

La familia extendida en Chile: Un reconocimiento del rol de los abuelos en beneficio del interés superior del niño

The extended family in Chile: A recognition of the role of grandparents in the best interest of the child

Constanza Astudillo Meza

Universidad Santo Tomás, Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: castudillom@santotomas.cl. <https://orcid.org/0000-0001-9796-3492>.

Camila Astudillo González

Universidad Santo Tomás, Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: castudillo3@santotomas.cl. <https://orcid.org/0000-0002-1365-6776>.

Recibido el 01/06/2021

Aceptado el 25/11/2021

Publicado el 31/12/2021

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-03>

RESUMEN: La constitución de la familia ha variado considerablemente en las últimas décadas, dando paso a nuevas formas de familia como consecuencia del cambio de roles que sus miembros han experimentado en la sociedad. La concepción matrimonial de la familia, compuesta por un padre, una madre y sus hijos ha sido superada, lo que ha supuesto un desafío para

ABSTRACT: The constitution of the family has changed considerably in recent decades, giving way to new forms of family as a result of the role changes that its members have experienced in society. The matrimonial conception of the family, composed of a father, a mother and their children, has been surpassed, which has meant a challenge for our legal system, in order to recognize this

nuestro ordenamiento jurídico, en orden a reconocer esta nueva realidad social. En este contexto y desde el área jurídica, surge la noción de familia extensa con una intensa participación de los abuelos en el rol de crianza, cuyo contenido pretendemos estudiar en esta investigación. De este modo, el trabajo abordará la noción de familia e instituciones que realizan un reconocimiento jurídico a los abuelos.

PALABRAS CLAVE: Familia extendida, abuelos, interés superior, niñas, niños y adolescentes.

new social reality. In this context and from the legal area, the notion of the extended family arises with an intense participation of grandparents in the role of upbringing, whose content we intend to study in this research. Thus, the work will address the notion of family and institutions that give legal recognition to grandparents.

KEY WORDS: Extended family, grandparents, best interest of the child, children and adolescents.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad en la sociedad chilena encontramos un número considerable de abuelos que participan en la crianza de sus nietos, volviéndose adultos significativos en el tránsito de la niñez a la adolescencia. Las razones materiales que provocan que sean estos ascendientes los que de facto asumen el cuidado personal de sus nietos obedece al número de mujeres que detentan unilateralmente el cuidado personal de sus hijos, y que deben conciliar este rol con las obligaciones laborales, sin que exista una figura paterna, o si existe su presencia es en menor medida. El panorama descrito anteriormente nos conduce a la idea de familia extensa, que trataremos en este trabajo, y cómo en los hechos esta aparece como una estructura familiar cada vez más reconocida por el Derecho chileno, en diversas instituciones del derecho de familia. Además, esta vinculación es una manifestación concreta del interés superior, en su variante de principio. Esta investigación es descriptiva y teórica, pues pretende exponer una realidad jurídica desde la dogmática, a través de la revisión de doctrina y jurisprudencia pertinente.

II. LA FAMILIA

El vocablo familia es de uso frecuente para la comunidad, sin embargo, es un concepto polisémico, y para precisarlo es necesario determinar el “*contexto del discurso comunicativo en el que lo queremos emplear*”.¹ Por esta razón resulta interesante estudiarlo, no solo desde la perspectiva social, pues es sabido que su constitución ha cambiado con el paso de las décadas, sino también desde la perspectiva jurídica, pues la evolución de la familia también impacta al derecho, ya que este núcleo de la sociedad no solo ha mutado en cuanto a su composición, sino también a la forma de vincularnos, lo que incide directamente en la creación de nuevas relaciones jurídicas que deben ser reglamentadas por el ordenamiento jurídico. En esta senda, la familia como objeto de estudio ha dado origen en Chile a refor-

¹ CORRAL (2015), p. 22.

mas legales importantes, que se han ocupado de regular la situación de los individuos especialmente considerados que la componen y no a la familia en sí misma (padres, hijos, madres). De este modo y siguiendo a Domínguez Hidalgo, la tendencia legislativa se ha encaminado a “regular sus componentes de manera separada y a tratar a los miembros de la familia como seres autónomos e independientes”,² lo que a nuestro juicio no afecta a lo que debemos entender por familia.

