



MAG-PSI  
A493i  
2014  
c.1

ESCUELA DE PSICOLOGÍA  
FACULTAD DE MEDICINA  
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

**El “interés superior del niño” en la tradición  
jurídico-judicial Chilena.**

**Análisis psicosocial en base a las prácticas de los  
procesos de cuidado personal a nivel  
Jurisprudencial.**

Autor: Claudia Isabel Ambler Morales.  
Profesor guía: Domingo Asun Salazar

Tesis presentada a la Escuela de Psicología de la Universidad de Valparaíso,  
como requisito para optar al grado académico de Magister en Psicología Social,  
Mención Psicología Jurídica.

Marzo 2014  
Santiago-Chile.







ESCUELA DE PSICOLOGA  
FACULTAD DE MEDICINA  
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

**El “interés superior del niño” en la tradición  
jurídico-judicial Chilena.**

**Análisis psicosocial en base a las prácticas de los  
procesos de cuidado personal a nivel  
Jurisprudencial.**

Autor: Claudia Isabel Ambler Morales.  
Profesor guía: Domingo Asun Salazar

Tesis presentada a la Escuela de Psicología de la Universidad de Valparaíso,  
como requisito para optar al grado académico de Magister en Psicología Social,  
Mención Psicología Jurídica.

Marzo 2014  
Santiago-Chile.

*Dedicada a Javi, Diego, Viole,  
y José Luis mi compañero de vida y sueños*

## AGRADECIMIENTOS

A mis padres, mis amigos y a mis compañeros de praxis social que son parte de la co-construcción , el descubrimiento, el análisis y la propuesta permanente de los procesos psicosociales

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| RESUMEN .....  | ix |
| INTRODUCCIÓN .....   | 1  |
| I. ANTECEDENTES TEÓRICOS Y CONCEPTUALES .....  | 6  |
| I.1 Antecedentes Teóricos .....  | 6  |
| I.1.2 Teoría General de Sistemas y Cibernética.....  | 7  |
| I.1.3. La psicología jurídica .....  | 9  |
| 1.1.3.1. Legislación sobre la participación de peritos.....  | 12 |
| I.2 Antecedentes relativos a la legislación en materia de derecho de menores y familia.....                      | 23 |
| I.2.1 El Derecho de Familia .....  | 27 |
| I.2.2 Ley de Tribunales de Familia.....  | 29 |
| I.2.3 Los Derechos del Niño .....  | 30 |
| I.2.4. El interés superior del niño.....   | 31 |
| I.2.5 La Mediación.....  | 34 |
| I.2.6 El cuidado personal .....  | 35 |
| I.2.7 La relación directa y regular.....   | 37 |
| I.3 Atribuciones judiciales propias de los tribunales, al momento de valorar la prueba y resolver una causa..... | 38 |
| I.3.1 Razonamiento Jurídico y Toma de Decisiones Jurídicas .....   | 38 |
| I.3.2 El acto de juzgar .....  | 44 |
| I.3.3 El razonamiento judicial.....  | 47 |
| I.3.4 La valoración de la prueba .....   | 47 |
| I.3.5 La resolución judicial .....   | 49 |
| I.3.6 El veredicto.....  | 49 |
| I.3.7 La elaboración de la sentencia.....  | 50 |
| I.3.8 La congruencia de las resoluciones judiciales.....   | 52 |
| I.4 Variables a considerar respecto de la valoración del interés superior del niño(a) .                          | 54 |
| I.4.1 Las Competencias Parentales .....  | 54 |
| I.4.2 El apego .....   | 57 |
| I.4.2.1 Los tipos de apego .....   | 59 |
| I.4.3 El Síndrome de Alienación Parental (SAP).....  | 61 |
| I. 4.3.1 Los criterios de identificación de SAP .....  | 62 |

