común a todas ellas, cual es la aprobación judicial, tiene por objeto que el o la juez verifique que los derechos de los alimentarios, que son la parte débil de la relación, no sean vulnerados.

Un entendimiento muy apegado a la letra de la ley debe tener en consideración que la LPA es muy anterior a la LTF y, en ese contexto, no es viable que la primera haya considerado la posibilidad de una mediación o una conciliación como se prevé en la ley sobre tribunales de familia.

Ciertamente, más allá de los compromisos que asumen las partes en virtud de estos acuerdos que, valga la redundancia, deben ser cumplidos, ha de tenerse presente que toda resolución judicial que fijare una pensión alimenticia, o que aprobare una transacción bajo las condiciones que la ley establece, tiene mérito ejecutivo.

Esto quiere decir que, sin otros antecedentes o trámites, puede el alimentario solicitar el cumplimiento forzado de la obligación que contienen si el alimentante no la cumple.

3.7 El juicio de Alimentos

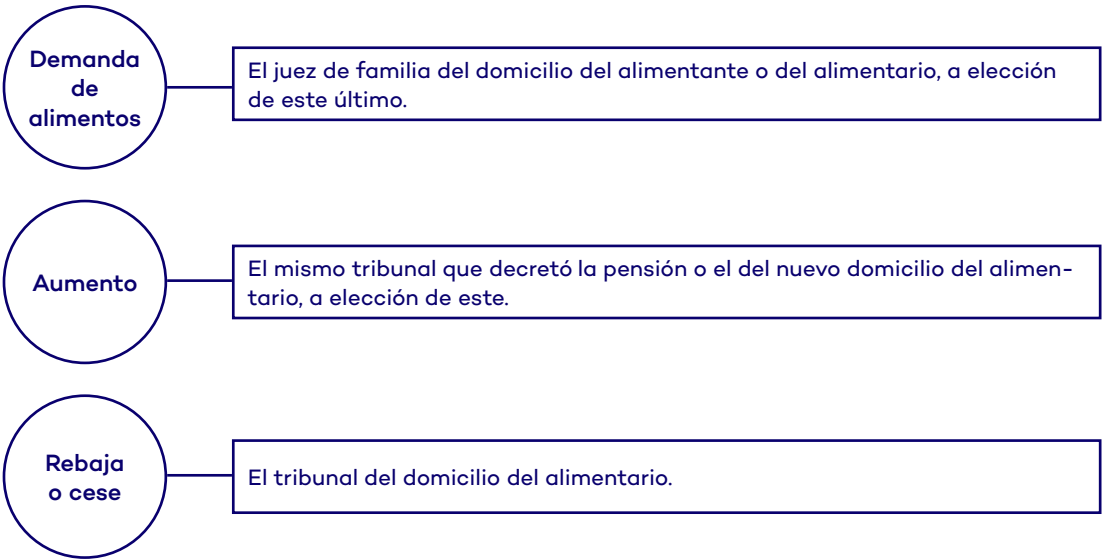
Esta clase de juicio posee una estructura cuyas fuentes se encuentran en la LTF, el CPC y la LPA. En las diversas normas que lo nutren se aprecia un cierto favorecimiento al alimentario, que proviene probablemente de una manera de equiparar el hecho de que este es la parte débil de la relación procesal que mantendrá con el alimentante en su tramitación. Teniendo en cuenta aquello, en la consecución de los actos que se desarrollan en el iter procesal se debe estar a las normas y particularidades que se examinan a continuación.

3.7.1 Supletoriedad

Es importante tener presente la amplia supletoriedad que, ante las posibles lagunas que pueda tener el procedimiento de alimentos, asume el Código de Procedimiento Civil según lo faculta la LTF en cuatro materias: (i) las disposiciones comunes a todo procedimiento, (ii) las reglas sobre la tramitación del juicio ordinario, (iii) las medidas cautelares y (iv) los recursos.

Eso sí, esta supletoriedad debe considerar una regla: es posible siempre y cuando se respete la naturaleza del procedimiento, cuya principal característica es la oralidad.

3.7.2 Competencia relativa



3.7.3 Competencia absoluta

El factor materia está previsto en el artículo 8 de la LTF. Según esta norma, los tribunales de familia son competentes para conocer todo tipo de asuntos que digan relación con el derecho de alimentos. Debe recordarse que de acuerdo con el estatuto orgánico, estos son tribunales especiales, lo que significa que sólo pueden avocarse al conocimiento de las materias que específicamente señala la ley y en ellos no es procedente la prórroga de la competencia.

3.7.4 Patrocinio

En todos los casos, en los juicios de alimentos se debe comparecer con la debida representación y patrocinio de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

3.7.5 Representación judicial

En el caso de los NNA, asumen su representación quienes según la ley son sus representantes legales. También lo puede hacer el curador *ad litem*, a falta de representante legal o si se estima por el juez que el NNA tiene intereses contradictorios o independientes de sus representantes legales.

En el caso de los adultos, debe asumir su representación un mandatario judicial.

También pueden asumir la representación los padres del alimentario mayor de edad que viva a sus expensas. La norma donde está contenida esta figura resulta confusa (artículo 19 inciso final LTF), puesto que el epígrafe que la encabeza habla de representación, pero más parece referirse a una especie de legitimación, de hecho lo dice expresamente. Para mayor claridad en su examen, se consigna la norma a continuación:

“En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el sólo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar

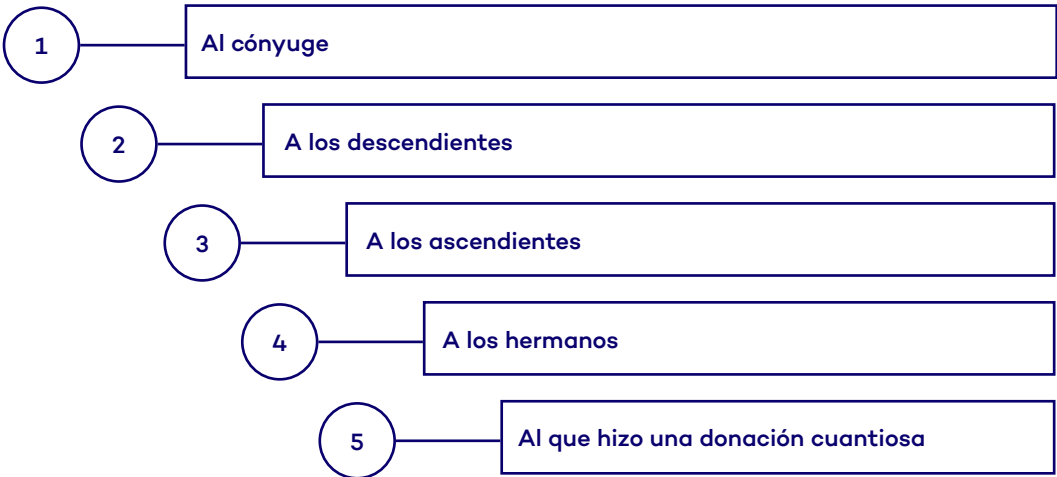
personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive”.

La finalidad de esta norma se remonta al hecho de que un progenitor puede estar asumiendo los gastos que irroga su hijo, pero por cualquier razón este no quiere demandar de alimentos al progenitor con quien no vive. Como el hijo es mayor de edad, sin esta ley el padre con quien habita y que asume los gastos de su manutención estaría impedido de demandar, con la injusticia que esto implica. Es por ello por lo que esta norma soluciona el problema al conferirle la posibilidad de accionar en contra del incumplidor.

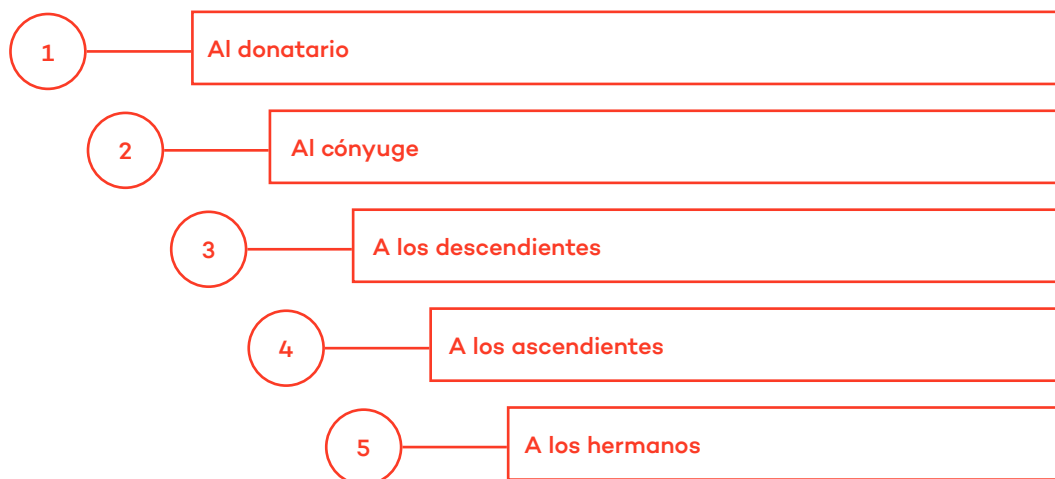
3.7.6 Legitimación

La legitimación se refiere a la manera en que la ley responde a las preguntas ¿quién puede demandar? y ¿contra quién se puede interponer una demanda?

Para el caso de los alimentos, la ley, en los artículos 321 y 325 del Código Civil, es bien precisa en señalar no sólo a las personas en contra de las que esto se puede hacer, sino que además establece el orden en que esto puede ser hecho. De esta forma, un sujeto que caiga en estado de necesidad no puede pedir alimentos a cualquier persona que elija dentro de los parientes a los que, según la ley, puede pedirlos. Debe seguir el estricto orden legal, de tal manera que no podrá demandar a una del orden inferior sin haber primero dirigido la demanda en contra de los órdenes superiores, de acuerdo con el esquema que se presenta a continuación.



Si bien el alimentante puede reclamar alimentos de varias de las personas enumeradas anteriormente, sólo puede hacerlo respetando el siguiente orden:



Dado que en un mismo escalón pueden haber varios sujetos obligados, en ese caso se debe seguir las reglas siguientes:

- Entre varios ascendientes o descendientes, debe recurrirse a los de próximo grado.
- Entre los de un mismo grado, como también entre varios obligados por un mismo Título, el juez distribuirá la obligación en proporción a sus facultades.
- Habiendo varios alimentarios respecto de un mismo deudor, el juez distribuirá los alimentos en proporción a las necesidades de aquellos.
- Sólo en el caso de insuficiencia de todos los obligados por el Título preferente, podrá recurrirse a otro.

3.7.7 Estructura y fases de su tramitación

La tramitación de un juicio de alimentos está estructurada sobre la base del procedimiento ordinario de cognición establecido en la LTF. Este consta de dos audiencias, una preparatoria y otra de juicio que

se gesta sobre la base de la primera. Generalmente, comienza con la interposición de una demanda que debe pasar por el filtro que establece el artículo 54-1 de la LTF, sin perjuicio de la mediación previa.

También, es posible que concurren dos etapas eventuales. Esto significa que se producirán sólo en la medida que concurren las hipótesis que facultan a las partes para solicitarlas.

Para asegurar el resultado de la acción, se puede pedir una medida prejudicial. Como su nombre lo indica, esta se obtiene antes del juicio y dura hasta que este comienza, pudiendo prolongarse durante toda su duración y mientras no desaparezca el peligro que las motivó.

Una vez dictada la sentencia, lo normal es que el alimentante cumpla voluntariamente la prestación que le ha sido impuesta en la sentencia. Si esto no ocurre, la parte vencedora debe pedir la ejecución de lo resuelto.



