

INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL POR PARTE DEL PROGENITOR NO CUSTODIO Y SU SANCIÓN EN EL ARTÍCULO 49 BIS DE LA LEY DE MENORES¹⁻²

NON-COMPLIANCE WITH THE PRINCIPLE OF PARENTAL CO-RESPONSIBILITY BY THE NON-CUSTODIAL PARENT AND ITS SANCTION IN ARTICLE 49 BIS OF THE LAW ON MINORS

Alexis Mondaca Miranda*

Resumen:

Salvo circunstancias particulares, el mejor escenario para un niño, niña o adolescente es ser criado en el seno de una familia con la presencia de ambos progenitores. Lamentablemente, la realidad nos demuestra que, con cierta frecuencia, dicho escenario no se concreta. Sin perjuicio de lo indicado, corresponde a los progenitores el ejercicio de las funciones parentales, de forma tal que ambos se constituyan en agentes activos en el logro del bienestar de su descendencia. En el caso de nuestro país, es sabido que en

1 Artículo recibido el 13 de mayo de 2025 y aceptado el 22 de julio de 2025.

2 Investigación desarrollada en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N°1220037, titulado “Relaciones entre el principio del interés superior, el libre desarrollo de la personalidad, y el ejercicio de la relación directa y regular en las salidas prolongadas o definitivas al extranjero de madres acompañadas de sus hijos y/o hijas”, del cual el autor es investigador responsable.

* Doctor en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Académico de la Facultad de Derecho de la U.de Tarapacá. Integrante del Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (OD-NNA) de la U. de Tarapacá.  0000-0002-6559-4124. Dirección postal: Cardenal Caro 348, Arica. Correo electrónico: amondacam@academicos.uta.cl.

muchas ocasiones el mayor peso de la labor de crianza recae en las madres custodias, en tanto que, los padres, poseen una mínima intervención en ello o, peor, pasan a ser progenitores completamente ausentes.

Un punto particularmente triste está dado por los casos que los padres ni siquiera cumplen con lo requerido por el régimen comunicacional, lo que conduce a un severo abandono de sus hijos y/o hijas. Lo anterior no puede pasar desapercibido para el Derecho, el que, fundamentalmente, puede sancionar al progenitor que incurra en dicha conducta. En este contexto, una de las sanciones está regulada en el artículo 49 bis de la Ley de Menores, precepto que permite al juez otorgar una petición de salida del país presentada por la madre custodia, pero, además, le permite al sentenciador autorizar futuros viajes de la madre acompañada de sus hijos y/o hijas, respecto de los que no será necesario oír al padre ausente. Así, estamos ante un supuesto excepcional, el que nos ha motivado a la redacción del presente trabajo.

Palabras clave:

Principio de corresponsabilidad parental, Progenitor no custodio, Relación directa y regular, Niños, niñas y adolescentes, Salida del país.

Abstract:

Unless there are special circumstances, the best scenario for a child or adolescent is to be raised in a family with the presence of both parents. Unfortunately, reality shows us that, with certain frequency, this scenario does not materialize. Notwithstanding the above, it is up to the parents to exercise their parental functions in such a way that both become active agents in achieving the welfare of their offspring. In the case of our country, it is known that on many occasions the greater weight of the work of upbringing falls on the custodial mothers, while the fathers have a minimal intervention in it or, worse, they are completely absent parents.

A particularly sad point is given by the cases in which the parents do not even comply with the requirements of the communication regime, which leads to a severe abandonment of their sons and/or daughters. This cannot go unnoticed by the law, which, with good reason, can sanction the parent who incurs in such conduct. In this context, one of the sanctions is regulated in Article 49 bis of the Law on Minors, a precept that allows the judge to grant a request to leave the country filed by the custodial mother, but also allows the judge to authorize future trips of the mother accompanied by her children and/or daughters, for which it will not be necessary to hear the absent father. Thus, we are faced with an exceptional case, which has motivated us to write this paper.

Keywords:

Principle of parental co-responsibility, Non-custodial parent, Direct and regular relationship, Children and adolescents, Leave the country.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de corresponsabilidad parental impone a ambos progenitores, con independencia del hecho de vivir juntos o separados, el deber de intervenir de manera activa en lo relativo al cuidado y crianza de sus hijos y/o hijas. Este principio busca un ejercicio equilibrado entre los progenitores de las funciones propias de la parentalidad, intentando evitar una sobrecarga que opere en contra de la mujer en lo relativo al desempeño de tales funciones.

En consecuencia, el ideal buscado por el legislador supone que los progenitores intervengan en las cuestiones atingentes a su descendencia, especialmente respecto de las más relevantes. Dentro de éstas, sin duda, un lugar de privilegio ocupa la decisión de viajar fuera del país. A falta de acuerdo entre los progenitores, en conformidad a lo prescrito en el inciso 6º del artículo 49 de la Ley de Menores³, el asunto será resuelto por el tribunal competente sobre la base del beneficio que de la estadía en el exterior se derive en favor

³ Ley N°16.618, de 1967.

del niño, niña o adolescente (en adelante, NNA). Como puede advertirse, ambos progenitores podrán, en sede judicial, presentar sus alegaciones y rendir la prueba que estimen conveniente a sus intereses.