|          |  |    |
|----------|--|----|
| I.4.3.2  | Lealtades familiares (triangulaciones).....  | 63 |
| I.4.3.3  | Los tipos de SAP .....   | 63 |
| I.4.4    | La triangulación, el triángulo perverso y conflicto de lealtades.....  | 64 |
| II.      | Correspondencia entre jurisprudencia y los aspectos psicosociales derivados del conflicto .....  | 66 |
| III.     | MARCO METODOLÓGICO .....   | 73 |
| III.1    | Tema de Investigación.....   | 73 |
| III.2    | Problema de Investigación .....  | 73 |
| III.3    | Pregunta Central de Investigación.....   | 73 |
| III.4    | Preguntas Secundarias de Investigación.....  | 74 |
| III.5    | Objetivos de la Investigación .....  | 75 |
| III.5.1  | Objetivo General de la Investigación.....  | 75 |
| III.5.2  | Objetivos Específicos .....  | 75 |
| III.6    | Paradigma de la Investigación.....   | 76 |
| III.6.1  | Cualitativo.....   | 76 |
| III.7    | Tipo de Investigación .....  | 77 |
| III.7.1  | Descriptiva.....   | 77 |
| III.7.2  | Aplicada.....  | 77 |
| III.7.3  | No experimental.....   | 77 |
| III.7.4  | Documental.....  | 77 |
| III.7.5  | Estudio de Caso .....  | 78 |
| III.8    | Unidad de Análisis .....   | 78 |
| III.9    | Unidad de Información.....   | 78 |
| III.10   | Procedimiento de recolección de información .....  | 79 |
| III.10.1 | Técnica de Análisis de Contenido .....   | 79 |
| IV.      | RESULTADOS .....   | 81 |
| IV.1     | Constructos de análisis que compondrán la pauta de análisis de contenidos de las sentencias: .....   | 81 |
| IV.2     | Definición de categorías.....  | 81 |
| IV.3     | Análisis de Sentencias .....   | 82 |
| IV.4     | Resultados para la Primera Sentencia Analizada, Caso: 1 .....  | 83 |
| IV.4.1   | Análisis y Discusión, desde la perspectiva de correspondencia entre jurisprudencia y los aspectos psicosociales derivados del conflicto..... | 84 |
| IV.4.2   | Responder a los objetivos específicos en virtud de los elementos detallados en la sentencia en general y en la tabla en particular .....     | 86 |
| IV.4.3   | Reflexión y Discusión desde la perspectiva profesional .....   | 87 |

|         |   |     |
|---------|---|-----|
| IV.5    | Resultados para Segunda Sentencia Analizada, Caso N° 2.....   | 88  |
| IV.5.1  | Análisis y Discusión desde la perspectiva de correspondencia entre jurisprudencia y los aspectos psicosociales derivados del conflicto.....   | 90  |
| IV.5.2. | Responder a los objetivos específicos en virtud de los elementos detallados en la sentencia en general y en la tabla en particular.....   | 93  |
| IV.5.3  | Reflexión desde la perspectiva profesional.....   | 95  |
| V.      | CONCLUSIONES Y DISCUSIÓN.....   | 97  |
|         | Caso N°1.....   | 97  |
|         | Caso N° 2.....  | 100 |
|         | Reflexiones finales.....  | 103 |
| VI.     | BIBLIOGRAFÍA.....   | 107 |
| ANEXOS  | .....   | 113 |
|         | Anexo 1. Sentencia Caso 1.....  | 113 |
|         | Anexo 2. Sentencia Caso 2.....  | 113 |
|         | Anexo 3. Ley 20.609, Antidiscriminación.....  | 122 |
|         | Anexo 4: Ley 20.680, Introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados..... | 132 |

## RESUMEN

El presente estudio aborda el tema del cuidado personal o tuición luego de la disolución del vínculo conyugal o de la relación de convivencia, en casos en que instancias como la mediación han fallado y se requiera la intervención de un organismo externo como los Tribunales de Familia en una primera instancia o los Tribunales de segunda instancia. “En este caso el Juez es quien decide” (Escardo, 1992) quién de los padres es el que ejercerá el cuidado personal de los hijos.

En esta tesis se revisan casos de juicios cuyas sentencias han sido revisadas por la Corte Suprema. El lenguaje de dichas sentencias evidencia las valoraciones intermedias que están entre el marco legal y los antecedentes del caso en cuestión, con lo cual se pretende ilustrar el espacio virtual en el que juez toma una decisión en virtud del marco legal, los antecedentes y, además, sus propias valoraciones subjetivas del caso.

El estudio avanza sobre el análisis cualitativo de las sentencias para concluir que existe un espacio de intersubjetividad en que la decisión del juez va más allá de los hechos y la asesoría de expertos para el resguardo del interés superior del niño, por lo que no resulta de simple y compleja claridad afirmar que es el interés superior lo que ha primado en la sentencia final de tuición o cuidado personal, sino más bien la conjunción entre estos hechos y la propia subjetividad de quien decide.