3.7.8 Alimentos provisorios

Son dos las normas que rigen esta materia: las señaladas en los artículos 327 del Código Civil y 4 de la LPA. Sin embargo, aun cuando no hay divergencias entre ellas, puede entenderse por temporalidad y especialidad que la norma aplicable es esta última. En virtud de ella el juez debe pronunciarse sobre los alimentos provisorios al momento de admitir a tramitación la demanda, para lo cual sólo debe tener en cuenta los documentos y antecedentes presentados.

El demandado, por su parte, tiene un plazo de cinco días para oponerse, circunstancia que le debe ser informada en la notificación de la demanda. La oposición da lugar a un incidente que puede resolverse de plano o en una audiencia que debe efectuarse en el plazo de diez días.

Si el o la juez no da cumplimiento a este deber, incurre en falta o abuso que abre paso para que el perjudicado pueda perseguir su responsabilidad ministerial por la vía de la queja.

Si el o la juez no da cumplimiento a este deber, incurre en falta o abuso que abre paso para que el perjudicado pueda perseguir su responsabilidad ministerial por la vía de la queja.

La resolución que los decreta es susceptible de reposición con apelación subsidiaria. Esta se concede en el sólo efecto devolutivo y goza de preferencia para su vista y fallo.

3.7.9 Facultad de acceder provisionalmente a lo demandado

Lo señalado en el párrafo anterior es sin perjuicio de la facultad del tribunal para acceder provisionalmente a la solicitud de aumento, rebaja o cese, cuando estime que hay antecedentes suficientes que lo justifiquen. Esto ocurre normalmente cuando se pide el cese de los alimentos y la causa que lo motiva es evidente. Como cuando fallece el alimentario, o su edad está muy por encima del límite máximo legal que habilita para pedirlos.

Las resoluciones que se pronuncian en estos casos son susceptibles de reposición con apelación subsidiaria, la que se concede en el sólo efecto devolutivo y goza de preferencia para su vista y fallo.

3.8 Ejecución forzosa de los Alimentos

La ejecución en esta materia se refiere los mecanismos que la ley considera idóneos para la expedición del pago de las prestaciones alimenticias a las que está obligado un sujeto cuando no las ha cumplido voluntariamente.

Lo que se estudiará a continuación está referido a la forma como el ordenamiento jurídico concibe los mecanismos que considera idóneos para la expedición del pago de las prestaciones alimenticias a la que está constreñido un sujeto que no las ha cumplido voluntariamente. El foco no está puesto ya en el derecho en abstracto, sino que en la concreción de este, que en buenas cuentas se traduce en una deuda o, como el legislador señala, las pensiones devengadas. Estas son la cantidad de dinero o especies determinadas por sentencia judicial o transacción aprobada judicialmente que el alimentante no pago en tiempo y forma en favor del alimentario.

El sistema de cobro de las pensiones contiene normas que están diseminadas en diversos cuerpos legales y se encuentran, primordialmente, en la Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y Pago de pensiones alimenticias. Esta nace de la Ley N° 5.750 de 1935, a la que se le han agregado sucesivamente una serie de reformas, siendo la más notoria aquella introducida por la Ley N° 14.908 del año 1962, que fija el texto definitivo y refundido de esta y la Ley N° 14.550 que crea los tribunales de menores.

Luego, a estas se debe agregar el Código de Procedimiento Civil, que es supletorio en la ejecución patrimonial; el Código Civil, que contiene algunas normas rituales sobre legitimación, subsidiariedad y prescripción, y la Ley N° 19.968 del año 2004, que crea el marco procedimental de todos los pleitos de familia.

La fuente de la cual emana la ejecución se encuentra el artículo 11 de la LPA: “Toda resolución judicial que fijare una pensión alimenticia, o que aprobare una transacción bajo las condiciones establecidas en el inciso tercero, tendrá mérito ejecutivo. Será competente para conocer de la ejecución el tribunal que la dictó en única o en primera instancia o el del nuevo domicilio del alimentario”.

El sistema de ejecución chileno en materia de alimentos es eclético. Trata de armonizar leyes que obedecen a tiempos, principios y paradigmas diversos.

Una forma sencilla de visualizar cómo se puede exigir el pago, se encuentra en el siguiente enlace:

Cómo exigir el pago de pensión de alimentos

3.8.1 Características generales del procedimiento de ejecución

El sistema para el pago de las pensiones alimenticias es eclético. Intenta reunir y conciliar valores y principios de diversas fuentes y tiempos, en una conjunción de normas que ofrece a priori esta dificultad. Estamos en presencia de varios conjuntos de normas, que nacen a la luz de necesidades y tiempos distintos, de modo que para la tutela de los derechos de los alimentarios debieran ensamblarse adecuadamente. Y esto se logra, pero con varios desajustes.

Lo anterior obedece a que las fuentes que nutren el procedimiento son dispares desde varios puntos de vista. El Código Civil contiene un esquema privado y patrimonial del derecho de alimentos; el Código de Procedimiento Civil, de naturaleza escrita, está enfocado esencialmente a temas patrimoniales; la Ley N° 14.908, al igual que las otras normas citadas recién, está bajo el influjo de la doctrina de la situación irregular de los menores. Esta, a su turno, choca con la Convención sobre los Derechos del Niño y su doctrina de la protección integral de los derechos del niño, opuesta a la que inspiró el referido conjunto de cuerpos legales, y que se ajusta al nuevo esquema oral que permite una mayor expedición de la tutela de la infancia.

Todo esto da como resultado una serie de dudas en torno a la aplicación de excepciones en el juicio ejecutivo, sobre todo de la prescripción: las etapas o fases que han de cumplirse en el procedimiento ejecutivo en un tribunal de familia, que está acostumbrado al desarrollo de tramites orales; si el procedimiento compulsivo de cobro

puede deducirse juntamente con el patrimonial; si para las demandas subsidiaria en contra de los abuelos es necesaria una sentencia previa ejecutoriada en contra del principal obligado, etcétera.⁶³

3.8.2 Métodos de cumplimiento y estructura del procedimiento ejecutivo

Se observa un sistema que para compeler al cumplimiento de la obligación, cual es el fin de la etapa ejecutiva de todo proceso (que se sabe es eventual), recurre a tres métodos.

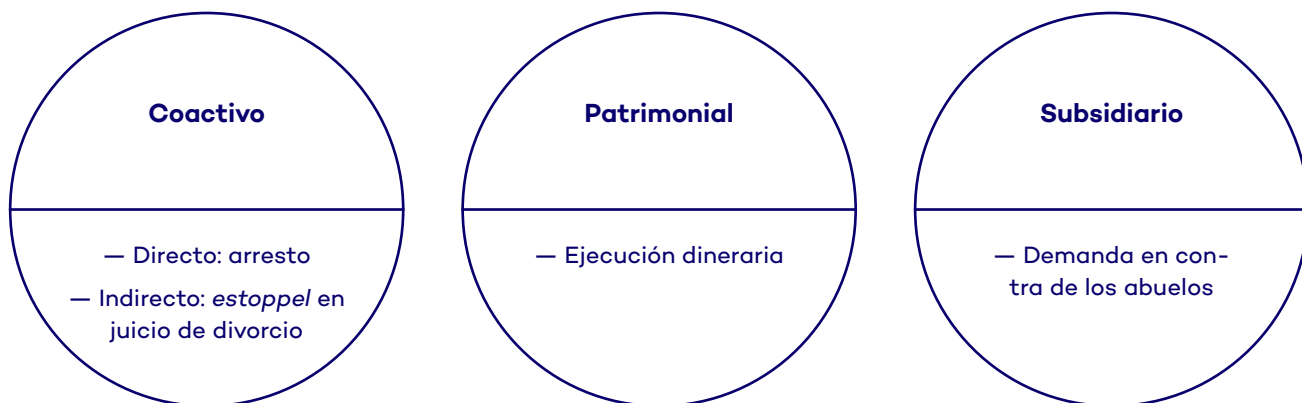
El primero se puede denominar coactivo, puesto que busca a través de la amenaza de la consecuencia que el deudor pague. Puede ser directo o indirecto: es directo cuando la amenaza que lo constriñe a pagar es su privación de libertad, e indirecto cuando la amenaza de no ver prosperada su acción de divorcio es la que lo obliga a ponerse al día en sus obligaciones.

El segundo es el que se dirige en contra de los bienes del alimentante. A diferencia del anterior, se trata de un fin en sí mismo, puesto que con él se busca satisfacer íntegramente el crédito. De acuerdo con la ley, el uno no es excluyente del otro, aunque hay jurisprudencia que ha mencionado que si se sigue el método coactivo de cobro, no se puede optar por el otro y viceversa.

Finalmente, si los padres no pagan, pueden ser los abuelos los condenados a hacerlo, con la única atenuante para ellos de que no es posible perseguirlos por la vía de los arrestos. Este tercer método, último eslabón de cobro, pone en evidencia una situación a todas luces injusta y singular. Resulta un contrasentido para el derecho que personas que no han concurrido a una convención, ni como obligados personales ni como garantes, deban responder a ella. Entonces, si no hay fundamentos jurídicos que puedan invocarse para esta institución, ¿cuál es el fundamento ético para exigirles el cobro? Debe ser algo muy cercano a cuando los padres deben responder de las conductas

63 El primer problema, de la multiplicidad de normas de tiempos distintos, plantea soluciones amplias de reforma legislativa. Quizá, aun cuando de ello no se pueda profundizar aquí, se hace necesaria la codificación del sistema de ejecución de familia en forma coordinada con los nuevos principios que lo inspiran.

de sus hijos menores, figura recogida por el derecho en diversos tipos civiles y penales, sólo que, en este caso, con la peculiaridad de que esta responsabilidad subsidiaria o complementaria se les exige a los padres, pero cuando los hijos son mayores de edad.



3.8.3 Métodos coactivos de cumplimiento

La coactividad en estos casos refiere a los mecanismos que la ley utiliza para constreñir al alimentante para que cumpla con su obligación. Estos buscan producir en el incumplidor una amenaza del uso de la fuerza, para que a través de ella no le quede otra alternativa que pagar, salvo que posea una justificación calificada como para no hacerlo. Se pueden clasificar en directos e indirectos.

3.8.3.1 Método directo: arresto

La norma base en esta materia se encuentra en el artículo 14 de la Ley N° 19.968 y se estructura en mérito de tres interrogantes:

- ¿Cuándo son procedentes los arrestos?
- ¿A favor de quién se establecen?
- ¿Cómo se pueden solicitar?

Lo primero que se ha de tener presente es que se necesita una resolución que cause ejecutoria para que puedan despacharse. Esto quiere decir que sólo requiere ser notificada a la parte contra la que se dicta, sin esperar la impugnación que se pudiera interponer en

su contra. Coincide esto con el hecho de que los recursos en contra de resoluciones que se dictan en este tipo de juicios se conceden en el sólo efecto devolutivo.

Luego, quienes están legitimados para pedirlos son específicamente el cónyuge, los padres y los hijos. No es posible solicitarlos por otros sujetos que, según la ley civil, pudieran ser acreedores de las pensiones, como hermanos, abuelos o el donante.

Por último, los arrestos pueden ser decretados de oficio, a petición de parte y sin necesidad de audiencia.



3.8.3.1.1 Clasificación

La ley establece dos tipos de arresto: nocturno y total. Para este último caso usa la palabra “arresto”, por lo que a través un análisis literal de la norma donde está inserta, se llega a la conclusión acerca de su naturaleza. En todo caso, esto no produce problemas en doctrina y jurisprudencia.