A) Concepto de familia

Conceptualizar el vocablo familia es complejo, pues ésta puede ser estudiada de distintas disciplinas, y tantas disciplinas existen como definiciones. Para efectos de esta investigación abordaremos un concepto desde la sociología y otro desde el derecho. Así las cosas, desde un enfoque sociológico y tomando en consideración las formulaciones de esta ciencia social desde los años 50', podemos entender a la familia “como un organismo cultural viviente que evoluciona por adaptación del ambiente. La familia es vista como una institución, que, aunque creada por la sociedad responde a necesidades naturales”.³ Por otro lado, desde un planteamiento funcional, la familia es pensada como “una estructura de estatus y roles en la que deben desempeñarse funciones especializadas, asignada por la sociedad”.⁴

Desde el ámbito jurídico, y particularmente en el “derecho chileno no se ha contemplado una definición o concepto de familia, salvo la remota y limitada referencia contenida en el artículo 815 del Código Civil, con ocasión de la regulación de los derechos de uso y habitación”.⁵ Sin embargo, desde el año 2019 la ley N° 21.150 que crea el Ministerio de Desarrollo Social y las Familias la define como “núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”.⁶ Podemos afirmar que ambos conceptos se relacionan, pues en ambas ciencias se destaca que la familia no es producto de alguna autoridad, sino de la naturaleza misma del hombre, y es el poder público “el que la reconoce mediante la elaboración de normas jurídicas, y las reglas seguidas inconscientemente en el hábito, el uso y la costumbre”,⁷ de ahí radica la importancia del Derecho en ésta.

B) Nuevas formas de familia

La estructura familiar ha variado con respecto a su forma más tradicional inspirada en la familia nuclear matrimonial (padre y madre). En la actualidad existe gran variedad de arreglos familiares, de este modo “las personas pueden optar por vivir solas, en parejas sin hijos, en hogares monoparentales, en uniones consensuales, en uniones homoparentales. Se sabe de un creciente número de familias

² DOMÍNGUEZ (2005), p. 214.

³ GONZÁLEZ (2009), p. 513.

⁴ GONZÁLEZ (2009), p. 543.

⁵ DEL PICÓ (2011), p. 35.

⁶ Ley N° 21.150, de 2019.

⁷ ESPINOZA (2017), p. 224.

recompuestas (parejas que se unen y traen sus hijos de uniones anteriores y de otros padres), así como de familias a distancia, producto de las migraciones de alguno de sus integrantes, pero cuyo peso se desconoce porque no es posible inferir su magnitud a partir de la información de censos de población y de encuestas de hogares”.⁸ En este contexto, y bajo el escenario de nuevas formas de familia, no podemos dejar de mencionar que el rol de la mujer ha influido notoriamente en el nacimiento de nuevas estructuras familiares. Lo anterior, pues pasó de tener un papel exclusivo de jefa de hogar a insertarse al mercado laboral, lo que trajo consigo la aparición de familias con doble ingreso, pero también con roles compartidos. Dentro de las razones que permiten explicar la división de roles se encuentra “la ideología democrática de igualdad de derechos que comenzó a extenderse junto con los estudios realizados por investigadores feministas (mujeres y hombres) que hicieron visible la amplitud de los roles de la mujer”;⁹ hacemos mención a la idea de roles, pues las representaciones que tenemos acerca de lo “masculino o femenino, las expectativas de rol -comportamiento socialmente esperado para un hombre o mujer- y la conducta, no están determinados biológicamente. Más bien, corresponde a un orden construido sobre lo que culturalmente se considera ser hombre o mujer”.¹⁰ De esta manera es la sociedad la que tradicionalmente ha determinado que en este orden las mujeres deban ocuparse de tareas asociadas a lo doméstico, o a labores de cuidados, desplazándolas de actividades laborales remuneradas. Sin embargo, progresivamente se ha ido abandonado esta creencia y en la actualidad es común que las mujeres desarrollen una actividad laboral, y que deban compatibilizar el ámbito de vida personal con la vida profesional y en la búsqueda de lograr este equilibrio y armonía, aparecen los abuelos, quienes se constituyen en el principal apoyo para la crianza de los hijos de madres que desean y deben desarrollarse en el mundo del trabajo. Los abuelos y abuelas no solo son los principales coadyuvantes en el cuidado y educación de los niños, niñas, y adolescentes (en adelante NNA) cuyas madres, padres o ambos trabajan, sino que se constituyen en un referente de protección, inclusive muchas veces viven con sus nietos e hijos dando origen a la familia ampliada o extensa constituida por ambos progenitores y sus hijos, además de los parientes consanguíneos, tanto en la línea recta como en la colateral y, si existe vínculo matrimonial entre los padres, conformada, también, por los afines.¹¹

Esta estructura familiar en los hechos ha existido siempre en la sociedad chilena, pero no ha tenido el debido reconocimiento jurídico, a pesar de que “los abuelos deben considerarse como parientes privilegiados, ello por la proximidad e importancia de éstos para el desarrollo del niño”.¹² Por lo anterior revisaremos instituciones del derecho chileno, que corresponden a efectos de la filiación, como lo son el cuidado personal, relación directa y regular y familias de acogidas en las que el legislador nacional indirectamente le ha otorgado a los abuelos un reconocimiento reglamentario, así como también la obligación de los abuelos de proveer -aunque de forma subsidiaria- a las necesidades de sus nietos.