Con todo, un supuesto especial regula el artículo 49 bis de la Ley de Menores. En efecto, a modo de sanción para el progenitor que injustificadamente no ha cumplido con su derecho-deber de mantener una relación directa y regular con sus hijos y/o hijas, el juez podrá conceder la autorización para la salida pedida y, también, para futuros viajes, cumpliéndose los requisitos que la norma establece. De este modo, se autorizan viajes respecto de los que no se ha acreditado su conveniencia para el NNA, incluso, no se sabe el destino de tales viajes, por lo que no podrá formularse a su respecto oposición alguna.

Como podrá advertir el lector, el supuesto del artículo 49 bis constituye una situación de marcado carácter excepcional que sanciona gravemente al progenitor que no cumple con el régimen comunicacional. Teniendo presente todo lo indicado, este artículo tiene por objetivo realizar un análisis crítico del artículo 49 bis y justificar su aplicación a la luz de las exigencias del principio de corresponsabilidad parental.

2. EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL: UN DESAFÍO A ROLES HISTÓRICOS

En virtud del principio de corresponsabilidad parental, con independencia del lugar en que vivan los progenitores, ambos deben contribuir a las labores propias de la crianza, cuidado y educación de sus hijos y/o hijas⁴. Este principio ha sido consagrado en el inciso 1º del artículo 224 del Código Civil, en cuya virtud, en su parte pertinente, “debe ser ejercido de manera

⁴ Corte Suprema, Rol N°141.528-2022, de 5 de julio de 2023. Véase, también, Corte Suprema, Rol N°57.634-2022, de 24 de febrero de 2023.

activa, equitativa y permanente". Este principio implica una reacción ante los supuestos de término de las relaciones de pareja, de forma tal que los progenitores continúen con el ejercicio de sus funciones parentales⁵.

En el Código Civil original⁶ la situación apreciable era radicalmente opuesta. En efecto, a modo de reflejo de la sociedad de la época, caracterizada por un acervado machismo y, por tanto, por un status de sujeción de la mujer⁷, no podía hablarse de una igualitaria o proporcionada repartición de las funciones parentales entre hombre y mujer. Por lo dicho, con el beneplácito de la sociedad, la responsabilidad de criar y cuidar a los hijos y/o hijas recaía, en esencia, en las madres. En lo anterior, se incitaba la colaboración de otras mujeres, más quela participación masculina, en dicho sentido, pensemos, por ejemplo, en las hermanas, abuelas y, en términos familiares, en parientes solteras o viudas.

Siguiendo a Acuña, el principio en comento ha adquirido relevancia al considerar que históricamente ciertos compartimientos eran exclusivos de los padres o de las mujeres, pero, en la actualidad, a lo menos, desde un punto de vista normativo, existe una igualdad en la distribución de las tareas pertenecientes a la corresponsabilidad parental: nadie puede disputar que, en el campo filiativo, se requiere de la intervención de ambos progenitores. Agrega la nombrada autora que el concepto de corresponsabilidad se centra en el modo en que debe ejercerse la labor de crianza y cuidado: una distribución equitativa respecto de los derechos y deberes entre los progenitores, lo que abarca las dimensiones personal y patrimonial⁸.

5 LATHROP (2008), pp. 9-37.

6 Publicado en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 1855.

7 El descrito estado de cosas ha posibilitado la ocurrencia de una variada clase de discriminaciones que, a lo largo de la historia, han tenido por víctimas a las mujeres y se insertan dentro de un panorama más amplio de inequidad y violencia (el que se manifiesta con mayor o menor visibilidad) al que siguen estando subordinadas las mujeres. A mayor detalle, existen estudios que afirman que el escenario de violencia machista en América Latina ha aumentado a partir de 2019. FLORES y CÁRDENAS (2024), pp. 3 y 4.

8 ACUÑA (2013), pp. 26-28.

En la misma senda, Illanes vincula la corresponsabilidad parental con el principio del interés superior. En efecto, refiere que este último descansa en la premisa de la satisfacción plena de los derechos de los NNA, lo que incluye las necesidades de índole moral y material y supone la posibilidad de “relacionarse en forma permanente y equitativa con ambos padres”⁹. Sostiene Illanes, además, que la exigencia de corresponsabilidad opera con indiferencia del régimen de cuidado personal aplicable al caso concreto de que se trate¹⁰.

El principio de corresponsabilidad parental, junto con lo señalado, supone el pleno respeto de los derechos cuya titularidad se reconoce a los NNA. Respecto de tales derechos deben actuar los Estados promoviendo actividades tendientes al relacionamiento emocional entre los progenitores y su descendencia, sin perjuicio de las responsabilidades de éstos en el ámbito de la crianza. Por lo dicho, se ha observado que las normas sobre parentalidad responsable “no solo permiten la plena efectividad de los derechos de NNA, sino que se avanza en igualdad de derechos y deberes de padres y madres, sin preferencias ni exclusiones de ningún tipo”¹¹.