El arresto nocturno es la regla general. Es aquel que se cumple entre las 22 y las 6 horas, puede tener una duración de hasta quince días en inicio y puede decretarse cuantas veces se requiera para que el deudor pague.

El arresto total sólo puede darse a condición de que el alimentante infrinja el arresto nocturno o persista en el incumplimiento de la obligación alimenticia después de dos periodos de arresto nocturno.

El arresto total sólo puede darse a condición de que el alimentante infrinja el arresto nocturno, o persista en el incumplimiento de la obligación alimenticia después de dos periodos de arresto nocturno. Lo primero quiere decir que, despachado y notificado el deudor que debe comenzar con la medida, este no se presenta en el recinto penitenciario designado o bien, habiendo comenzado con ella, no la termina satisfactoriamente. Esto se informa a través el oficio que envía Gendarmería al tribunal y donde menciona alguna de las dos circunstancias, de producirse.

El arresto total puede durar hasta quince días, pero en el caso de nuevos apremios, sin que el alimentante cumpla con su obligación, puede extenderse hasta por treinta días.

3.8.3.1.2 Procedimiento de apremio

Toda orden de arresto, como es obvio, comienza por una solicitud. Aunque la ley habla de la posibilidad de despacharlas de oficio, esto no ocurre. No parece coherente aplicar una medida tan gravosa si la persona a quien beneficia no desea deducirla.

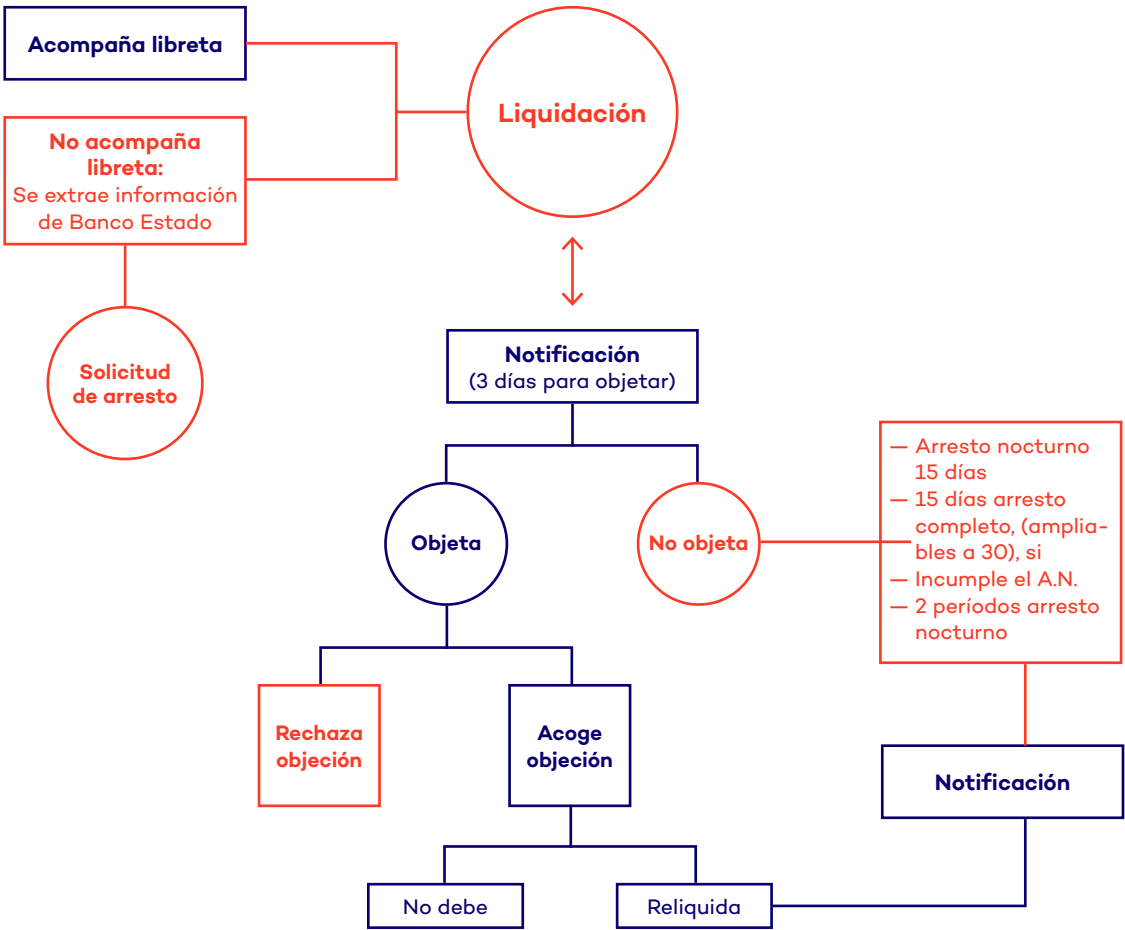
Dicha solicitud es precedida por una resolución que ordena la liquidación del crédito. Esto es necesario porque, de acuerdo con la ley, toda ejecución supone una obligación vigente, actualmente exigible y líquida. Aunque esto es suficiente fundamento, se pueden encontrar razones de texto en el artículo 7 inciso cuarto de la LPA en cuanto señala: “El secretario del tribunal, a requerimiento del alimentario, procederá a reliquidar la pensión alimenticia, de acuerdo con lo establecido en el inciso anterior”. Y también en aquella norma del artículo 14 de la misma ley, que expresa: “Las órdenes de apremio y de arraigo expresarán el monto de la deuda”.

Hecha la liquidación, se le confiere al demandado un plazo de tres días para objetarla. Esto se hace en el entendido de que se trata de una solicitud incidental que, siguiendo la regla general en materia de incidentes, confiere un plazo de tres días para contestarlo.

Si el deudor la objeta, se trata un nuevo incidente, por el que se decide, luego de evacuado el traslado, rechazar o acoger la solicitud. En este último caso, se ordena una nueva liquidación.

Para evitar un círculo interminable de liquidaciones, es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 88 del CPC. Si al incidentista se le rechazan dos objeciones sobre la misma liquidación, el tribunal puede pedirle que, previo a deducir una tercera, deposite en la cuenta corriente del tribunal una cantidad de dinero equivalente a entre una y diez unidades tributarias mensuales. Si la tercera objeción la pierde, dicha cantidad se le cobra como multa a beneficio fiscal.

Luego de que esta liquidación causa ejecutoria, esto es, después de que es notificada al deudor, transcurrido el plazo de objeciones o agotadas estas, el tribunal procede sin nueva petición a despachar el arresto.



3.8.3.1.3 Tramitación de los arrestos

Luego de cumplido el procedimiento general visto anteriormente, el tribunal debe ordenar a la fuerza pública (policías) que conduzca al alimentante directamente a Gendarmería para el cumplimiento del

La ley permite el allanamiento y el descerrajamiento de la morada donde el deudor tiene su domicilio, en caso de ser necesario.

apremio. Como generalmente se tratará de un arresto nocturno, si el demandado es ubicado antes de las 22 horas se le conduce a Gendarmería y en ese lugar se le notifica que debe presentarse a la hora señalada. Si se le encuentra entre las 22 horas y las 6 de la mañana del día siguiente, su cumplimiento se hace efectivo de inmediato. Lo mismo ocurre, en cualquier horario, si se trata de un arresto total.

La ley permite el allanamiento y el descerrajamiento de la morada donde el alimentante tiene su domicilio, en caso de ser necesario. Esta hipótesis se produce cuando el deudor no es habido, pero no porque no se encuentre en el domicilio que él mismo dio en el proceso, sino porque es negado por las personas que habitan en él. De todas maneras, si esto ocurre, la orden debe intimarse previamente a los moradores o, si esto no es posible, debe fijarse la misma en un lugar visible.

Si frente a todo esto el deudor no es habido, el o la juez debe ordenar a las policías investigar su paradero y adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivo el apremio. Esto quiere decir que se le permite al juez innovar en los recursos que puede utilizar para que los arrestos se cumplan. Dentro de esta hipótesis, podría allanarse una morada diversa al domicilio dado por el deudor en el procedimiento, si se tiene plena constancia de que este se encuentra en ese lugar con el propósito de evadir el cumplimiento de su obligación. En todo caso, la policía podrá arrestar al demandado en cualquier lugar en que este se encuentre.

Al respecto, un video explicativo se puede encontrar en el siguiente vínculo:

Arresto por no pago de pensión de alimentos

3.8.3.2 Método indirecto: excepción de no pago de los Alimentos

Esta excepción está contemplada en la Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil, cuyo artículo 55 señala: “Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante

el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

Hay que notar varios requisitos que señala esta norma:

- a. La excepción debe ser solicitada por la parte demandada de divorcio.
- b. El incumplimiento debe acontecer durante el cese de la convivencia.
- c. El incumplimiento debe ser reiterado.
- d. Los alimentarios a quienes se les deben los alimentos deben ser el cónyuge o los hijos.

Los puntos b y c merecen ciertas precisiones. Naturalmente, como se ha dicho en este estudio, la ley no puede sino estar refiriéndose a los alimentos devengados. Estos suponen una sentencia previa de alimentos, generada a partir de un juicio o un acuerdo previo de los cónyuges. Este sólo hecho presupone el cese de la convivencia de la que habla la norma. No es necesaria una solicitud formal de cese de la convivencia que, de acuerdo con cómo está establecida en la misma ley de matrimonio civil, requiere de notificación.

A pesar de que parece tratarse de una defensa de fondo, la jurisprudencia le da el tratamiento de una excepción dilatoria. Si el deudor paga su deuda durante la secuela del juicio, no se da lugar a la excepción.

En cuanto a la reiteración, se refiere a que el deudor haya incumplido más de una vez su obligación de pagar los alimentos. La forma más segura de cerciorarse de este incumplimiento es a través de la liquidación que efectúa el tribunal en la etapa de ejecución. Sin embargo, este no es un requisito indispensable para que la excepción prospere. La ley no exige este trámite. En la etapa probatoria del procedimiento incidental a la que la excepción da lugar, es perfectamente posible acreditar esta situación, aunque la parte demandada no haya solicitado aún el cumplimiento forzado de la obligación.

Es importante tener presente cuál es la naturaleza de la excepción en comento. Si es una excepción perentoria, el pago posterior de los alimentos adeudados no permitirían que la acción prosperara. En cambio, si fuese dilatoria, dicho pago sí tendría la aptitud de que la demanda tuviera éxito.

De la forma en que está redactada la norma, parece que se trata de una excepción de fondo. En efecto, el hecho de que el padre cumpla tardíamente su obligación, para que su acción no sea enervada, deja en evidencia que el pago está obedeciendo a ese fin. Es decir, conseguir el divorcio, pero en ningún caso al cumplimiento de un deber hacia su cónyuge o hijos. Este incumplimiento ya aconteció, no se salva por el pago posterior, y de tal manera ahora sólo tocaría verificar la sanción que el legislador establece.

De cualquier manera, la judicatura de familia tiende a darle el tratamiento de una excepción dilatoria y se conforma con que el demandado pague en la secuela del juicio, como para aprobar el divorcio.

3.9 Método patrimonial: el juicio ejecutivo de Alimentos

La peculiaridad de este procedimiento ejecutivo especial es que sólo le da la posibilidad al demandado de oponer una sola excepción, la de pago, siempre que esta se funde en un antecedente escrito.