⁸ ARRIAGADA (2007), p. 13.

⁹ CEBOTAREV (2003), p. 1.

¹⁰ FUENTEALBA et al (2020), p. 30.

¹¹ QUINTANA (2015), p. 20.

¹² PINOCHET (2011), p. 594.

III. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS ABUELOS EN EL DERECHO DE CHILENO

A) Relación directa y regular

La relación directa y regular, según el artículo 229 del Código Civil, es *“aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no detenta o ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”*.¹³ Desde un punto de vista doctrinal, podemos señalar siguiendo a Gómez de la Torre que la “relación directa y regular” puede ser entendida como un *“derecho-deber que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, en procura del desarrollo afectivo, emocional y físico, así como de la consolidación de la relación paterno filial”*.¹⁴ Al tener una naturaleza jurídica de derecho-deber, implica que no solo constituye una facultad del adulto responsable sino que es un derecho del NNA, pues estos son sujetos de derecho y como tal titulares del derecho a mantener una relación directa y regular con su referente. En este sentido reflexiona la Corte de Apelaciones de Coyhaique indicando que la relación directa y regular *“no es un privilegio del padre o madre o abuelos que no viven en compañía de su hijo o nieto, sino que es también un derecho de este último, porque el desarrollo de su autonomía progresiva e integral exige mantener un régimen de comunicación fluida y filial con ambos padres y también con sus abuelos”*.¹⁵

Pueden ser titulares de la relación directa y regular, no solo el padre no custodio, sino también los abuelos, y si bien los tribunales de familia han regulado este tipo de contacto casi de manera natural, la consagración legal de su titularidad se explicita con la Ley N°20.680.¹⁶ De este modo de manera expresa se reglamenta en el artículo 229-2 del Código Civil el derecho-deber de mantener una relación directa y regular en los siguientes términos: *“El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con los abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendiendo al interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229”*.¹⁷ De la norma, se desprende que el interés del hijo es el factor determinante para conceder este régimen de relación directa y regular, que por lo demás es autónomo e independiente del que corresponde al padre no custodio. Así las cosas, podemos concluir que: el régimen de relación directa y regular decretado en favor de los abuelos es independiente y diverso al establecido en favor del padre/madre no custodio y se concederá en la medida que resulte en beneficio y provecho del NNA. Lo anterior ha sido reconocido por la Corte Suprema, que ha indicado que *“se dispone que la prerrogativa de mantener una relación directa y regular con sus abuelos, corresponde a un régimen autónomo y diferente al anterior, en cuanto derecho que les corresponde a los hijos, y no una facultad de los abuelos, no obstante que su regulación judicial se sujeta a los criterios del inciso tercero de artículo 229 del Código Civil”*.¹⁸

¹³ DFL 1, de 2000.

¹⁴ GÓMEZ DE LA TORRE (2014), p. 45.

¹⁵ N.R.H con A.L.G (2015).

¹⁶ Ley N°20.680, de 2013.

¹⁷ DFL 1, de 2000.

¹⁸ H.G.C con J.I.A (2019).

La importancia y aporte de los abuelos en la crianza y bienestar de los NNA es innegable, pues es una manifestación del derecho de estos a la vida familiar, y al derecho a la identidad, el cual es un proceso de construcción activo,¹⁹ y que se da de manera progresiva, y evolutiva, por lo que las experiencias de la niñez son determinantes para forjar la identidad, pues este derecho comprende la historia personal desde el nacimiento, su raza, cultura, religión, lengua, apariencia física, habilidades, identidad de género y orientación sexual.²⁰ En este orden de ideas la identidad se forja durante toda la vida por lo que resulta determinante la influencia que pueden tener los abuelos que participan en la crianza de sus nietos, pues el derecho a la identidad implica *“si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”*.²¹