Pudiera parecer lógico que ambos progenitores se constituyan en responsables del bienestar de su descendencia, pero la práctica, rápidamente, nos acredita que, en muchos casos, el mayor peso de las labores propias de la parentalidad recae usualmente en la madre, según diremos con mayor detalle en el subtítulo siguiente. En consecuencia, no es difícil encontrar supuestos en los que la igualdad relativa al ejercicio de la parentalidad es inobservada¹².

Impresiona constatar que algunos padres ni siquiera cumplen con la función que un sistema familiar machista les impone. Tradicionalmente, el hombre ha asumido el rol de proveedor, de forma tal que la subsistencia de la familia depende de su actividad, lo que en clave jurídica se identifica con

9 ILLANES (2021), p. 86.

10 Ibid.

11 HERMOSILLA y TÓRTORA (2022), p. 145.

12 Ibid.

el derecho de alimentos. Como lo han estudiado Escobar, Cabrera y Trejo, la figura masculina está íntimamente vinculada con la búsqueda de la seguridad familiar, la que es equivalente a la seguridad alimenticia, por lo que es de cargo del padre tutelar a su familia en dicho ámbito¹³.

Por otra parte, siguiendo a Giallorenzi, la tarea de cuidar y criar a la descendencia ha sido históricamente definida como perteneciente a las madres y, la mujer que desempeña estas funciones no observando los estándares esperables, según dictamen de la sociedad en la que se encuentra inserta, debe soportar el repudio social, el que se concreta en la estigmatizadora frase *mala madre*¹⁴.

3. ¿NOS ASOMBRA LA AUSENCIA DEL PADRE NO CUSTODIO?

Teniendo en vista lo indicado en el subtítulo precedente, es indisputado que los requerimientos del principio de corresponsabilidad parental descansan en la preocupación por el mejor interés del NNA –una actuación efectiva de ambos padres en la vida de sus hijos y/o hijas, indudablemente, contribuye a su desarrollo– y, además, benefician a ambos progenitores, dado que les guían en el ejercicio de sus funciones en tanto padres y/o madres. Con todo, con una dura frecuencia la realidad se empeña en demostrarnos que son muchos los padres que no intervienen en la crianza y cuidado de sus hijos y/o hijas. En efecto, se trata de padres ausentes que no visitan a sus hijos y/o hijas. Esta situación nos conduce a la noción de negligencia paternal.

La negligencia paternal, también denominada negligencia infantil, como su propia denominación nos lo adelanta, supone una falta u omisión, por parte de los progenitores, en el cuidado que merecen los NNA relativa a aspectos de primer orden para efectos de su desarrollo¹⁵. Porter nos habla de la existencia de abandono, apatía, desgano, indolencia con respecto a

13 ESCOBAR et al. (2018), p. 245.

14 GIALLORENZI (2017), pp. 87-96.

15 SAAVEDRA (2014), pp. 25-27.

lo pretendido por el principio del interés superior y que se caracteriza por su permanencia en el tiempo. De esta manera, la negligencia parental se configura como una especie de maltrato infantil¹⁶.

En cuanto a sus consecuencias, la negligencia parental conduce a una serie de vulneraciones de los derechos de los que son titulares los NNA, lo que, a su vez, nos lleva a una segunda nota distintiva: la variedad de conductas constitutivas de negligencia parental. A mayor abundamiento, la referida negligencia se podría concretar en: desnutrición y otros problemas alimenticios; falta del abrigo necesario, es decir, desamparo frente a las inclemencias del clima; ausencia de supervisión ante eventuales daños; privación del derecho a la educación (supuestos de no escolarización o de deserción educacional); falta de preocupación en orden a que el NNA reciba los cuidados médicos especializados, lo que adquiere un matiz especialmente dramático en los casos de NNA que presentan una necesidad específica, como el trastorno de espectro autista¹⁷.

El panorama descrito, también, afecta a las madres custodias. Éstas tienden a intentar llenar los vacíos generados por la ausencia del padre, iniciativa dotada de una particular dificultad. A mayor detalle, analizaremos esta cuestión desde un punto de vista subjetivo y objetivo.

En cuanto a lo primero, no obstante, los avances en sede de igualdad, todavía se aprecia cierto perjuicio en contra de las familias monoparentales, el que es aplicable incluso al ámbito terminológico, dado que éstas son denominadas, incluso, *familias incompletas* o *familias inestructuradas*, en comparación con el clásico modelo de familia biparental, el que representaría

16 PORTER (2022), p. 3.

17 GUERRA (2024), p. 2. En esta línea, se ha indicado: “la negligencia por parte de un adulto puede causar daños que afecten a las estructuras cerebrales encargadas de las funciones cognitivas y del control de las emociones. Si bien puede decirse que distintos tipos de negligencia traen consigo distintos tipos de consecuencias, las cuales tendrán un impacto diferente según la frecuencia, temporalidad, gravedad, duración y edad del niño o de la niña (...), es un hecho claramente constatable la influencia negativa que la misma tiene en el desarrollo físico, emocional y social de quienes la padecen (...).” CÍSCAR, MARTÍNEZ y PÉREZ (2021), p. 154.

el estándar *normal y positivo*¹⁸. Súmese a lo señalado la conciencia de la anotada problemática, sumada a los efectos negativos que las madres aprecian en sus hijos y/o hijas, derivados de la situación en que se encuentren, lo que conduce a una carga psicológicamente pesada que deben, injustamente, soportar las primeras.