Las normas que rigen el procedimiento ejecutivo en esta materia encuentran su fuente en la LPA y en el CPC. La LPA es escueta en señalar su tramitación, sólo la menciona en dos normas. La peculiaridad de este procedimiento ejecutivo especial es que sólo le da la posibilidad al demandado de oponer una sola excepción, la de pago, siempre que esta se funde en un antecedente escrito. Esta norma fue incorporada en la Ley N° 5.750 de 1935, precursora de la LPA. En las discusiones parlamentarias que la originaron, se evidencia que su finalidad era impedir que el demandado pudiese dilatar el juicio como acontece en el homólogo patrimonial, cuyo amplio catálogo de excepciones permite aquellas maniobras.

De cualquier manera, como se señaló, la normativa es muy escueta y parece suponer que será llenada por las reglas del juicio ejecutivo del Código de Procedimiento Civil, pero sin establecerlo de modo expreso. Otro tanto se dijo sobre esto a propósito de la prescripción (véase 3.3.6).

Parte la norma señalando que el requerimiento de pago se notificará al ejecutado, personalmente o por cédula, la que contendrá copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia. La notificación se efectuará por un receptor-visitador del mismo tribunal, por los asistentes sociales agregados o pertenecientes al juzgado, por receptores de juzgados de letras o, excepcionalmente y por resolución fundada, por funcionarios policiales, en el domicilio del ejecutado. Si este no fuere habido, se procederá en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, aun cuando no se hallare en el lugar del juicio.

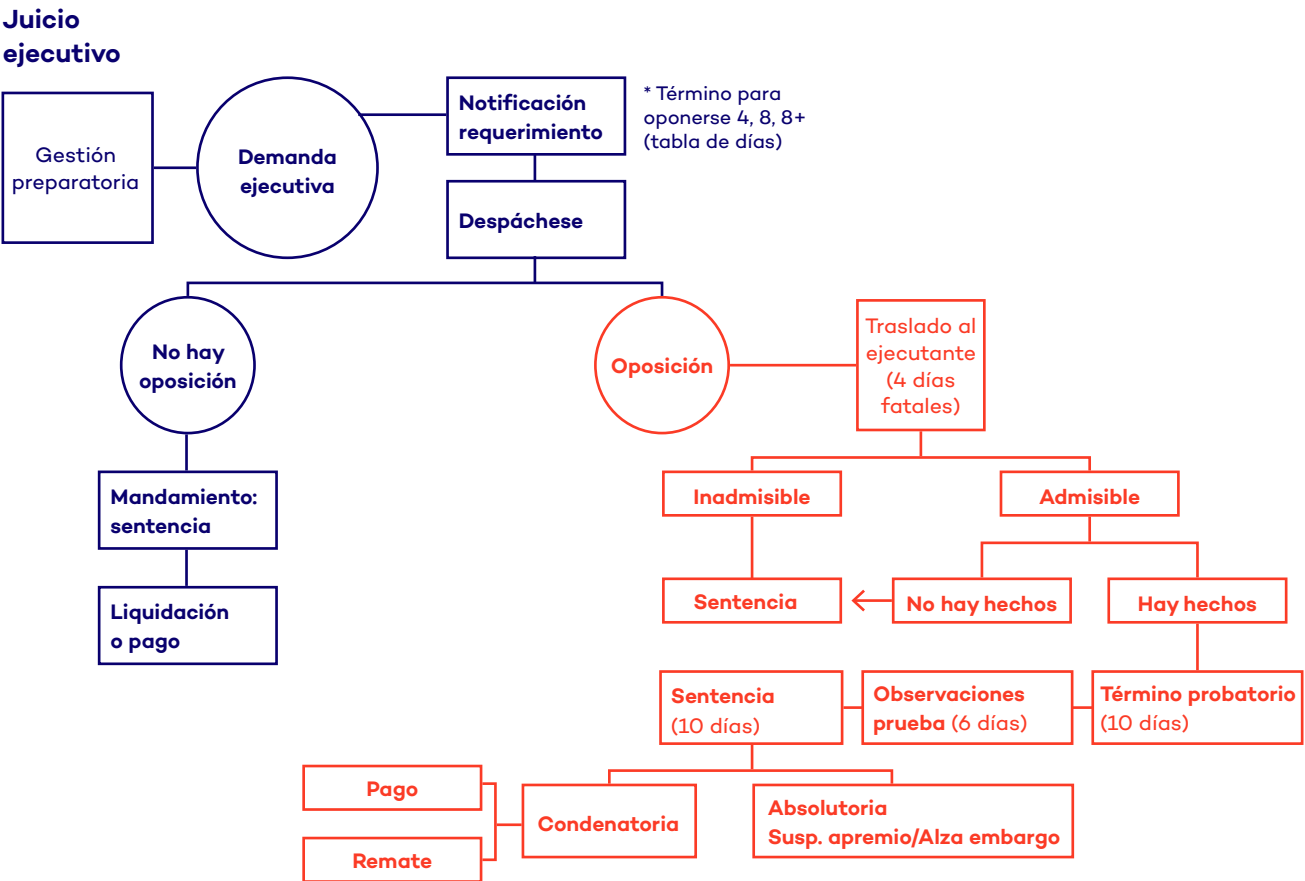
Solamente será admisible la excepción de pago y siempre que se funde en un antecedente escrito.

Si no se opusieran excepciones en el plazo legal, se omitirá la sentencia y bastará el mandamiento para que el acreedor haga uso de su derecho en conformidad al procedimiento de apremio del juicio ejecutivo.

Si las excepciones opuestas fueren inadmisibles, el tribunal lo declarará así y ordenará seguir la ejecución adelante.



En lo demás deben entenderse aplicables todos los demás trámites del juicio ejecutivo. A saber, el que se grafica en el siguiente esquema:



3.10 Método subsidiario: la demanda en contra de los abuelos

Las normas en juego en este asunto son dos, el artículo 232 del Código Civil y el artículo 4 de la Ley N° 14.908. La primera de estas normas dispone: “La obligación de alimentar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de ambos padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente. En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación indicada precedentemente pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee; y en subsidio de éstos a los abuelos de la otra línea”.

La LPA, por su parte, señala: “Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil”.

La jurisprudencia exige siempre una sentencia condenatoria en contra del alimentante.

La jurisprudencia se ha centrado en la palabra “decretados” que usa la segunda de las normas transcritas, para entender que la existencia de una sentencia previa contra el principal obligado es el requisito base para interponer una acción subsidiaria. La mayoría dice que se requiere una sentencia o resolución previa que declare la existencia del derecho sobre el principal obligado, para que luego pueda demandarse a los ascendientes. No obstante, aquella interpretación pasa por alto algunos inconvenientes que con ella se le producen al alimentario.

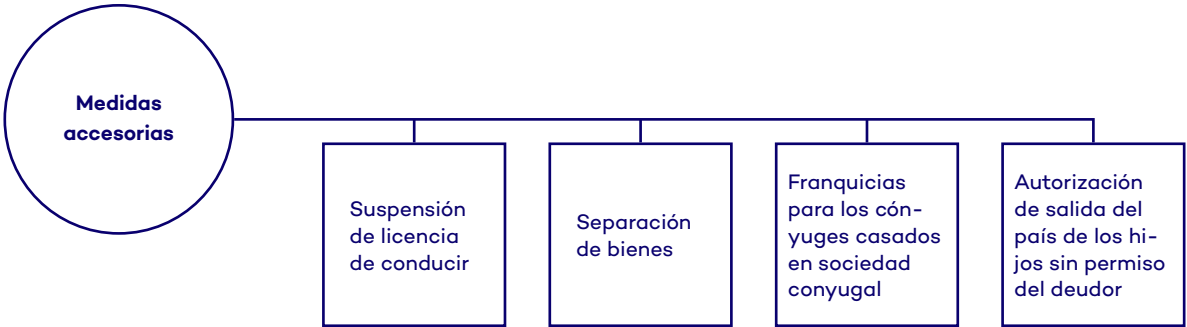
En efecto, esto obliga algunas veces al alimentario a demandar al alimentante sabiendo de antemano que este no cumplirá con su obligación. Como sucede, por ejemplo, si es indigente, está preso o sufre de una grave enfermedad, lo que conlleva una pérdida de tiempo no menor. Piénsese en la tramitación del juicio: no transcurrirán menos de seis meses, para luego iniciar la ejecución en contra del alimentante. Si a esto se suma la tramitación de las órdenes de arresto, habrá que sumar otros seis meses más. Es decir, puede pasar más de un año antes de que el alimentario quede habilitado para poder demandar a los padres del incumplidor.

Frente a este inconveniente, la doctrina plantea la posibilidad de demandar en un mismo pleito a los abuelos directamente y, en él, acreditar la falta o insuficiencia del padre. La norma sustantiva no pone trabas para esto y el interés superior del hijo debería saltar estos obstáculos que, atendidas las circunstancias descritas, parecen innecesarios.⁶⁴

64 NÚÑEZ (2013); CARRETTA (2015).

3.11 Medidas accesorias

Son cuatro las medidas que el legislador contempla para asegurar los fines del procedimiento. Su accesoriedad indica que no pueden perdurar más allá del juicio principal, por lo que resuelto este deben cesar.



3.11.1 Suspensión de licencia de conducir

Establecido en la LPA y en el auto acordado de la Corte Suprema N° 55-2008, se desarrolla de la siguiente forma:

Suspensión de licencia de conducir
(art. 16 y AA 55-2008)



3.11.2 Autorización de salida del país de los hijos sin permiso del deudor

Esta medida se enmarca en la acción cautelar que se requiere para que los NNA puedan salir del país, por un motivo que sea acorde a su interés superior, conforme lo dispone el artículo 49 de la ley de Menores. Se exige la autorización de ambos padres y, si uno de ellos se opone, el otro puede recurrir al juez en interés de su hijo.

La oposición debe basarse en acreditar que el viaje no es beneficioso para el bienestar del NNA. Sin embargo, la LPA es perentoria en señalar que: “Si constare en el expediente que en contra del alimentante se hubiere decretado dos veces alguno de los apremios señalados en los artículos 14 y 16, procederá en su caso, ante el tribunal que corresponda y siempre a petición del titular de la acción respectiva, lo siguiente:(...) autorizar la salida del país de los hijos menores de edad sin necesidad del consentimiento del alimentante, en cuyo caso procederá en conformidad a lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 49 de la ley N° 16.618”.

De acuerdo con esta norma, los requisitos de esta figura son:

- a. Solicitud de parte.
- b. Haberse resuelto en contra del alimentante dos o más órdenes de arresto en su contra, retenciones de devolución anual de impuestos o suspensiones de licencia de conducir.

Es importante señalar que este mecanismo opera ya sea que el demandado se oponga expresamente o cuando no es ubicable para dar su consentimiento, desde que la norma no hace distinción.

3.11.3 Medidas relacionadas el régimen de sociedad conyugal

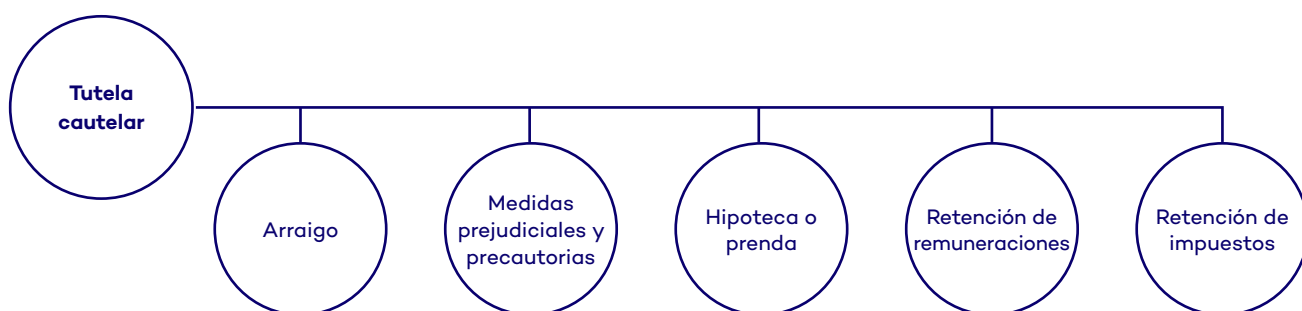
La LPA señala que, en el evento de haberse decretado apremios en dos oportunidades en contra del alimentante, el alimentario puede solicitar:

- a. La separación de bienes.
- b. Si se trata de la mujer, autorizarla para administrar extraordinariamente la sociedad conyugal sin que sea necesario acreditar el perjuicio que exige la ley.