En relación a lo expresado, debemos indicar que el reconocimiento del legislador de la titularidad de los abuelos a mantener una relación directa y regular con sus nietos, contribuye a garantizar no solo el mejor interés para los NNA que se materializa en este caso en concreto en tener un vínculo afectivo con sus parientes, destacando de esta forma, el papel central de la familia y de la vida familiar en la existencia de la persona y a fomentar el hecho de mantener el contacto periódico pese a la ruptura amorosa de los padres. Por lo anterior, creemos que lo que justifica el reconocimiento de los abuelos y abuelas como sujetos legitimados para solicitar la regulación de un régimen de relación directa y regular, no es el simple lazo de parentesco, sino la relación afectiva que se origina, así *“lo que se presume iuris tantum es el cariño y afecto en esta relación intergeneracional que contribuye al pleno desarrollo de los niños, pero también de los abuelos”*.²² De esta manera, podemos observar que la familia ha pasado de ser considerada por la legislación chilena *“como una institución fundada exclusivamente en la existencia del vínculo matrimonial, destinada a crear un marco único e indisoluble que permita la procreación y crianza de los hijos, a constituir un espacio definido por la existencia de vínculos de afectividad y solidaridad entre sus miembros”*.²³

B) Cuidados personales

El cuidado personal de los hijos –también conocido como tuición o guarda y custodia– se refiere a los cuidados y atenciones diarias y habituales del NNA, y habilita al ejerciente para tomar por sí solo las decisiones corrientes que se refieran a él.²⁴ Por regla general, la titularidad de los cuidados personales corresponde a los padres, dependiendo su ejercicio de su situación convivencial: si viven juntos, este cuidado personal se ejercerá de consuno, y si viven separados, les corresponderá a ambos o a uno de ellos a través de un acuerdo; a falta de acuerdo, se atribuye este cuidado personal de facto al padre o madre con quien estén conviviendo.²⁵ Sin perjuicio de lo anterior, cuando las circunstancias así lo re-

¹⁹ QUIROGA ET AL (2021), p. 3.

²⁰ LATHROP Y ESPEJO (2015), p. 406.

²¹ RAVETLLAT (2018), p. 421.

²² ESPADA (2015), p. 75.

²³ OBRADOR (2014), p. 283.

²⁴ DEL PICÓ (2016), p. 487.

²⁵ ACUÑA (2016), p. 1.

quieran y el interés superior del niño así lo aconseje, el juez decidirá a qué padre le corresponde ejercer este cuidado, todo ello de conformidad a lo indicado en los arts. 224 y siguientes del Código Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, el art. 226 inciso primero del Código Civil admite la posibilidad de que el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, pueda confiar su cuidado a otra persona competente, velando desde luego por el interés superior del niño y basándose para ello en los criterios del art. 225-2 del Código de Bello. Estos terceros competentes –que pueden ser parientes o extraños–, asumen los cuidados personales de forma completamente excepcional, en aquellos casos en los que existe una inhabilidad física o moral de ambos padres, tal y como indica la norma *supra* señalada. Para tales efectos, es menester acreditar que existen circunstancias graves que configuren la inhabilidad física o moral, basándose para ello en lo dispuesto en el art. 42 de la Ley de Menores.

Así las cosas, la norma en comento regula las inhabilidades que deben concurrir en ambos padres para efectos de trasladar los cuidados personales a un tercero, prescribiendo que: *“Para el solo efecto del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4.º 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.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”*.²⁶ Estos hechos constituyen una presunción de inhabilidad física o moral, por lo tanto al fijar los hechos a ser probados en el juicio, el juez deberá considerarlo y exigir prueba sobre cualquiera de ellos.²⁷

Adicionalmente, es pertinente señalar que la atribución judicial de los cuidados personales a un tercero se realiza a partir de la ponderación de la prueba que acredite dicha inhabilidad, considerando que se trata de una decisión que separará a los niños de sus padres, cuestión que es especialmente delicada de conformidad a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuerpo normativo internacional que promueve la no separación de la familia, excepto cuando dicha separación sea necesaria a la luz del interés superior del niño (art. 9.1 de la CND). Por lo anterior, el tercero solicitante recibe la carga de acreditar su propia habilidad o competencia para asumir los cuidados personales, de lo que fluye que la sola inhabilidad de los padres no es suficiente para trasladar los cuidados personales del niño a un tercero, debiendo además acreditarse que este nuevo cuidador sí posee las competencias requeridas.²⁸

Desde luego que serán competentes para conocer los asuntos relativos a los cuidados personales de menores los tribunales de familia, de conformidad a lo dispuesto en el art. 8 N°1 de la Ley que crea los

²⁶ Ley N° 16.618, de 1967.

²⁷ RODRÍGUEZ (2017) p. 335.

²⁸ ACUÑA (2016), p. 2.

Tribunales de Familia (Ley 19.968), debiendo el juez tener en especial consideración, al momento de resolver, el interés superior del niño, sin perjuicio de tener en cuenta además su opinión, en función de su edad y madurez, todo ello según se indica en los artículos 242 inciso 2 del Código Civil, art. 85 de la Ley de Matrimonio Civil, y art. 16 de la Ley 19.968.