Por otra parte, las madres que crían solas a su descendencia suelen expresar sentirse menos satisfechas con sus vida, son menos felices (a lo menos, dicha percepción generan) y se muestran más cansadas que las madres que tienen el apoyo de una pareja¹⁹.

Sin perjuicio de lo indicado, desde un prisma objetivo, la ausencia del parente no custodio genera un daño de relevancia a sus propios hijos y/o hijas. Así, como lo ha estudiado Rendón y Rodríguez, la falta de una figura paterna genera autopercepciones de falta de seguridad, carencia de soporte emocional y deficiencias en materia de estimulación cognitiva. Agregan los nombrados autores que “el rol paterno tiene efectos positivos en el desarrollo emocional del niño o niña a temprana edad y en la salud mental de la madre”²⁰. Concluyen que los NNA criados en contextos en que falta la figura paterna pierden una fuente de la que emana seguridad emocional cuyos efectos positivos se proyectan en la etapa adulta del individuo²¹.

El aludido panorama de incumplimiento del principio de corresponsabilidad en el campo del régimen comunicacional ha generado una reacción jurídica, estudiada por la doctrina especializada²². De un modo específico, tal incumplimiento tiene una consecuencia en la concesión de las autorizaciones de salidas del país de NNA, según profundizaremos a continuación.

18 PONCE (2007), p. 3.

19 TACCA et al.(2020), p. 47.

20 RENDÓN y RODRÍGUEZ (2021), p. 3.

21 Ibid.

22 En lo tocante al incumplimiento del régimen comunicacional, véase, MONDACA (2023), pp. 216-221.

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 49 BIS

La Ley N°20.383²³, la que consta de un artículo único, incorporó al texto de la Ley de Menores el artículo 49 bis. En este precepto se regula un supuesto especial, una sanción, en cuya virtud, en la sentencia que acoge la petición de salida del país se habilita al solicitante para realizar nuevos viajes al exterior, junto al NNA, dentro de los próximos dos años.

El artículo 49 bis no se encuentra dividido en incisos. Con todo, para efectos de una mejor comprensión, basándonos en su tenor, lo fraccionaremos en conformidad a las siguientes materias: efecto expansivo de la sentencia; sanción al incumplimiento del régimen comunicacional; y el marco temporal de las nuevas salidas del país. En la medida que resulte pertinente, realizaremos un contrapunto entre el vigente artículo 49 bis y lo expresado en la moción parlamentaria que fue su génesis²⁴.

4.1. Efecto expansivo de la sentencia

23 Ley N°20.382, de 2009.

24 Según lo adelantado, el artículo 49 bis se originó en una moción presentada por los parlamentarios Pedro Héctor Muñoz Aburto, Camilo Escalona Medina y Juan Pablo Letelier Morel, de 4 de octubre de 2006. En virtud de dicha moción, se introducía el artículo 50 a la Ley de Menores, cuyo tenor era el que sigue:

“Artículo 50.-Cuando el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil no se haya ejercido regularmente, sin causa justificada, en los últimos seis meses, junto con autorizar la salida del menor, conforme lo dispuesto en el inciso sexto del artículo precedente, el Juez podrá resolver prescindir, en lo sucesivo, de dicha autorización mientras persista la negativa del padre o la madre ausente en mantener un contacto directo con su hijo.

Lo anterior será decretado con el mérito de una audiencia a la que concurrirá el padre o madre en cuyo favor se haya establecido el derecho citado o, en caso de desconocerse su paradero o de no poder concurrir, de los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada.

En su decisión el Juez tendrá, además, en consideración la circunstancia prevista en el artículo 19º del artículo 7º del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias”. Moción parlamentaria, sesión 59. Legislatura N°354, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4716/>.

El referido efecto encuentra su fundamento normativo en la primera parte del artículo 49 bis, precepto que dispone: “En la sentencia el juez podrá decretar que la autorización a que se refiere el inciso sexto del artículo anterior habilita al padre o madre que la haya requerido y que tenga al menor a su cuidado para salir del país con él en distintas ocasiones dentro de los dos años siguientes (...).” Se admite la solicitud de salida del país no solamente con relación al viaje respecto del cual se acreditó la concurrencia del beneficio exigido por el inciso 6º del artículo 49 de la Ley de Menores, sino que, además, se autoriza la realización de nuevos viajes dentro de un plazo determinado.

Hemos empleado la expresión *efecto expansivo*, puesto que con ella queremos explicar la particular circunstancia de que una misma resolución judicial se pronuncia sobre la cuestión directamente debatida por las partes, pero sus efectos alcanzan (*se expanden*) a cuestiones ligadas, pero no objeto de una contraposición de intereses debidamente alegados y pertenecientes a las partes litigantes.