- c. Que se considere el no pago de alimentos para resolver sobre:
- la falta de contribución a que hace referencia el artículo 225 del Código Civil.
 - la emancipación judicial por abandono del hijo a que se refiere el artículo 271 número 2 del Código Civil.

3.12 Tutela cautelar en el procedimiento de determinación y cobro de los Alimentos

Los métodos cautelares, como su nombre lo indica, no buscan la satisfacción directa o indirecta del crédito cuyo pago se persigue, sino asegurar que el deudor va a cumplir. Es por ello que, a través de este mecanismo, se impide al deudor burlar los resultados de la acción. Esto puede ocurrir mediante su fuga, cuyo remedio es el arraigo, o a través de la ocultación o traslado de sus bienes, cuya respuesta es la amplia potestad cautelar que sobre los bienes del deudor tiene el juez de familia. También se puede ubicar en esta clasificación la acción pauliana especial contenida en la LPA.



Las medidas cautelares tienen una gran aplicación en esta materia, ya que el deudor es generalmente mirado con desconfianza en la tramitación del juicio y sobre todo, en la etapa ejecutiva.

3.12.1 Medidas precautorias

Como su nombre lo señala, tienen por objeto asegurar el resultado de la acción, más que compeler al pago. Las medidas cautelares tienen una gran aplicación en esta materia, ya que el deudor es generalmente mirado con desconfianza en la tramitación del juicio y sobre todo, en la etapa ejecutiva.

Es fácil representarse la idea que intentará burlar el crédito que existe en su contra, mediante la distracción de bienes o de su propia corporalidad. Si no ha accedido a pactar voluntariamente este tipo de obligación, que conlleva una potente carga moral, o a pagarla sin apremios de por medio, es dable tener dudas a su respecto.

Tres normas marcan así la pauta en esta materia, además de una cuarta que se refiere a la violencia intrafamiliar.

- **Artículo 22 LTF:** “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.
Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados. En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.
Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71.”
- **Artículo 54-2 LTF:** “Una vez admitida la demanda, denuncia o requerimiento a tramitación, el juez procederá de oficio o a petición de parte, a decretar las medidas cautelares que procedan, incluyendo la fijación de alimentos provisorios cuando corresponda. Luego de ello, citará a las partes a la audiencia correspondiente.”
- **Artículo 6 LPA:** “Las medidas precautorias en estos juicios podrán decretarse por el monto y en la forma que el tribunal determine de acuerdo con las circunstancias del caso.”

Las dos primeras normas citadas están insertas en la tramitación del juicio ordinario y la segunda, también, en la etapa de cumplimiento. Sobre esta última, si bien es escueta, no se puede perder de vista que le resulta aplicable todo el estatuto general previsto en el CPC, aunque la norma no lo diga expresamente. Ello, porque el CPC es supletorio de todo procedimiento especial de acuerdo con los artículos 1 y 3 de

También ha de mencionarse en este acápite, atendida su importancia, aquella norma que, en contexto de violencia intrafamiliar, permite pedir alimentos provisorios a la víctima.

dicho cuerpo legal, y porque la misma disposición de la LTF lo dice, en cuanto las medidas precautorias pueden decretarse “en cualquier etapa del procedimiento”.

De esta manera las condiciones para su aplicación son:

- a. Pueden decretarse de oficio o a petición de parte.
- b. Pueden solicitarse desde antes del comienzo del juicio y durante todas sus etapas.
- c. Para decretarlas, el o la juez debe verificar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación de la causa para la seguridad de aquel derecho.

Las medidas pueden ser innovativas o conservativas. Las primeras crean un mecanismo que irrumpe en un estado de cosas, de tal manera que ocurra uno nuevo. Las segundas mantienen inalterado aquel estado de cosas.

Las innovativas, dado el riesgo que conllevan, sólo pueden dictarse excepcionalmente “en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”.

Las conservativas, que son las más comunes, sobre todo en los juicios de alimentos, no poseen limitación alguna salvo que, para su concesión, se reúnan los requisitos generales del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Se debe tener presente que la duración de estas medidas cesa tan pronto termina el peligro que las motivó.

También ha de mencionarse en este acápite, atendida su importancia, aquella norma que, en contexto de violencia intrafamiliar, permite pedir alimentos provisorios a la víctima. Es más, en este caso el juez puede fijarlos de oficio según el tenor de la norma del artículo 92 N° 3 de la LTF.

3.12.2 Arraigo

El arraigo es la medida que impide que el demandado abandone el país. Como se trata de una medida cautelar es necesario que, de ser solicitada por el alimentario, las circunstancias en virtud de las cuales se pide la medida reúnan los requisitos generales de concesión vistos en el párrafo anterior.

Para la concurrencia del *fumus boni iuris*, la ley general procesal establece que el demandado debe acompañar comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama. Como la doctrina ha dicho que con esto no se le está pidiendo una prueba al solicitante en el sentido técnico de esta, basta que se presente cualquier antecedente.

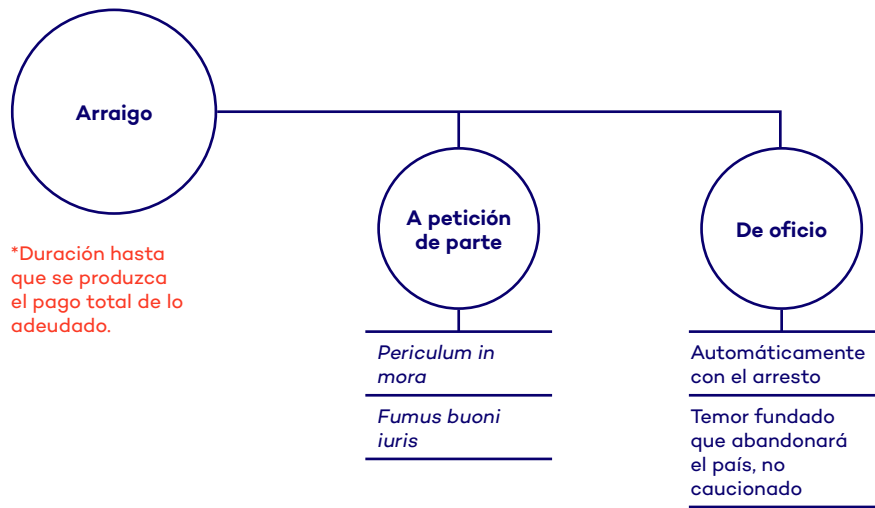
Además, si bien la ley habla de “comprobantes”, puede tratarse de sólo uno de ellos. Es común, en este tipo de juicios, considerar los atestados que las partes dejan en redes sociales y que dan anuncio de la manifiesta enemistad entre ellas, la falta de voluntad en el pago o incluso la intención de salir del país, por ejemplo.

La innovación, en materia de alimentos, es que los arraigos se dicten oficiosamente y en forma automática cuando se despacha una orden de arresto. En estos casos, el legislador presume la concurrencia de sus requisitos. Así está establecido en la LPA: “En las situaciones contempladas en este artículo, el juez dictará también orden de arraigo en contra del alimentante, la que permanecerá vigente hasta que se efectúe el pago de lo adeudado”.

La duración de la medida, entonces, es hasta que se efectúe el pago de lo adeudado.

A esto se debe agregar que el requisito general que la ley establece para que las medidas sean decretadas adecuadamente, es que se señale en la orden por las que son expedidas el monto de la deuda. De tal manera, el funcionario policial puede recibir válidamente el pago en la unidad policial. Hecho esto, la ley no exige otro trámite para que se alce la medida.

También, de manera oficiosa lo ordenará cuando hubiere temor fundado para estimar que el alimentante se ausentará del país y no garantice el pago de su obligación con una hipoteca o una prenda.



3.12.3 Hipoteca o prenda

Se trata de cauciones reales que, por ende, recaen sobre los bienes del deudor: inmuebles para el caso de la hipoteca y muebles para el caso de la prenda. Desde luego que, por el principio de proporcionalidad que guía a la tutela cautelar, el monto de los bienes siempre debe ser acorde a la deuda alimenticia que se pretende garantizar.

Asimismo, debe cumplirse los requisitos generales de toda medida cautelar, ya vistos, y estas medidas deben hacerse cesar si el alimentante cumple con su obligación u ofrece otras cauciones.

Lo singular en el juicio de alimentos es que el o la juez debe tener especialmente presente este tipo de cauciones si hubiere temor fundado para estimar que el alimentante se ausentará del país, sin perjuicio del arraigo.

3.12.4 Garantías de la devolución de impuestos

Respecto de la retención de impuestos, las únicas reglas son que, existiendo una o más pensiones insolutas y a petición de parte, el o la juez adoptará la siguiente medida: ordenará, en el mes de marzo de cada año, a la Tesorería General de la República que retenga de la devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir

a deudores de pensiones alimenticias, los montos insolutos y las pensiones que se devenguen hasta la fecha en que debió haberse verificado la devolución.

La Tesorería deberá comunicar al tribunal respectivo el hecho de la retención y el monto de esta.⁶⁵ Actualmente, este procedimiento se hace vía SITFA.

Retención de devolución impuestos



3.12.5 Retención de las remuneraciones

Las resoluciones judiciales que ordenen el pago de una pensión alimenticia provisoria o definitiva por parte un trabajador dependiente establecerán (es norma imperativa) como modalidad de pago la retención de sus remuneraciones por parte del empleador (la letra de la ley no autoriza para hacer retenciones a trabajadores independientes ni a pensionados).

La resolución judicial que así lo ordene se notificará a la persona natural o jurídica que, por cuenta propia o ajena, o en el desempeño de un empleo o cargo, deba pagar al alimentante su sueldo, salario o cualquier otra prestación en dinero, a fin de que retenga y entregue la suma, o cuotas periódicas fijadas en ella, directamente al alimentario, su representante legal o a la persona a cuyo cuidado esté.

65 Tesorería General de la República, Circular N° 14 sobre Retención de impuestos, 9 de mayo de 2007.

La notificación de las resoluciones se efectuará por carta certificada, dejándose testimonio en el expediente:

- de que la persona fue notificada por dicho medio
- de la fecha de entrega de la carta a la oficina de correos
- de la individualización de dicha oficina
- del número de comprobante emitido por esta, el cual se adherirá al expediente a continuación del testimonio.

La notificación se entenderá practicada al quinto día hábil siguiente a la fecha recién aludida. Si la carta certificada fuera devuelta por la oficina de correos al no haberse podido entregar al destinatario, se adherirá al expediente.

Por su parte, el demandado dependiente podrá pedir al juez que sustituya por otra modalidad de pago la retención por parte del empleador. Podrá solicitarlo:

- por una sola vez
- con fundamento plausible
- en cualquier estado del juicio y antes de la dictación de la sentencia (de acuerdo con la letra de la ley no procedería en etapa de cumplimiento).