Para la elección de estas personas, hasta octubre del año 2015 el artículo 226 inciso segundo prescribía que se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes;²⁹ sin embargo y tras la modificación introducida por la Ley 20.830, se ha ampliado el espectro de posibilidades incorporando al cónyuge o conviviente civil del padre o madre, según corresponda, alterando la posición de privilegio que detentaban hasta entonces los abuelos, ello desde luego que contrastado con lo que ordene el interés superior del niño.³⁰

Así las cosas, en la actualidad se admite que los abuelos sean terceros aptos para detentar los cuidados personales de NNA, siempre y cuando ambos padres posean una inhabilidad física o moral que les impida su ejercicio, y en la medida que cuenten con las habilidades e idoneidad suficiente para cumplir su rol cuidador.

C) Las familias de acogida

Las familias de acogida constituyen un programa o modelo de cuidado alternativo de larga data en nuestra legislación. Sus orígenes se encuentran en los años '80, a través de la institución de las "Colocaciones Familiares", que buscaban otorgar protección temporal a aquellos menores de edad a través de su red familiar extensa, evitando su internación en centros residenciales mientras se resolvía alguna situación de vulnerabilidad que les afectasen. Esta modalidad es modificada el año 2015, adquiriendo el nombre de FAE PRO (cuyas siglas significan Familia de Acogida Especializada con Programa Adosado de Protección). Estos programas tienen una vocación esencialmente transitoria,³¹ toda vez que los NNA son integrados a otro grupo familiar mientras se trabaja en la reparación del daño provocado con ocasión de las vulneraciones que los han separado de sus padres, siempre a través de una decisión judicial. Cabe resaltar que el mantenimiento del cuidado y guarda del niño dentro de su propia familia ampliada es particularmente respetuoso del derecho a la familia y a la identidad del niño, y facilita el restablecimiento futuro del niño a la vida familiar con sus progenitores, fin al que están orientadas las medidas especiales de protección de carácter temporal.³²

El fundamento legal de esta institución guarda íntima relación con lo dispuesto en el art. 20 de Convención sobre los Derechos del Niño, obligando a los Estados Parte a garantizar protección y asisten-

²⁹ En este mismo sentido véase: TRONCOSO (2017), p. 308.

³⁰ DEL PICO (2016), p. 501.

³¹ En Chile, se considera a las familias cuidadoras o familias de acogidas, como una medida de protección transitoria de NNA privados de su entorno familiar, que les proporciona los cuidados necesarios mientras este lo requiera, ya sea para regresar al cuidado de su familia de origen, o bien, si ello no es posible, o atenta contra su interés superior, pueda ser adoptado. EN TRUFFELLO (2019), p. 3.

³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019), p. 120.

cias especiales a los niños que temporalmente o permanentemente deban ser separados de su medio familiar.

Las familias de acogida pueden tener el carácter de extensas o bien de externas, según exista o no un lazo de consanguinidad entre el cuidador y el niño o niña, siendo las primeras las de más amplio porcentaje en nuestro país. A partir de un estudio realizado por el Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño, dentro del primer grupo se encuentra como principal cuidadora precisamente la abuela, con un 53,9%. Estas estadísticas no son casuales, pues según indica la Convención Internacional de Derechos del Niño, debe priorizarse siempre la entrega de éstos a sus parientes consanguíneos o personas que posean vínculos afectivos con ellos, ello desde luego con la intención de dar cumplimiento a su derecho al entorno familiar y comunitario. Así las cosas, y sólo en el evento que no exista la posibilidad de mantener al menor de edad dentro de su entorno familiar o comunitario, se decretará como medida de cuidado alternativo una familia de acogida externa, señalando en este sentido la Corte Suprema que “(...) no concurriendo circunstancias que lo justifiquen, ni habiéndose establecido la conveniencia en razón del interés superior de la niña de preferir a terceros por sobre sus propios parientes consanguíneos, debe entregarse su cuidado personal a éstos (...)”.³³ Del mismo modo que ocurre cuando se trasladan los cuidados personales a los abuelos, en la decisión de entregar a un menor de edad a una familia de acogida deben ponderarse siempre las capacidades parentales de quienes asumirán el rol de cuidador, a efectos de alcanzar relativa certeza en lo que respecta a la mayor satisfacción de sus derechos y necesidades, siempre a la luz del interés superior del niño, de acuerdo a lo prescrito en el art. 74 de la Ley de Tribunales de Familia, en concordancia con el art. 9 de la Convención.