## INTRODUCCIÓN

Históricamente, la legislación chilena ha planteado, a través del Código Civil de 1990, que la madre es quien debe asumir las tareas de cuidado y crianza de los hijos, sin mediar evaluaciones, estuviera o no habilitada para tales efectos. Así, si el padre deseaba obtener este derecho, debía antes declarar o comprobar la inhabilidad de la madre para asumir su rol. Este cuerpo legal se modificó el año 2013, dando paso a la llamada “tutición compartida”, la cual se explicará más adelante.

En Chile, hasta el año 2005, eran los Tribunales de Menores quienes tenían que resolver respecto de estas materias, mediante proceso de conciliación entre las partes, donde se pretendía, desde un marco jurídico regulador, llegar a acuerdo. Desde la entrada en vigencia de la Ley de los Tribunales de Familia, esta discusión se inicia con procesos extrajudiciales de mediación, donde las partes asumen un rol protagónico, asumiendo la decisión. No obstante resulta una práctica compleja, si se atiende al estado emocional o contexto relacional desde el que emana la disolución de la díada parental, que los sitúa en una situación de conflicto.

Entendiendo que estamos frente a procesos de crisis ante la figura de la separación o ruptura de la relación de pareja, al no existir conciliación o acuerdo entre las partes, es el Juez quien, mediante un proceso de litigación judicial, debe tomar conocimiento de la situación y adquirir los antecedentes necesarios que le permitan formarse una opinión lo más acabada posible de la situación. Para esto, solicita a profesionales de distintas especialidades, como la psiquiátrica, psicológica, social, entre

otras, que desde sus “ciencias o saberes” emitan una evaluación, informando respecto de las competencias parentales, condiciones socioeconómicas, respecto de los factores de riesgo o protectores presentes, de la idoneidad de uno u otro padre para ejercer tal derecho y, por otra parte, discriminar respecto de las posibles acusaciones entre las partes en relación con el o los hijos, de la opinión de los hijos respecto de vivir con uno u otro padre, entre una gama de alternativas, acusaciones o dudas que surgen durante el proceso llevado a cabo entre las partes.

Es un escenario complejo, que requiere de estudio e innovación, sobre todo considerando cómo se estructuran las familias hoy en nuestro país, donde se encuentran distintas formas de ser y hacer familias: familias agregadas, las familias uniparentales, familias consensuales y familias reestructuradas son algunos ejemplos.

Por otra lado, la Ley de Matrimonio Civil, la cual sanciona respecto de los deberes y derechos de los padres al momento de la disolución de la diada conyugal, fija proteger de un modo efectivo y prioritario la situación de las hijas y de los hijos. Esta Ley comenzó a regir en noviembre del año 2004; a partir de esta fecha, un sinnúmero de matrimonios que presentaban una separación de hecho tendieron a regularizar esta situación. Con anterioridad a la Ley, esta situación era problema de los Tribunales de Letras con competencia en lo Civil, quienes conocieron respecto de estas materias, con procesos escritos, prolongados en el tiempo, que cargaban consigo los vicios del sistema.

No obstante, a contar de la puesta en marcha de los Tribunales de Familia durante el año 2005, se implementan procedimientos orales, bajo principios como la inmediatez, objetividad y la oportunidad, priorizando que un solo juez conozca los

distintos temas en un mismo caso, evitando el desarrollo de causas paralelas que puedan llevar a sentencias paralelas y disimiles o contrapuestas.

En este nuevo escenario, la modernidad del sistema judicial hacía prever procesos más ágiles, transparentes y oportunos. No obstante, la puesta en marcha ha mostrado el uso y abuso en el sistema y cómo, valiéndose de instrumentos técnico, se han convertido, algunos, en campo de batalla de los padres, donde lo que menos interesa es el bienestar de su hijo(a), con la presencia de abogados cuyo objetivo es “conseguir lo solicitado por su cliente”. Además sin dejar de considerar que en el ejercicio práctico de los procesos, no siempre es el mismo Juez que conoce de un mismo caso.

Con las innovaciones jurídicas que han desarrollado desde hace algunos años, como la nueva Ley de Matrimonio Civil y la implementación de los Tribunales de Familia, es posible visualizar un campo de acción en el que los operadores sociales debiesen contribuir, entendiendo que el cambio se plantea sobre la crisis en los procedimientos de la jurisprudencia chilena. De este modo, el cómo se están abordando los conflictos sociales en este nuevo escenario, sobre todo desde el conocimiento social o desde la historicidad de los cambios sociales, hacen necesaria la intervención y aporte desde los operadores sociales, dándole sentido a las alternativas a la resolución de conflicto, y requieren de un análisis profundo en beneficio del niño.