La solicitud respectiva se tramitará como incidente. En caso de ser acogida, la modalidad de pago decretada quedará sujeta a la condición de su íntegro y oportuno cumplimiento, siempre que el demandado dé garantías suficientes de pago íntegro y oportuno.

De existir incumplimiento, el o la juez, de oficio y sin perjuicio de las sanciones y apremios que sean pertinentes, ordenará que en lo sucesivo la pensión alimenticia decretada se pague conforme al inciso primero. Cabe hacer notar aquí que la frase “en lo sucesivo” denota que la resolución rige para lo futuro y no podría aplicarse a pensiones devengadas y no pagadas.

El artículo 59 del Código del Trabajo establece que en el contrato podrá establecerse la cantidad que el trabajador asigne para la mantención de su familia. La mujer casada, dice el inciso segundo, puede percibir hasta el cincuenta por ciento de la remuneración de su marido, declarado vicioso por el respectivo juez de letras del trabajo. Esta disposición es una regla especial destinada a proteger a la familia frente a un “padre-proveedor” que gasta la totalidad de su paga en alcohol o drogas y requiere la declaración de “vicioso”, por lo que no hace excepción a la regla del artículo 8 de la Ley N° 14.908.

3.13 Tutela de la buena fe en el juicio de Alimentos

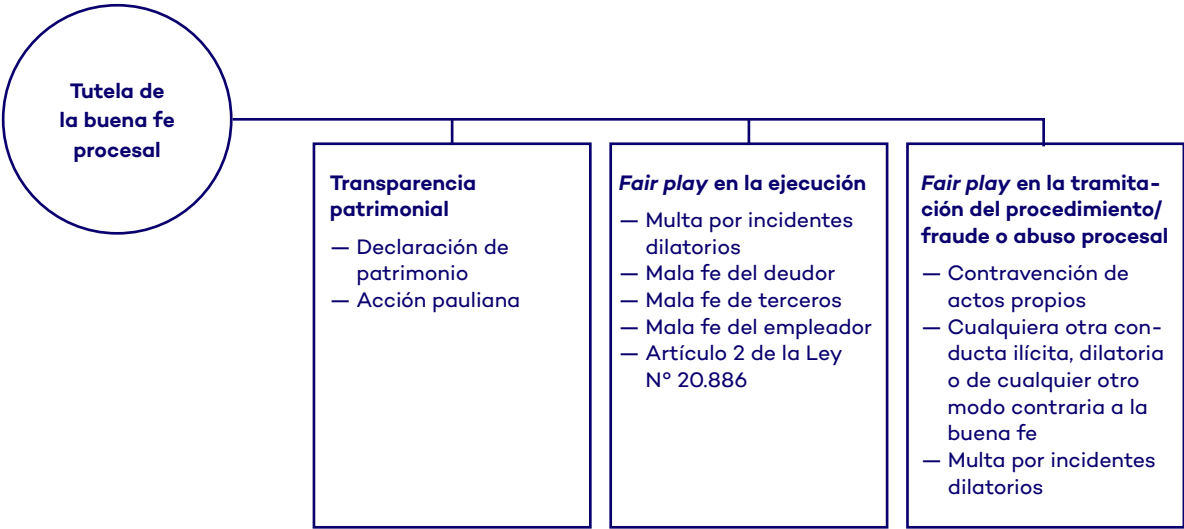
En distintas normas, la ley busca proteger al alimentario, que es la parte débil de la relación en el desarrollo de la tramitación del proceso de alimentos, mediante diversos mecanismos. Estos pueden ordenarse en base a aquellos que buscan establecer la transparencia patrimonial del deudor y los que tiene por objeto proteger la buena fe de los litigantes en la tramitación del proceso. Con ello se propende a evitar la maniobras dilatorias, contumaces o arteras a las que puede inclinarse el deudor.

Con los mecanismos que la ley contempla para resguardar la buena fe procesal, se propende a evitar la maniobras dilatorias, contumaces o arteras a las que puede inclinarse el deudor.

Como en toda etapa de cumplimiento de una obligación, si el deudor no cumplió al tiempo que correspondía, debe mirársele con desconfianza. Con la especial mención de que no está defraudando a un acreedor cualquiera, sino a sus propios hijo o parientes, con quienes se supone que tiene o debería tener, además de un vínculo filiativo, una relación de afecto.

Este principio, por el que el juez se debe guiar tanto para la dirección del proceso como para la interpretación de sus normas, está plenamente vigente en todas las etapas de tramitación de los juicios de familia. Se encuentra en el artículo 2 letra d) de la Ley N° 20.886: “Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

Como se observa, aparte de los dispositivos específicos contenidos en la ley y que se examinarán a continuación, esta disposición abre el abanico de posibilidades para prevenir otro tipo de conductas procesales arteras que puedan encuadrarse en la norma.



3.13.1 Transparencia patrimonial del deudor

Estos mecanismos atienden a saber cuál es el verdadero estado de los negocios del alimentante y su real patrimonio. Ocurren porque no es extraño que en este tipo de juicios el deudor trate de sacar bienes de su patrimonio u ocultar información con tal de pagar una pensión de menor valor.

3.13.2 Declaración de patrimonio

De acuerdo con el artículo 5 de la LPA, los requisitos para solicitar la declaración patrimonial del deudor son los siguientes:

- a. El tribunal, de oficio, debe ordenar expresamente al demandado que acompañe todos los antecedentes necesarios para saber cuál es su patrimonio.
- b. El tribunal debe citar al demandado a la audiencia preparatoria, personalmente o representado, bajo apercibimiento del apremio establecido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. Esto es, multa proporcional o arresto si no cumple con la obligación consignada en la letra a.

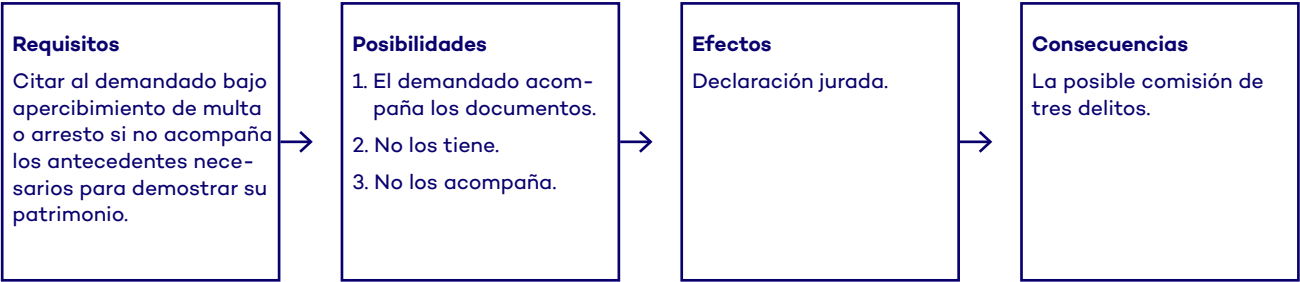
Cumplidos estos requisitos, en la audiencia preparatoria puede suceder que el demandado no acompañe los antecedentes requeridos, en cuyo caso adjuntará o extenderá en la propia audiencia una declaración jurada, donde dejará constancia de su patrimonio y capacidad económica. En este caso, “la declaración de patrimonio deberá señalar

el monto aproximado de sus ingresos ordinarios y extraordinarios, individualizando lo más completamente posible, si los tuviere, sus activos, tales como bienes inmuebles, vehículos, valores, derechos en comunidades o sociedades”.

Si el demandado no cumple con este deber, pueden configurarse tres figuras penales:

- La establecida en el mismo artículo, que consiste en el ocultamiento de cualquiera de las fuentes de ingreso del demandado, efectuado en juicio en que se exija el cumplimiento de la obligación alimenticia. En este caso, la sanción es la pena de prisión en cualquiera de sus grados.
- Si no acompaña todos o algunos de los documentos requeridos, o no formula la declaración jurada, así como el que presente a sabiendas documentos falsos, y el tercero que le proporcione maliciosamente documentos falsos o inexactos o en que se omitan datos relevantes con la finalidad de facilitarle el ocultamiento de sus ingresos, patrimonio o capacidad económica, serán sancionados con las penas del artículo 207 del Código Penal.
- La inclusión de datos inexactos y la omisión de información relevante en la declaración jurada, evento en el que se aplican las penas del artículo 212 del Código Penal.

Desde luego, si el juez verifica la concurrencia de alguna de estas hipótesis, debe enviar la causa al ente persecutor.



3.13.3 Acción pauliana de Alimentos

En la misma disposición estudiada a propósito de la declaración jurada de patrimonio del deudor, la ley dispone que: “Los actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe, con la finalidad de reducir su patrimonio en perjuicio del alimentario, así como los actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario, podrán revocarse conforme al artículo 2.468 del Código Civil. Para estos efectos, se entenderá que el tercero está de mala fe cuando conozca o deba conocer la intención fraudulenta del alimentante. Todo lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La acción se tramitará como incidente, ante el juez de familia. La resolución que se pronuncie sobre esta materia será apelable en el sólo efecto devolutivo”.

Entonces, para que opere esta acción especial, es necesario que:

- Se despliegue un acto jurídico por el alimentante que reduzca su patrimonio.
- Aquel acto cause perjuicio al alimentario.
- El alimentante obre de mala fe.
- El tercero que contrató con el alimentante esté de mala fe.

Como queda de manifiesto, la gran dificultad que presenta esta norma está en que corresponderá al alimentario, de acuerdo con las reglas del *onus probandi*, no sólo acreditar la mala fe del alimentante, sino además la del tercero que contrató con él.

La jurisprudencia ha señalado: “8° Que, en cuanto a la mala fe, requisito esencial de procedencia de la acción pauliana y que justifica los efectos revocatorios de la misma en el evento de ser acogida, respecto del alimentante se traduce en que éste haya enajenado un bien con la intención de disminuir su patrimonio en perjuicio del alimentario. En la especie, de lo razonado en el motivo segundo se desprende que la finalidad de la enajenación del inmueble por el alimentante era obtener los recursos necesarios para solucionar sus compromisos económicos y bancarios, lo que en definitiva consiguió conforme se aprecia del examen de los predictores del boletín comercial antes y después de la enajenación, posicionando su patrimonio en una mejor

condición para responder de futuras obligaciones, particularmente la obligación alimenticia, de modo que más que disminuir su patrimonio en perjuicio del alimentario, la enajenación importó el saneamiento o liberación del mismo de deudas contraídas con acreedores con anterioridad a la demanda y en consecuencia en vez de perjudicar se entiende que resguarda de mejor manera el interés del alimentario, ya que el obligado asistirle carece de compromisos financieros que puedan disminuir su capacidad económica en desmedro del derecho del alimentario”⁶⁶.

La tramitación de esta acción es incidental.

66 Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT N° C-4582-2010, 20 de marzo de 2011.

3.14 Protección de la buena fe procesal en la tramitación del procedimiento

No hay duda de que la Ley N° 20.886 sobre Tramitación Electrónica es aplicable a los procedimientos de familia. Así se señala, expresamente, en su artículo primero. Luego, le resultan aplicables sus principios, entre ellos el de la buena fe procesal. En la norma se enuncia de la siguiente manera: “Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

De acuerdo con la norma transcrita, sus requisitos son:

- Actuación de oficio o a petición de parte del juez o la jueza.
- Las facultades del juez frente a un atentado a la buena fe son prevenir, corregir y sancionar.
- Constituye un atentado a la buena fe toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria al principio.