Profundizando en lo anterior, en esencia, la cuestión controvertida y, por lo tanto, el esfuerzo probatorio, está centrado en dos puntos: en primer lugar, la concurrencia del mentado beneficio en favor del NNA en el contexto de un viaje a un lugar del extranjero perfectamente delimitado y, en segundo término, la falta de observancia del correspondiente régimen comunicacional. Sobre tales puntos versará la actividad procesal de los sujetos intervenientes. El impulso procesal recae en la parte solicitante; por tanto; si ésta no soporta adecuadamente la carga que supone el *onus probandi*, su solicitud deberá ser necesariamente rechazada, aplicando la clásica regla consagrada en el artículo 1698 del Código de Bello²⁵.

A *contrario sensu*, en lo tocante a viajes posteriores, una vez acreditado lo señalado en el párrafo antecedente, no será necesario probar hecho alguno. Sobre la base de lo indicado, estamos en condiciones de afirmar que, en el

²⁵ Para profundizar sobre esta materia, recomendamos, CARVAJAL (2014), pp. 125-133.

supuesto de incumplimiento de la relación directa y personal, se genera una *presunción legal de beneficio* referida a los viajes siguientes al primero, por un periodo que no excede de dos años y siempre que las salidas posteriores no superen cada una quince días de duración.

La repudiable desidia propia de la conducta del progenitor no custodio es la causa directa del particular efecto estudiado, por lo que manifestamos nuestra conformidad con la aplicación de la mentada. En otras palabras, estamos en presencia de una consecuencia de entidad derivada del no cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental.

4.2. Sanción al incumplimiento del régimen comunicacional

El aludido efecto expansivo exige como requisito (tal como se aprecia en el artículo 50 de la aludida moción parlamentaria y en el vigente artículo 49 bis) el incumplimiento injustificado del progenitor no custodio del derecho-deber de mantener una relación directa y regular, regulado judicial o convencionalmente, respecto de su hijo y/o hija. Por lo tanto, no opera la sanción si el progenitor no custodio ha entregado razones que permiten excusar la falta de observancia del referido derecho-deber.

Es interesante advertir que el legislador no ha precisado la entidad del incumplimiento. A primera vista, podría sostenerse que, dada la falta de distinción legislativa, tampoco podrá distinguir el intérprete, por lo que, sería suficiente para que opere la sanción en comento con incumplimientos de leve entidad. Un análisis más sosegado de la cuestión nos conduce a cuestionar lo anterior y a proponer que se aplique la sanción únicamente ante incumplimientos caracterizados por su gravedad. Fundamos nuestra propuesta en un análisis de las consecuencias derivadas de la aplicación del efecto expansivo.

A mayor detalle, una cuestión de tamaña importancia como la salida de los hijos y/o hijas al extranjero, dentro de los plazos referidos, no puede justificarse en incumplimientos nimios, tales como algunos atrasos en el horario de recogida o de retorno del NNA o, incluso, aisladas no comparecencias del progenitor no custodio. Parece poco prudente y desproporcionado que de ello se siga que se castigue al padre no escuchando sus alegaciones en contra de que su hijo y/o hija salga del país en las condiciones reiteradamente referidas. De esta manera, debe tratarse de un incumplimiento relevante debidamente acreditado²⁶.

En línea con lo indicado, corresponderá al sentenciador explicitar los argumentos que le han dirigido a calificar como grave el incumplimiento de que se trate y por qué considera prudente aplicar la mentada sanción. En esta parte, es menester resaltar que la aplicación de la sanción no es imperativa para el juez, sino que, a la inversa, facultativa. Efectivamente, en la primera parte del artículo 49 bis se indica “(...) el juez podrá decretar (...). Así, la norma empleo el término *podrá* y no *deberá*.

Establecido la necesidad de la relevancia del incumplimiento, como lógica consecuencia, surge la pregunta por los supuestos que configuran un incumplimiento importante. En este sentido, es menester analizar el factor cronológico y la calidad de ejercicio del régimen comunicacional. Así, en lo que respecta a lo primero, si los aludidos atrasos han dejado de ser una situación excepcional y han pasado a constituirse en la regla general, la reiteración producida puede ser entendida como una indiferencia inexcusable

26 En este punto es difícil no recordar que, en sede de responsabilidad contractual, para efectos de la procedencia de la resolución, aplicando una visión realista, se ha hecho presente que ella es procedente en la medida en que el incumplimiento sea esencial: “La infracción contractual que autoriza la resolución es el incumplimiento esencial: i) sea porque priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando ese resultado sea previsible para el deudor al tiempo de contratar; ii) sea porque el acreedor no tiene motivos para confiar en el cumplimiento futuro de su deudor, atendida la conducta o actitud de este último; y iii) sea por voluntad de las partes, ellas así lo acordaron concreta y específicamente”. VIDAL (2009), p. 254.

hacia la descendencia; luego, se trata de un incumplimiento importante. Con mayor razón, lo mismo puede decirse respecto de periodos extensos de tiempo en los que inexplicablemente el progenitor se ausente de la vida del NNA.