De esta manera, el entregar elementos para el análisis a los operadores jurídicos, cuando se tenga que definir qué representa el interés superior del niño en un conflicto de cuidado personal, permite co-construir desde un marco teórico más amplio el abordaje de la situación psicosocial presentada, desde la particularidad del caso a caso.

Es así como desde la praxis profesional del día a día, vale la pena preguntarse si algún día los distintos actores involucrados pondrán como eje común el interés superior del niño, considerando que cada cual desde su oficio plantea sus objetivos y metas de trabajo. Esto provoca, en algunas ocasiones, barreras infranqueables entre los actores jurídicos y los sociales, pues si bien los primeros defienden el interés de su cliente, los segundos en su mayoría informan desde sus evaluaciones técnicas, lo que resulta subjetivo y diverso dependiendo de cada profesional, línea de trabajo, enfoque o paradigma. Como ejemplo, se pueden nombrar las acciones privadas o el ejercicio privado, donde las partes cancelan honorarios por los servicios profesionales, lo que genera una dinámica confusa entre “el cliente” quien paga el servicio, por sobre la temática en cuestión.

No es menester preocuparnos ahora de la ética presente en el campo socio-jurídico; no obstante, frente a la revisión de algunas causas, la prueba rendida suele ser muy discutible. Es en este escenario, y con estas variables intervinientes, donde se debe tomar la decisión respecto de cuál es el interés superior del niño, cuando se debe decidir con qué padres debe vivir si no hay acuerdo entre las partes luego de la disolución de la diada parental.

Es así, que por medio del análisis de caso de sentencias jurídicas dictadas por la corte, se pretende dar respuesta a la hipótesis investigativas, en relación con las dimensiones que considera el sancionador a la hora de tomar una decisión en temas de cuidado personal y la valoración del interés superior del niño como eje de la decisión.

Durante años se discutió la opción de la “custodia compartida”, con observaciones a favor y en contra, tomando en cuenta las dificultades prácticas y posibles consecuencias en el desarrollo diario de los hijos y el acomodo natural que se requiere para volver al equilibrio personal luego de la disolución de la diada relacional. Es así como los defensores de la regla consideraban que el interés superior del niño por sobre la igualdad jurídica de los padres y los que buscaban el cambio, señalaban que se vulneraba una garantía constitucional fundamental como la igualdad ante la ley de hombre y mujeres.

Así, en el mes junio del año 2013, entró en vigencia la “custodia compartida”, la cual busca la corresponsabilidad en el ejercicio del rol parental, evitando el empoderamiento histórico de una de las partes al momento de dirimir quién asume la custodia del hijo o hija. Esta innovación fortalece la política del acuerdo por medio de la mediación, evitando el conflicto de lealtades o el uso del menor como herramienta económica, priorizando e incentivando el interés superior del niño. Así, se establecen ciertos parámetros como, el tipo de vinculación afectiva con cada padre, las aptitudes parentales, opinión del niño y la actitud de los padres frente al conflicto, entre otros.

En este escenario, la valoración del interés superior del niño queda sujeta a los intervinientes, contraponiéndose muchas veces a los intereses del niño, quien, lejos de decidir si quiere estar con uno u otro de sus padres, trata de entender o explicarse el nuevo contexto familiar de acuerdo con la etapa de desarrollo en la que se encuentre.

## **I. ANTECEDENTES TEÓRICOS Y CONCEPTUALES**

### **I.1 Antecedentes Teóricos**

Desde la perspectiva de las ciencias sociales modernas, el ser humano es reconocido como el objeto de estudio. En dicha perspectiva, la filosofía social (Filosocial.com, 2008) aporta elementos esenciales, como el reconocimiento de la naturaleza cambiante y subjetiva del ser humano, determinada por sus capacidades fisiológicas para la cognición y la socialización. Así, al ser la sociedad un metagrupo de seres humanos, los hechos, las relaciones sociales, la conducta individual, el pensamiento colectivo y el pensamiento individual necesariamente conjugan todos los factores objetivos y subjetivos que se entremezclan en la vida en sociedad.