Se aprecian aquí dos particularidades que contiene esta figura. Es abierta, ya que sólo ejemplifica algunos actos que entiende contrarios al principio y dejando la posibilidad para el juez de aplicar otros, y tampoco contiene una sanción específica para el caso de la contravención. Sobre esto último, ha de entenderse que el juez debe acudir a las facultades disciplinarias que le concede del Código Orgánico de Tribunales en su artículo 530. Aunque esto puede ser discutible, porque su tipicidad no calza con el contexto de la norma base.

En el caso de la contravención a los actos propios, uno de los efectos asignados por la doctrina, y que puede entenderse incluido dentro de los vértices a través de los cuales se desenvuelve todo proceso, es

la preclusión. En efecto, quien afirma algo en un sentido de manera permanente, a tal punto que produce en su contendor una legítima expectativa de que dicha conducta no será modificada, no puede cambiarla repentinamente. Queda impedido por el deber de coherencia que implican sus actos. Aunque también se discute por la doctrina si esta figura puede aplicarse en el proceso.⁶⁷

3.14.1 Multa por incidentes dilatorios

Por la supletoriedad que asume el Código de Procedimiento Civil en la tramitación del proceso de familia, es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 88 de dicho Código:

“La parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que previamente deposite en la cuenta corriente del tribunal la cantidad que éste fije. El tribunal de oficio y en la resolución que deseche el segundo incidente determinará el monto del depósito. Este depósito fluctuará entre una y diez unidades tributarias mensuales y se aplicará como multa a beneficio fiscal, si fuere rechazado el respectivo incidente.

El tribunal determinará el monto del depósito considerando la actuación procesal de la parte y, si observare mala fe en la interposición de los nuevos incidentes, podrá aumentar su cuantía hasta por el duplo. La parte que goce de privilegio de pobreza en el juicio, no estará obligada a efectuar depósito previo alguno.

El incidente que se formule sin haberse efectuado previamente el depósito fijado, se tendrá por no interpuesto y se extinguirá el derecho a promoverlo nuevamente”.

3.14.2 Fair play en la ejecución

Desde luego que, en la ejecución, también resulta aplicable el principio de la buena fe de la manera en que fue estudiada en el título anterior, y también a propósito de lo dicho sobre incidentes dilatorios. Además se debe tener presente lo ya señalado cuando se expuso el

67 Véase CARRETTA (2013).

procedimiento de apremio, debido a que en este resulta un buen mecanismo la aplicación del artículo 88 del CPC para detener las solicitudes de liquidación que se hacen con un mero afán dilatorio.

3.14.3 Mala fe del empleador del alimentante

Dos situaciones se establecen en cuanto a quién debe pagar las remuneraciones del alimentante. Una, si no da cuenta del término de la relación laboral con él, caso en el cual se le aplican las sanciones establecidas en el artículo 8 de la LPA, pero siempre y cuando se le advierta de esta circunstancia en el oficio que ordenó la retención de las remuneraciones.

Lo mismo ocurre si no retiene el porcentaje correspondiente al monto de las indemnizaciones a las que tiene derecho el alimentante al término de la relación laboral.

También, si desobedeciere la respectiva orden judicial que lo manda a retener la pensión, incurrirá en multa a beneficio fiscal equivalente al doble de la cantidad mandada a retener.

3.14.4 Mala fe de terceros

La ley establece responsabilidad solidaria para quienes dificultan o imposibilitan el cumplimiento de la obligación alimenticia. Esto quiere decir que el alimentario puede cobrar la pensión a cualquiera de aquellos que ejerzan el obstáculo para el pago por el total de la deuda.

Puesto que la ley no señala el mecanismo a través del cual se acreditan estas circunstancias, debe seguirse la regla general. Es decir, debe ejercerse una acción ordinaria en contra del tercero para probar esta alegación, donde además se le cobre aquello que el demandado ha dejado de pagar con su connivencia.

Por otra parte, el tercero que colabore con el ocultamiento del paradero del demandado, para efectos de impedir su notificación o el cumplimiento de alguna de las medidas de apremio establecidas en la ley, es sancionado con la pena de reclusión nocturna hasta por quince días.

El alimentario puede cobrar la pensión a cualquiera de aquellos que ejerzan el obstáculo para el pago por el total de la deuda.

No queda claro si, en este último caso, se faculta al juez de familia para dar por acreditada esta circunstancia o no y aplicar por sí mismo la sanción. Un lugar seguro, por especialidad, parece ser remitir los antecedentes al Ministerio Público para la investigación del hecho, dadas las garantías que se pueden ver afectadas para el tercero.

3.14.5 Mala fe del deudor

Aparte de las situaciones cubiertas por el artículo 2 de la ley sobre tramitación electrónica, hay ciertas situaciones específicas que establece la LPA y son dos.

Una está relacionada con el deber de información que pesa sobre el demandado del lugar donde se encuentra. El demandado deberá informar al tribunal todo cambio de domicilio, de empleador y de lugar en que labore o preste servicios, dentro de treinta días contados desde que el cambio se haya producido. Si no da cumplimiento a esta obligación, se le impondrá, a solicitud de parte, una multa de una a quince unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal.

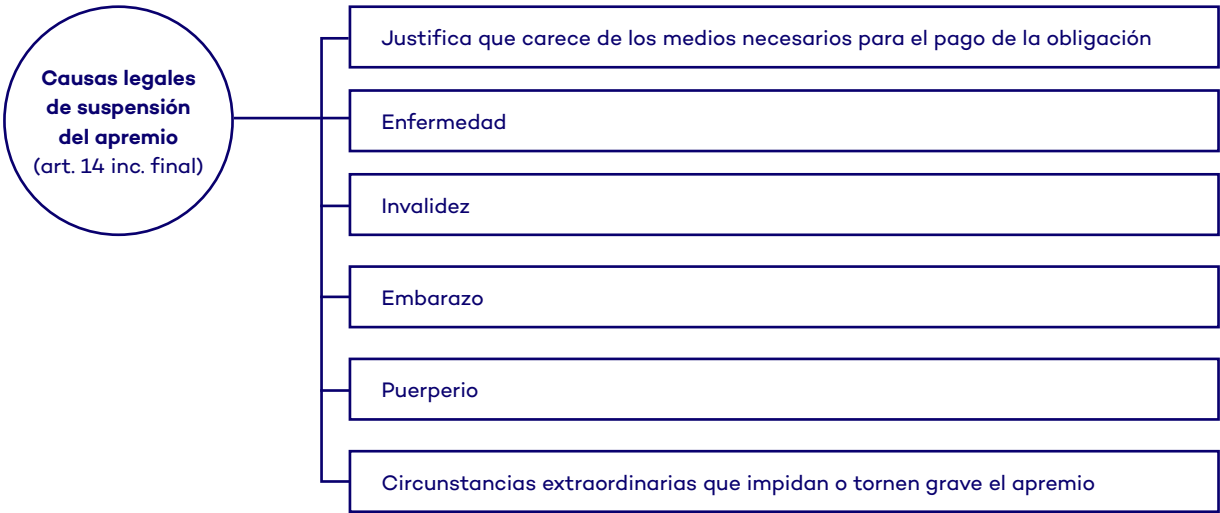
También puede aplicársele arresto, de la misma manera que está establecido para el no pago de los alimentos, cuando ponga término a la relación laboral por renuncia voluntaria o mutuo acuerdo con el empleador después de la notificación de la demanda, sin causa justificada, y carezca de rentas que sean suficientes para poder cumplir la obligación alimenticia.

3.15 Franquicias a los alimentantes en los procedimientos seguidos en su contra por el no pago de los Alimentos

Una forma de balancear las prerrogativas que se le conceden al alimentario en este tipo de juicios, y suavizar el peso de los mecanismos de cobro que pueden ser ejercidos en contra del alimentante, es a través de los beneficios que a continuación se revisan.

3.15.1 Suspensión de los apremios

En todos los casos que se mencionan a continuación, debe existir una verdadera justificación de la causa que motiva la suspensión. Esto quiere decir que la parte debe presentar pruebas que acrediten la dificultad que está invocando.



3.15.2 Recurso de amparo

Como ya se ha dicho antes en este trabajo, aunque el legislador mira con desconfianza al demandado de este tipo de juicio, aquello no lo ha vedado de ampararse cuando estima que está ilegítima o arbitrariamente amenazada o privada en forma efectiva su libertad. Es por ello que, en aplicación del artículo 21 de la Constitución, se le permite deducir esta acción constitucional.

Si se observan los fallos de las Cortes, como los que se analizan más abajo, estas aplican preeminentemente el estatuto penal para resolver la suerte del amparado. Se echa de menos un contrapeso con los derechos del alimentario que, evidentemente, también están en juego. Esto no es así en otras latitudes, como en Estados Unidos, por ejemplo, donde esto está en discusión. La Corte de ese país suelen entender que al demandado en este tipo de juicios no les corresponde estatuto protector alguno, ¿cómo podría invocarlo si a la vez perjudican el derecho de sus hijos? Esa es la forma como razona el sistema de justicia de dicho país.⁶⁸

Como sea, en Chile, con alta frecuencia los deudores alimenticios recurren por esta vía. Por ello es útil estudiar las razones que han tenido en cuenta las Cortes de Apelaciones para acogerlos o rechazarlos.

1. Para rechazar:

- No se ha despachado el arresto o fue suspendido, por lo que no existe amenaza.
- Orden expedida por autoridad facultada para decretarla, en un caso previsto por la ley y existiendo antecedentes que la justifican, porque el amparado no dio cumplimiento a la pensión de alimentos.
- Pagos insuficientes para cubrir la deuda.
- Alegaciones de cese deben hacerse ante tribunal de familia.
- Inasistencia a audiencia para acordar forma de pago autoriza a renovar el apremio suspendido.
- Si obligado al pago de la pensión alimenticia carecía de medios para pagar y debió solicitar rebaja.
- Amparado mantiene deuda que reconoce, aunque por menor cantidad, y no ha objetado liquidación ni solicitado facción de una nueva aportando antecedentes (hija mayor de edad, trabajando, con voto en contra de M. Brito).

- Se puede despachar apremios por alimentos provisorios no ejecutoriados, no siendo el amparo la vía de impugnación de estos.
- Ley N° 14.908 no hace distinción alguna entre alimentos provisorios o definitivos, para efectos de disponer el apremio del deudor.
- No corresponde discutir el monto de los alimentos fijados por sentencia ejecutoriada en amparo y la deuda por incumplimiento de aquella no variará de acogerse demanda de rebaja.
- Demanda de rebaja no obsta si no se ha pedido la reducción provisorio.
- Rebaja solicitada tres meses después que CA confirmara sentencia no aparece revestida de antecedentes que ameriten la suspensión del apremio.
- Pacto de San José de Costa Rica autoriza los apremios en materia de alimentos.
- Orden librada basada en liquidación ejecutoriada, habiéndose rechazado objeción basada en los mismos argumentos del amparo.
- Atendida la naturaleza alimentaria de las obligaciones y por lo mismo impostergables, la Corte tiene en consideración las circunstancias de los pagos alegados (pagos directos), porque no puede quedar al arbitrio del alimentante la administración de la pensión de alimentos.
- Liquidaciones notificadas válidamente a apoderada de demandado constituyen ejecución de sentencia que acogió demanda de aumento de pensión alimenticia, y no un juicio ejecutivo nuevo. Poder se entiende conferido hasta la ejecución.
- La notificación de las liquidaciones de pensiones alimenticias, al no constituir una de las excepciones contempladas en el artículo 23, deben ser notificadas por el estado diario. Juez de familia lo resguardó, notificando por email.

- CA Valdivia reproduce argumentos
- Corte Suprema revoca por haber sido dictada por autoridad competente, con mérito suficiente para ello y en un caso previsto por la ley.