Súmese a lo señalado, los casos en que no se aprecian atrasos ni falta de concurrencia, pero, no obstante, lo señalado, la calidad del tiempo compartido con el NNA es deplorable. En este orden de ideas, pensemos en un NNA que, una vez que está con su padre, es dejado en soledad o es expuesto a situaciones de peligro, como un ambiente de violencia, alcoholismo, drogadicción o promiscuidad, entre otros contextos claramente negativos para el desarrollo de la infancia y adolescencia.

Por último, recordemos que en el tenor del artículo 50 de la moción parlamentaria se exigía un incumplimiento irregular por un periodo de seis meses, limitación temporal que durante la tramitación en el Congreso Nacional fue suprimida. En consecuencia, la gravedad del incumplimiento puede producirse en un tiempo menor, por lo que lo central parece ser la gravedad del mismo, la que no depende necesariamente de su proyección en el tiempo (sin perjuicio de que su mantenimiento por un largo periodo puede facilitar su calificación como incumplimiento importante).

4.3. Marco temporal de las nuevas salidas del país

Termina el artículo 49 bis prescribiendo lo que sigue: “El plazo de permanencia del menor de edad en el extranjero no podrá ser superior a quince días en cada ocasión”, teniendo como marco el plazo de dos años. En otros términos, no existe una barrera para la cantidad de veces en que el NNA, siempre acompañado del progenitor custodio, salga del país, pero sí una límite temporal desde un doble punto de vista, según profundizaremos a continuación.

Examinando lo primero, siempre que los recursos económicos de la madre (o en su caso, del padre) que detenta la custodia lo permita, la sentencia del juez competente le habilita para salir con el NNA *en distintas ocasiones*. Así, el artículo 49 bis no contempla la posibilidad de que el sentenciador determine o pueda restringir a un número exacto las ocasiones en las que podrá salirse del país. Por lo tanto, será la madre la que decidirá, en conformidad a sus propios criterios (aspecto este último dotado de la mayor importancia), el número de oportunidades en que, junto a sus hijos y/o hijas, viajará fuera del territorio nacional.

Sobre la base de lo dicho, en teoría, es viable que el progenitor custodio en numerosas instancias viaje con sus hijos y/o hijas menores de dieciocho años, produciéndose un escenario en que la regla general estaría dada por la presencia de los NNA en el extranjero, mientras que, la residencia en Chile, en la práctica, pasaría a ser una excepción. Es preocupante considerar que lo narrado es más fácil de concretarse respecto de NNA que, en virtud de su corta edad, no han ingresado todavía al sistema educacional. En efecto, tamaña inasistencia llamaría la atención del profesorado del respectivo establecimiento educacional, lo que activaría la pertinente voz de alarma. Con todo, se trataría de una situación de escasa ocurrencia: no tenemos conocimiento de su producción.

Sin perjuicio de lo indicado, reiteramos que el factor tiempo coarta un escenario de decisiones completamente dependientes de la voluntad unilateral del progenitor custodio. En este sentido, reiteramos, dos son los plazos que éste debe respetar: 15 días y dos años. El término de 15 días es aplicable a cada una de las salidas del territorio chileno. De esta manera, estamos ante un plazo que se caracteriza por su brevedad y que, en caso de no ser respe-

tado, esto es, si una vez vencido continúa el NNA en el extranjero, habilita la puesta en marcha de los procedimientos propios de la figura de secuestro internacional de NNA, tal como lo ha investigado, entre otras, Rizik²⁷.

Una vez vencido el plazo de dos años, se acaba el efecto expansivo. Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que, de volver a generarse un escenario de falta de observancia grave del derecho-deber de mantener una relación directa y regular, puede la madre custodia nuevamente solicitar la aplicación del efecto expansivo, lo que podrá ser aceptado según decisión discrecional del juez competente.

5. REFLEXIONES FINALES

El Derecho de Familia y de la Infancia y Adolescencia, entre otras características, posee un innegable contenido ético-jurídico. Siguiendo lo estudiado sobre el particular por Ramos Pazos²⁸, en el ámbito familiar existe una amplia serie de normas carentes de sanciones similares a las habituales en el Derecho civil patrimonial, como el cumplimiento forzado, de forma tal que su observancia no puede exigirse mediante medios compulsivos: en su cumplimiento incide, de un modo decisivo, el propio criterio moral y la costumbre.

Vinculado a lo anterior, la sanción tratada en este artículo, concretada en lo que hemos llamado efecto expansivo, no creemos sea eficaz en el sentido de que logre transformar los criterios axiológicos del padre no custodio. Así, inclusive, si ya ha operado el nombrado efecto, estimamos que es difícil que éste cambie su conducta y que, merced a la sanción recibida, pase a ser una figura paterna positiva y presente en la vida de sus hijos y/o hijas.

27 Como lo ha estudiado la autora nombrada, en el caso planteado, debe aplicarse el Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980. En suma, debe procederse a la restitución inmediata del NNA a su país de residencia habitual, cautelando debidamente sus derechos, sin perjuicio de las excepciones que contempla dicho Convenio. RIZIK (2016), pp. 193-234.

28 RAMOS PAZOS (2022), pp. 14 y 15.

Tan anhelado cambio, de producirse, usualmente, encuentra su origen en situaciones muy especiales, en experiencias que impactan profundamente al padre de que se trate.