Se debe resaltar que su naturaleza es de una institución de carácter cautelar, pues opera como una medida de protección de los NNA que han sido vulnerados en su derecho, en específico, su derecho de vivir en familia. Lo anterior se obtiene aplicando los artículos 71 letra C de la LTF y del artículo 30 N° 2 de la ley de menores, pues la ley que incorporo las familias de acogida no desarrolla en ninguna de sus normas “la forma en que se concreta, así como tampoco regula sus plazos ni tampoco sus efectos”.³⁴

D) Los abuelos y el derecho de alimentos respecto de sus nietos

Como es sabido, no existe una definición legal de derecho de alimentos. Sin perjuicio de lo anterior, es posible extraer algunas luces a partir de lo dispuesto en el art. 323 del Código Civil, que incorpora las ideas de “subsistencia modesta” y de “posición social” como elementos de este derecho. Por su parte y en el sentido gramatical de la palabra, la Real Academia Española define los alimentos en su sexta acepción, refiriéndose a ellos como una prestación debida entre parientes próximos cuando quien la recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades. Estas necesidades, como apunta GÓMEZ, incluyen “la alimentación, la vestimenta y la habitación, como lo preciso para que la persona que los

³³ H.G. C. con J.I.A (2019).

³⁴ RODRÍGUEZ (2020) p. 287.

*solicita pueda desarrollarse espiritual y materialmente, lo que abarca la educación y la salud, también actividades recreativas y de esparcimiento, por lo tanto, la obligación de proporcionar alimentos no solo tiene por finalidad conservar o mantener la vida física de la persona del alimentario sino también propender a su desarrollo intelectual y moral”.*³⁵

En cuanto a su regulación, esta se encuentra radicada principalmente en el Código Civil, sin perjuicio de la legislación especializada de tipo familiar, como lo es la Ley 14.908,³⁶ y todos aquellos tratados internacionales que lo elevan a la categoría de derecho humano. Ahora bien, particularmente en lo que respecta a los abuelos, su titularidad como deudores se consagra en el art. 321 N°2 del Código Civil, al disponer que se deben alimentos a los descendientes, categoría dentro de la cual se encuentran desde luego que no sólo los padres, sino que también los abuelos y los bisabuelos.³⁷ Esta obligación legal también se encuentra contenida, como señalábamos, en el art. 3 de la Ley 14.908, que dispone que *“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 art. 232 del Código Civil”*, norma que a su vez prescribe que *“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”*.

Como se aprecia, los abuelos cumplen una función subsidiaria en cuando a la responsabilidad de pagar alimentos a sus nietos, siendo los padres los obligados principales, debiendo por tanto los abuelos responder únicamente en caso de insuficiencia de la obligación principal de aquellos. Ahora bien, considerando que tanto los abuelos como los padres tienen la calidad de ascendientes respecto del alimentario, todos se encuentran obligados por un mismo título y, por lo tanto, el juez deberá distribuir la obligación en proporción a las facultades económicas de cada uno.

Así las cosas, tal y como apunta GARRIDO, la naturaleza de la obligación alimenticia de los abuelos tiene el carácter de subsidiaria y simplemente conjunta, y por ende será no solidaria ni indivisible, ello en atención a que un abuelo demandado al pago de la pensión alimenticia de sus nietos sólo debe pagar la cuota que le corresponde en la obligación alimenticia, subsistiendo la posibilidad de solicitar la suspensión o el cese de la obligación acreditando que el padre o madre del NNA posee los bienes que permiten solventar el pago de la misma.³⁸ A mayor abundamiento, y como indica NÚÑEZ, tratándose de una obligación simplemente conjunta, *“es posible y no resulta incompatible con este carácter, que los abuelos resulten obligados en una proporción o cuota que, unida a la del deudor directo, resulte insuficiente para cubrir las necesidades del alimentario, hecho que no importa solidaridad”*.³⁹

³⁵ GÓMEZ (2017), p. 19.

³⁶ Ley 14.908, de 1962.

³⁷ GARRIDO (2014), p. 149.

³⁸ GARRIDO (2014), pp. 154-155.

³⁹ NÚÑEZ (2013), p. 58.

Finalmente, adherimos a las ideas planteadas por GÓMEZ,⁴⁰ quien reflexiona sobre los cambios que ha experimentado la sociedad chilena y puntualiza que el aumento acelerado de los hogares con una madre sola con hijos, sumado a su requerimiento del pago de una pensión de alimentos que permita una crianza y subsistencia digna, tiene como contrapartida una innegable realidad: muchos padres no asumen sus obligaciones, evadiendo el pago de las pensiones de alimentos, haciéndose necesario que frente a esta insuficiencia la obligación alimenticia se traspase a los abuelos, con el dilema ético que significa hacerles responder por la irresponsabilidad de los hijos mayores. No debe perderse de vista que la situación actual de los adultos mayores es compleja; tienen dificultades para subsistir, ha aumentado la expectativa de vida, las pensiones de vejez son bajas y ellos también tienen necesidades básicas de supervivencia que deben cumplir, entre ellas su propia alimentación y la adquisición de medicinas, las que deben compatibilizar -en ocasiones como la descrita- con una participación más activa en la crianza de sus nietos.