2. Para acoger:

- CA rechaza porque no se ha despachado el arresto. CS revoca y ordena fallar el fondo del recurso.
- Pensión a favor de mayores de edad actualmente se está pagando: no hay urgencia alimentaria que justifique la medida y pone en riesgo la fuente laboral.
- Suma cobrada está debatida, variación de circunstancias desde que se libró el arresto.
- Declaración jurada unilateral no es documento idóneo para aumentar alimentos, liquidación mal practicada.
- En el proceso constan antecedentes de imposibilidad para pagar y concesión de esperas, además de demanda de rebaja. Se debe citar a audiencia para acordar forma de pago y acelerar juicio rebaja.
- Pago mediante cheques, reconocido por la madre con calificación distinta, de monto similar a lo adeudado, hace presumir que fue para solucionar pensión. Liquidación mal efectuada.
- Liquidación no considera pagos y actuaciones otra causa.
- Liquidación no consideró avenimiento de rebaja. Existencia de demanda de rebaja actual.
- Arresto por solidaridad abuelos (sin causa legal): por informar abuela ausencia del deudor en su domicilio y por haber sido arrestado en un inmueble del demandado vendido a su progenitor, no han sido oídos los amparados a fin que señalen y prueben, si así se estimase, las circunstancias de tales hechos.

- Liquidaciones insuficientes para determinar monto adeudado, por poca claridad respecto a la pensión de alimentos provisorios con sus debidos reajustes y a los abonos que se han reconocido, y no haberse resuelto objeción.
- Ante demanda de rebaja, la liquidación debe distinguir antes y después de ella.
- Omisión de decretar alimentos provisorios no puede terminar en arresto por pensión que debía pagarse en diecinueve meses.
- No procede decretar arresto si se encuentra pendiente audiencia para pagar en cuotas.
- Aplicación de cualquier sanción de esta naturaleza al menos requiere culpabilidad, que en este caso no se advierta que exista. Causa justificada: banco remata el inmueble que iba a vender para comprar otro para sus hijos.
- Orden de arresto y arraigo decretada se ha dictado en un procedimiento concluido (VIF) y al existir causa de alimentos definitivos, es en esta donde se deben pedir los apremios respectivos.
- Deuda generada por falta de actualización del monto de los alimentos fijados en sueldos vitales, sin que se demostrara que recurrente hubiere incurrido en cesación o incumplimiento del pago.
- Sin perjuicio de lo que se resuelva en causa sobre rebaja y cese de alimentos, no resulta conducente el apremio por los valores cuestionados cuando los efectos de una sentencia que declara el cese se retrotraen a la respectiva demanda de cesación de alimentos, según interpretación analógica del artículo 331 del Código Civil.
- Apremio inoportuno: demandado notificado del procedimiento de apremio en un domicilio en el cual no vive (pero sí por email), interponiendo incidente de nulidad, rechazado de plano y apelado, pendiente resolución.

- Por haber optado demandante por la vía ejecutiva ordinaria, existiendo bienes para hacer efectiva su acreencia, y que existe demanda de rebaja de alimentos.
- Racionalmente el alimentante carece de medios necesarios para pagar de una sola vez la pensión de alimentos adeudada, que alcanza 136 millones. Se suspende apremio hasta determinar capacidad económica del amparado.
- Madre utiliza el arresto para impedir visitas.
- Arresto inoportuno: pendiente petición de plazo para el pago de un saldo de pensiones devengadas.
- Existencia de circunstancias calificadas: amparado a cargo de dos hijos, uno desahuciado al que cuida; cesante, traduce esporádicamente. Audiencia.
- No se cumplen condiciones señaladas en transacción de alimentos a favor cónyuge y está pendiente audiencia conciliación en divorcio por culpa, lo que hace aconsejable esperarla.
- El amparado ha abonado regularmente la suma que le es posible pagar y existe causa de rebaja con informes sociales favorables al deudor.

3.16 Preguntas orientadoras

- a. ¿Es lo mismo el derecho de alimentos y los alimentos devengados?
- b. ¿Es posible mirar la pensión de alimentos como un crédito de carácter personal meramente patrimonial?
- c. ¿Se encuentra definido en la ley el derecho de alimentos?
- d. ¿Prescribe el derecho de alimentos?
- e. ¿Tiene utilidad la regla de la posición social para la determinación del quantum de los alimentos?
- f. ¿Es procedente pedir la excepción de prescripción después de liquidada una deuda de alimentos?
- g. ¿Es tutelada la buena fe en el juicio y ejecución de los alimentos?
- h. ¿Es posible pedir arresto mientras está en actual tramitación un juicio ejecutivo para el pago de lo adeudado por pensiones atrasadas?



Glosario Bibliografía

Glosario

1. **Alimentos devengados:** cantidad determinada y periódica de una pensión alimenticia que el alimentante debe pagar al alimentario, proveniente de la determinación del derecho de alimentos a través de alguna de las formas previstas por el legislador.
2. **Arraigo:** medida cautelar que consiste en la prohibición de salir del país de un alimentante que tiene una deuda por alimentos.
3. **Arresto:** medida cautelar que tiene por objeto compeler el pago de los alimentos al deudor de una pensión alimenticia. Puede ser nocturno o total.
4. **Atribución:** parámetro por el cual el legislador distribuye el cuidado personal de los hijos a sus padres que puede ser legal, judicial o convencional.
5. **Corresponsabilidad:** significa que ambos padres, vivan juntos o separados, deben participar activa, equitativa y permanentemente en la crianza y educación de sus hijos.
6. **Cuidado personal:** es el derecho-deber de los padres sobre los hijos, por el que deben participar activa, equitativa y permanentemente en su crianza y educación.
7. **Demanda subsidiaria de alimentos:** es la acción que se puede intentar en contra de los abuelos del alimentario cuando el obligado principal incumple el pago de la pensión.
8. **Derecho de alimentos:** el derecho que tienen determinadas personas en estado de necesidad de exigir alimentos a otras también determinadas, las cuales están obligadas a proporcionárselos por mandato de la ley o la voluntad de las partes o unilateral de un tercero.
9. **Filiación:** es el vínculo jurídico de familia entre el padre, la madre y el hijo, y viceversa.
10. **Mediación:** consiste en la búsqueda, por un tercero imparcial, de una solución colaborativa al conflicto de las partes.
11. **Regla presunta de la capacidad del alimentante:** para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor los solicitare de su padre o madre, se presumirá que el alimentante tiene los medios para otorgarlos.
12. **Relación directa y regular:** derecho-deber a través del cual se permite la comunicación periódica, efectiva y directa del padre no custodio con sus hijos.

Bibliografía

1. **ABELIUK, René (2000):** *La filiación y sus efectos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
2. **ACUÑA, Marcela (2018):** *El cuidado personal de los hijos* (Santiago, Thomson Reuters).
3. **BARCIA, Rodrigo (2011):** *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia* (Santiago, Legal-publishing).
4. **Cámara de Diputados de Chile (1933-1935):** *Se-siones de discusión legislativa del proyecto de ley sobre responsabilidad paterna y pago de pensio-nes alimenticias* (Santiago).
5. **CARRETTA, Francesco (2013):** *La coherencia en el proceso civil* (Santiago, Thomson Reuters).
6. **CARRETTA, Francesco (2015):** "Aproximación al estudio sobre la legitimación subsidiaria pasi-va en los juicios de alimentos en del derecho de familia chileno", en *Revista de Derecho de Familia* (Vol. III, N° 7).
7. **CARRETTA, Francesco (2018):** "El derecho a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial", en *Revista Chilena de Derecho*, (Vol. 45, N° 2), pp. 407-426.
8. **Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2013):** Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
9. **COUTURE, Eduardo (1993):** *Fundamentos del de-recho procesal civil* (Buenos Aires, De Palma).
10. **DOMÍNGUEZ, Ramón (2004):** *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
11. **ETCHEBERRY, Leonor; VELOSO, Paulina y MU-ÑOZ, Andrea (1999):** *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585* (Santiago, SERNAM).
12. **FREEMAN, Michael (2007):** *The Best Interest of the Child* (Martinus Nijhoff Publishers).
13. **FUEYO, Fernando (1959):** *Derecho civil* (Santiago, Imprenta y Litografía Universo).
14. **GARRIDO, Ricardo (2013):** "El interés superior del niño y el razonamiento jurídico", en *Anuario de filosofía y teoría del derecho* (Volúmen 7), pp. 115-147.
15. **GREEVEN, Nel (2018):** *Derecho de alimentos como derecho humano y apremios para obtener el cumplimiento* (Santiago: Librotecnia).
16. **GREEVEN, Nel (2017):** *Filiación. Derechos hu-manos fundamentales y problemas de su actual normativa* (Santiago: Librotecnia).
17. **GUASTINI, Riccardo (2013):** *Distinguendo ancora* (Madrid: Marcial Pons).
18. **GUTIÉRREZ, Álvaro (2004):** "Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimen-tos", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (Vol. 16), pp. 1-36.
19. **KATZ, Elizabeth (2019):** "Criminal Law in a Civil Guise: The Evolution of Family Courts", en *The University of Chicago Law Review* (Vol. 86, N° 5), pp. 1241-1310.
20. **KOHN, Lisa (2008):** "Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence", en *Journal of Law and Family Studies*, pp. 337-375.
21. **LUZZATI, Claudio (2012):** *Principi e principi. La genericità nel diritto* (Torino, Giappichelli Editore).
22. **NÚÑEZ, Carlos (2013):** "La obligación de alimen-tos de los abuelos", en *Revista Chilena de Dere-cho Privado* (Vol. 21), pp. 47-88.
23. **ORREGO, Juan (2015):** "Prescripción de la acción para obtener el pago de pensiones alimenticias devengadas: doctrina y jurisprudencia reciente", en *Revista de Derecho de Familia* (Vol. I N°5), pp. 15-35.
24. **QUINTANA, María (2009):** "Legislación y juris-prudencia sobre cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 33), pp. 149-172.
25. **QUINTANA, María (2014):** "La titularidad del cui-dado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 43), pp. 241-258.
26. **RAMOS, René (1999):** "Derechos y obligaciones entre los padres e hijos de familia", en: *Revista de*

Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso
(N° 20), pp. 23-37.

27. **RAVETLLAT, Isaac (2012):** “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educatio siglo XXI* (Vol. 30 N° 2), pp. 89-108.
28. **RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto (2015):** “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 42 N° 3), pp. 903 - 934.
29. **RÍOS, Víctor (2016):** *La prescripción extintiva en la etapa de ejecución de la relación jurídica alimentaria*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (tesis de grado).
30. **SCHAUER, Frederick (1991):** *Playing by the Rules* (Oxford: Clarendon Law Series).
31. **STUVEN, Ana (2015):** “La Iglesia católica chilena en el siglo XIX. Encuentros y desencuentros con la modernidad filosófica”, en *Teología y vida* (Vol. 56, N° 2), pp. 187-217.
32. **VODANOVIC H., Antonio (2004):** *Derecho de alimentos* (Santiago, LexisNexis).

Jurisprudencia citada

1. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 377-2008, de 13 de junio de 2008.
2. Corte Suprema, rol N° 6225-2018, de 29 de octubre de 2018.
3. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 459-2014, de 3 de junio de 2014.
4. Corte Suprema, rol N° 5558-2013, de 17 de diciembre de 2013.
5. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3104-2015, de 8 de febrero de 2016.
6. Corte Suprema, rol N° 5558-2013, de 17 de diciembre de 2013.
7. Corte Suprema, rol N° 5558-2013, de 17 de diciembre de 2013.
8. Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N°178-2016, de 12 de mayo de 2016.
9. Corte Suprema, rol N° 22916-2018, de diciembre de 2019.