Puede contribuir a dotar de mayor fundamento a lo señalado el ingresar, brevemente, a terrenos de la obligación alimenticia. En este sentido, tengamos en cuenta que ni siquiera la amenaza de privación de libertad ha demostrado ser un mecanismo efectivo para lograr el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales del padre alimentante y evitar este tipo de violencia económica²⁹. Por lo tanto, un efecto que implica autorizaciones para salir al extranjero respecto de un NNA al que en forma previa no se le otorgaba el trato y la compañía insita a la función paterna, salvo supuestos particulares, no produciría un cambio de entidad en el padre no custodio. Además, consideremos que la sanción no implica necesariamente suspender o limitar el ejercicio del régimen comunicacional (aunque ello podría solicitarse y decretarse), sin perjuicio que éste deberá adecuarse a la realidad impuesta por la estadía del NNA en el extranjero, por lo que, podría acudirse a las formas telemáticas de ejercicio de la relación directa y regular³⁰.

Sí apreciamos una utilidad en la sanción en análisis en vistas tanto al interés superior del NNA como al interés de la madre. Dando razón de lo señalado, los proyectos de viajes de éstos no quedarán sujetos a una situación de incertidumbre (por la usual negativa del padre no custodio) y a un gasto tanto de recursos como de tiempo (vía casación en el fondo el asunto puede llegar a conocimiento de la Corte Suprema), esto es, a todo lo que implica la completa tramitación judicial de la respectiva solicitud de salida del país. Por lo indicado, nos parece de toda justicia la imposición del efecto expan-

29 “(...) se entiende que la violencia económica son aquellas acciones que causen daño o sufrimiento económico a una determinada mujer, en el marco de las relaciones desiguales de género (...) y que implican actos de control o vigilancia en relación con el uso y distribución del dinero, así como la amenaza sistemática de negación dedichos recursos (...). Se comprende, también, que esta violencia se incrementa en contextos de separación o divorcio, ya que, muchas veces, las mujeres quedan sometidas a la exposición indebida ante sus ex parejas y, con frecuencia, deben sortear necesidades alimentarias apremiantes (...)”, TRUJILLO y ARAYA (2023), p. 619.

30 MONDACA et al. (2023), pp. 122-159.

sivo en el caso de un padre refractario al principio de corresponsabilidad parental, el que, de un modo voluntario, se ha tornado en un ausente en un plano imprescindible para el bienestar de los NNA.

6. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto en este artículo, podemos ofrecer al lector las siguientes consideraciones:

- La progresiva, pero todavía no suficiente, igualación entre los hombres y las mujeres en lo relativo a un ejercicio equitativo de las funciones parentales encuentra una de sus concreciones normativas en la disciplina del principio de corresponsabilidad parental. De este modo, tanto el padre como la madre deben contribuir a las labores propias de la crianza, cuidado y educación de su descendencia.

- Sin perjuicio de lo establecido en la conclusión precedente, la realidad nos ofrece una lejanía entre el ideal de colaboración entre los progenitores plasmado y ansiado en la norma y lo que, lamentablemente, con cierta periodicidad, se observa en la práctica. Suele ser típico el supuesto en que la madre custodia asume toda la carga que conlleva la labor que corresponde a ambos progenitores, de forma tal que no resulta ser un caso aislado el del padre que ni siquiera cumple con su derecho-deber de mantener un contacto periódico y estable con sus hijos y/o hijas.

- Lo anterior ha generado una reacción por parte del ordenamiento jurídico concretada en el artículo 49 bis de la Ley de Menores, en cuya virtud, en la sentencia que acepta una petición de salida del país, se autoriza al progenitor custodio, normalmente la madre, para realizar nuevos viajes junto a sus hijos y/o hijas. Lo señalado encuentra su fundamento en el injustificado incumplimiento, por parte del otro progenitor, del régimen comunicacional. Así, la no

observancia del principio de corresponsabilidad parental, esto es, la evidente falta de interés en formar parte activa de la vida de la descendencia genera lo que hemos llamado efecto expansivo de la aludida sentencia.

- En definitiva, no merece ser escuchado en sus fundamentaciones el progenitor que libre y voluntariamente se ha transformado en una figura paternal ausente, por lo que pierde su derecho a oponerse a la realización de nuevos viajes en los términos tratados en el presente trabajo. Con todo, nada impide que comience a cumplir con el respectivo régimen comunicacional, de forma tal de tornar en improcedente una nueva aplicación a su respecto del efecto expansivo del artículo 49 bis.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2013): “El principio de corresponsabilidad parental”, en: Revista de Derecho (Coquimbo) (Vol. 20, N°2), pp. 21-59.

CARVAJAL, Patricio-Ignacio (2014): “Onus probandi: la formación del artículo 1698 del Código Civil de Chile”, en: Fundamina (Vol. 20, N°1), pp. 125-133.

CÍSCAR CUÑAT, Ester, MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Concepción y PÉREZ CARBONELL, Amparo (2021): “Aproximación al estudio de la negligencia parental y sus efectos en la infancia y adolescencia”, en: Pedagogía Social (N°39), pp. 153-166.