VI. CONCLUSIONES

La noción de familia ha variado considerablemente durante las últimas décadas. La idea de la familia nuclear constituida por el padre y la madre unidos por vínculo matrimonial ha sido reemplazada por arreglos familiares que han dado origen a las nuevas formas de familia. El cambio se produjo con ocasión de una serie de cambios sociales que guardan relación con el rol de la mujer en la comunidad, quien en los últimos años ha abandonado la función netamente parental y de crianza para dedicarse a perseguir fines profesionales y de índole laboral.

Lo anterior ha modificado la forma en la que se vincula la familia, dando origen a nuevas estructuraciones en las que la familia extensa e incluso terceros asumen un rol más protagónico en la crianza de NNA, para efectos de asistir a los padres y madres que hoy emplean en funciones laborales el tiempo anteriormente destinado a las labores de crianza.

Para lograr el equilibrio y armonía entre la vida profesional y familiar de los padres, surgen los abuelos como principal apoyo para tales labores, constituyéndose como un referente de protección e incluso, en ciertos casos, como familia ampliada. Esta situación no es nueva en la sociedad chilena, y si bien no ha gozado de amplio reconocimiento jurídico, existen ciertas instituciones que buscan dar regulación a su participación en la vida de sus nietos.

En lo que respecta al régimen de relación directa y regular, se admite la vinculación entre los NNA y sus abuelos como el reconocimiento a un derecho de los primeros, justificando su procedencia en el desarrollo de su autonomía progresiva e integral, la que sólo podría producirse a través de un régimen de comunicación fluida con sus ascendientes directos. Se trata, entonces, de un derecho autónomo e independiente del que posee el padre no custodio y se concederá en la medida que sea beneficioso para el NNA.

⁴⁰ GÓMEZ (2017), pp. 16-17.

En cuanto a los cuidados personales de NNA, nuestro legislador se encuentra llano a admitir que terceros distintos de los padres asuman su tuición, debiendo para ello cumplirse con dos requisitos fundamentales: el primero, que ambos padres se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer los cuidados personales de sus hijos; segundo, que el tercero en cuestión cuente con las competencias y habilidades necesarias para ejercer la función de cuidado, garantizando así el pleno ejercicio y protección de los derechos y necesidades de los menores de edad involucrados, según dispone el interés superior del niño. Estos terceros, desde luego, pueden ser los abuelos, no obstante, su posición de privilegio respecto de otros intervinientes cesó con la modificación del art. 226, incorporándose la figura del cónyuge o conviviente civil del padre o madre como posibles candidatos.

Respecto de las familias de acogida, se trata de programas con vocación transitoria que suponen el ingreso de NNA a otro grupo familiar, mientras paralelamente se trabaja en la reparación del daño que justificó la separación de éstos respecto de su grupo familiar. La familia de acogida tendrá el carácter de extensa si el cuidador tiene vínculos de consanguinidad con el NNA, y será externa si este vínculo no existe. Las abuelas son en un 53,9% de los casos, quienes cumplen este rol. Huelga señalar, desde luego, que tal y como hemos indicado en el punto anterior, la decisión de separar a un menor de edad de su familia de origen es una medida de excepcionalidad, y se adoptará por decisión judicial en la medida que con ello se alcance la mayor satisfacción de sus derechos y necesidades.

En lo que respecta a la obligación alimenticia, los abuelos son deudores respecto de sus nietos en lo que respecta al pago de la pensión alimenticia, obligación que tiene el carácter de legal, subsidiaria y simplemente conjunta respecto de los deudores principales, que son precisamente los padres –sus hijos–.

Finalmente, puede concluirse que la familia ha pasado de ser considerada por la legislación chilena como una institución fundada exclusivamente en el matrimonio, a constituir un espacio definido por la existencia de vínculos de afectividad y solidaridad entre sus miembros.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina Citada

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2016): *Rol de interés superior de los niños en la atribución de su cuidado personal a un tercero*. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/09/26/Rol-del-interes-superior-de-los-ninos-en-la-atribucion-de-su-cuidado-personal-a-un-tercero.aspx> [Fecha de última visita: 31 de mayo de 2021].
- ARRIAGADA, Irma (2007) “Familias latinoamericanas: cambiantes, diversas y desiguales”, en *Papeles de Población* (vol.13, núm.53).
- CEBOTAREV, Nora (2003): “Familia, Socialización y nueva paternidad”, en: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* (vol.1, núm.2).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013): “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, en: *Informe elaborado en por*

- convenio entre UNICEF y la CIDH, (núm.54/13).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019): *Estudio de Revisión y Análisis de Programas de Familia de Acogida*, Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/sites/unicef.org.chile/files/2019-12/UNICEF-WD-Estudio-Familias-de-Acogida.pdf> [Fecha de última visita: 31 de mayo de 2021].
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2016): *Derecho de Familia*, 2ª edición, (Santiago, Editorial Thomson Reuters La Ley).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2015): “¿Del Derecho de Familia a un Derecho de Familias?”, en: *Revista de Derecho de Familia* (vol. 2, núm. 6).
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2011): “Evolución y actualidad de la concepción de familia: una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno” en: *Ius et Praxis* (vol.2, núm. 17).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): “Los principios que informan el Derecho de Familia Chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 32, núm. 2).
- ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2015): “El impedimento del ejercicio del derecho a una relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad”, en *Revista de derecho (Valdivia)* (vol. 28, núm.2).
- ESPINOZA COLLAO, Álvaro (2017): “¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar”, en: *Tla-melaua* (vol. 10, núm.41).
- FUENTEALBA CARRASCO, PABLO et al (2020): “Algunas variables que influyen en las representaciones de género en el poder judicial de Chile”, en: *Revista CES Derecho* (vol. 11, núm. 1).
- GARRIDO, Carlos (2014): *Derecho de alimentos*, 1ª edición. (Santiago, Editorial Metropolitana).
- GÓMEZ, Maricruz (2019): “Interpretación jurisprudencial de la obligación alimenticia de los abuelos”, en: *Revista de Ciencias Sociales* (núm. 74).
- GONZÁLEZ, Noé (2009): “Revisión y renovación de la sociología de la familia”, en: *Espacio Abierto* (vol. 18, núm.3.).
- LATHROP, Fabiola y ESPEJO, Nicolás. (2015): “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (vol. 22, núm.2).
- NÚÑEZ, Carlos. (2013): “La obligación de alimentos de los abuelos. Estudio Jurisprudencial y Dogmático”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 21).
- OBRADOR, María José y CORNEJO, Pablo (2014): “El derecho de Familia en Chile: Evolución y nuevos desafíos” en: *Ius et Praxis*, (vol.20, núm. 1).
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011): “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en: CORRAL TALCIANI, Hernán (coordinador), *Estudios de Derecho Civil*. Tomo V (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- QUINTANA VILLAR, María Soledad (2015): *Manual de Derecho de Familia*, 2º edición (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- QUIROGA, Flor et al. (2021): “Identidad personal en niños y adolescentes: estudio cualitativo”, en: *Revista Latinoamericana De Ciencias Sociales, Niñez Y Juventud*, (vol. 19, núm.2).
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2018): “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile” en: *Ius et Praxis*, (vol. 24, núm.1).

- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017): *Manual de Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ ALFARO, María Isabel (2020): “Algunos problemas en torno a la duración del acogimiento familiar”, en MORALES ORTIZ, María Elisa y MENDOZA ALONZO, Pamela (coordinadoras), *Estudios de Derecho Privado. II Jornada Nacionales de Profesoras de Derecho Privado* (Santiago, Ediciones DER).
- TRUFFELLO GARCÍA, Paola (2019): *Regulación de las familias de acogida en relación con la adopción. Ejemplos de la legislación extranjera*. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27681/2/BCN_Familias_acogida_comparado.pdf.VF.pdf [Fecha de última visita: 31 de mayo de 2021].
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán (2017): *Derecho de Familia*, 16ª edición, (Santiago, Thomson Reuters).

Jurisprudencia citada

- N.R.H con A.L.G (2015): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 05 de septiembre de 2015, rol 24-2015.
- M.C.G con M.C.C (2019): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 21 de noviembre de 2019, rol 423-2019.
- H.G.C con J.I.A (2019): Corte Suprema, de 21 de octubre de 2020, rol 41.153-2019.

Legislación citada

- Ley Nº 16.618, que fija el texto definitivo de la Ley de Menores, 08 de marzo de 1967.
- Decreto Nº830, que promulga la Convención sobre los Derechos del Niño, 27 de septiembre de 1990.
- DFL Nº1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 16 de mayo de 2000.
- Ley Nº 19.968, que crea los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004.
- Ley Nº 20.530, que crea el Ministerio de Desarrollo Social y la Familia, 16 de abril de 2019.