ESCOBAR, Rosmarly, CABRERA, Milagros y TREJO, Alys (2018): “Prácticas y significado de la paternidad en relación a la alimentación infantil”, en: Revista Chilena de Nutrición (Vol. 45, N°3), pp. 243-251.

FLORES AGUILAR, Paula y CÁRDENAS NEIRA, Camila (2024): “Inequidad y violencia de género: percepciones de universitarios del sur de Chile”, en: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud (Vol. 22, N°1), pp. 1-20.

GIALLORENZI, María Laura (2017): “Crítica feminista sobre la noción de la buena madre”, en: Reflexiones (Vol. 96, N°1), pp. 87-95.

GUERRA DOMÍNGUEZ, Electra (2024): “Descuido o negligencia infantil”, en: Multimed (N°28), pp. 1-3.

HERMOSILLA BESOÁIN, Alejandra y TÓRTORA ARAVENA, Hugo (2022): “La importancia de constitucionalizar la corresponsabilidad parental en Chile”, en: Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso (N°81), pp. 143-176.

ILLANES VALDÉS, Alejandra (2021): “El cuidado personal de los hijos”, en: MONDACA, Alexis e ILLANES, Alejandra (eds.): *Lecciones de Derechos de la Infancia y Adolescencia* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 77-123.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2008): “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, en: Revista Chilena de Derecho Privado (N°10), pp. 9-37.

MONDACA MIRANDA, Alexis (2023): “Cuestiones problemáticas del principio de autonomía progresiva en el contexto de la relación directa y regular”, en: MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra y RAVETLAT, Isaac (eds.): *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II. El principio de autonomía progresiva* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 205-224.

MONDACA MIRANDA, Alexis, DÍAZ PANTOJA, Juliana y LUCERO PANTOJA, Jairo (2023): “Régimen comunicacional por medios telemáticos”, en: *TheLaw, State and Telecommunications Review* (Vol. 15, N°1), pp. 122-159.

MUÑOZ ABURTO, Pedro, ESCALONA MEDINA, Camilo y LETELIER MOREL, Juan Pablo (2006): Moción establece una modalidad especial de autorización judicial de salida del país de menores en el caso de negativa del padre o madre a mantener un contacto directo y regular con su hijo (sesión 59, legislatura 354). Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4716/>. [Fecha de última consulta:20.06.2025].

PONCE ALEGRE, Ana (2007): “Madres que crían solas a sus hijos”, en: XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, pp. 1-14. Disponible en: <https://www.aacademica.org/000-066/619>. [Fecha de última consulta: 20.06.2025].

PORTER, Bárbara (2022): “Abandono parental. Definición, contextos, efectos”, pp. 1-16. Disponible en: https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=260440&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION. [Fecha de última consulta: 20.06.2024].

RAMOS PAZOS, René (2022): Derecho de familia, séptima edición actualizada, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

RENDÓN QUINTERO, Eduardo y RODRÍGUEZ GÓMEZ, Rodolfo (2021): “Ausencia paterna en la infancia: vivencias en personas con enfermedad mental”, en: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud (Vol. 19, N°2), pp. 1-25.

RIZIK MULET, Lucía (2016): “Sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos”, en: International Law (Vol. 14, N°29), pp. 193-234.

SAAVEDRA GUZMÁN, Jorge (2014): “La negligencia parental en los sistemas familiares y los elementos favorecedores de procesos resilientes en niños, niñas y adolescentes”. Tesis para optar al grado de Licenciado en

Trabajo Social. Disponible en: <https://bibliotecadigital.academia.cl/server/api/core/bitstreams/1467392d-be6b-40df-9aee-87c0cbef5b6f/content>. [Fecha de última consulta: 20.06.2024].

TACCA HUAMÁN, Daniel; ALVA RODRÍGUEZ, Miguel y CHIRE BEDO-YA, Francisco (2020): “Estrés parental y las actitudes de las madres solteras hacia la relación con los hijos”, en: Revista de Investigación Psicológica (Nº23), pp. 45-62.

TRUJILLO CRISTOFFANINI, Macarena y ARAYA CONCHA, Amanda (2023): “No pago de pensiones de alimentos como violencia económica: análisis de género de la experiencia de mujeres chilenas”, en: Universum (Vol. 38, Nº2), pp. 617-637.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009): “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº32), pp. 221-258.

YOPO DÍAZ, Martina y FUENTES LANDAETA, Javiera (2024): “Familia, género y violencia: incumplimiento de las pensiones de alimentos en Chile”, en: Íconos (Nº80), pp. 157-176.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 25 de octubre de 1980.

DFL N°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N°16.618, Ley de Menores, de la

Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario Oficial, 15 de marzo de 2022.

Ley N°20.383, sobre salidas de menores desde Chile. Diario Oficial, 24 de septiembre de 2009.

Ley N°16.618, fija el texto definitivo de la Ley de Menores. Diario Oficial, 8 de marzo de 1967.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia de fecha 24 de febrero de 2023, rol N°57.634-2022.

Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de julio de 2023, rol N°141.528-2022.