Las ciencias sociales proveen un marco para contextualizar el propósito de esta tesis, que es evidenciar los factores asociados a la sentencia en los juicios de tuición o cuidado personal, para lo cual se utilizan constructos como los que proveen la Psicología Social, Psicología Jurídica, la Psiquiatría y la Sociología. En la primera disciplina confluyen ideas y tradiciones teóricas y metodologías diversas, incluso a veces contrapuestas. Plantea un acercamiento desde la concepción de ciencia como fenómeno, lo cual supone la construcción social de un campo de interconexión: el estudio de las relaciones sociales, la construcción social de las personas, la construcción de las subjetividades en la sociedad contemporánea como un campo específico de investigación. Es aquí donde se puede entrelazar con el mundo jurídico en intentos desencantados y cristalizados a través de un proceso histórico de regular la convivencia

social, de reducir y resolver el conflicto que la interacción produce inevitablemente. Incluso podría decirse que ello es así, afortunadamente, dado que el conflicto es a menudo factor de progreso y cambio frente a estructuras más o menos anquilosadas. A través de su rol morfogenético, el conflicto aparece como creativo e innovador, ya que produce nuevas pautas relacionales, nuevas representaciones dominantes, nuevas legitimidades que, casi siempre, acaban por traducirse en nuevas legalidades. Se dibuja así una especie de espiral, en que la vida en comunidad provoca conflictos que el derecho regula, para que posteriormente aparezcan nuevos conflictos que hay que regular, y así indefinidamente, en una carrera en que la ley persigue la realidad social, intentando abrazarla para comprender y normalizarla. De esta manera, la psicología social plantea una visión de realidad que depende de la conjunción que existe entre la realidad evidente cuantificable y comprobable y la subjetividad y/o los intangibles que influyen en la toma de una decisión, en estos casos, por parte de los jueces, que en las sentencias de cuidado personal que son el tema que convoca esta tesis.

### **I.1.2 Teoría General de Sistemas y Cibernética**

La teoría general de sistemas, al igual que la Cibernética, ha contribuido en la creación de los nuevos paradigmas y el cambio epistemológico en las ciencias sociales, pasando de un análisis lineal a uno circular y recursivo que permite hacer un análisis integrales e interrelacionados.

La teoría de von Bertalanffy (PsicologosenMadrid.eu, 2011) consiste en la formulación de principios válidos para sistemas en general, sea cual fuere la naturaleza

de sus elementos componentes y las relaciones o fuerzas reinantes entre ellos. Conceptos tales como totalidad, equifinidad, geneantropía, fronteras y límites, retroalimentación, sistemas, subsistemas y suprasistemas han contribuido de manera permanente al análisis y observación de los sistemas.

Simultáneamente, Wiener (1954-1967) acuñó el término para designar el nuevo tipo de pensamiento que se estaba abordando: la cibernética de primer orden, basada en la retroalimentación negativa, y, posteriormente, la cibernética de segundo orden, que considera ideas como la retroalimentación, organización y función presente en todo intercambio entre seres vivos. Esto permite aprendizaje y cambio, e incluso autocorrección, por lo que el proceso tiende a ser recursivo. Desde allí, es posible plantear la “cibernética de la cibernética”, como lo señala Margaret Mead, en la que es posible la inclusión y participación de los observadores en el sistema. Así, el observador es parte de lo observado o, como von Foerster en lo que llamó su corolario número 1, “todo lo dicho es dicho a un observador”. Igualmente señala el teorema número 1 de Maturana que “todo lo dicho es dicho por un observador”.

Desde estos planteamientos, es importante cuestionarse el papel que toma la ética a cada momento, sobre todo si se valora su rol cuando las personas se cuestionan si son objetivas o subjetivas frente a una consulta, el análisis de una situación o simplemente al dar una opinión. Tal vez lo que debería ser relevado es el nexo entre el observador y lo observado, y de esta manera no olvidar las particularidades del que observa y la dinámica de interacción que se produce. Así, la persona se hace cargo de su participación en un determinado asunto. No es menor el paradigma de la co-

construcción, donde por medio del lenguaje se van construyendo realidades, como define Humberto Maturana (1997), quien propone que el observador se entera de que cada dominio de realidades es un dominio de su praxis del vivir con las coherencias operacionales de su praxis del vivir. Así, se deduce que el camino explicativo de la objetividad entre paréntesis el observador se encuentra a sí mismo como generador de toda realidad a través de sus operaciones de distinción en la praxis.

### **1.1.3. La psicología jurídica**

Se refiere a la disciplina psicológica asociada a la Ciencia del Derecho. Esto, en la práctica, involucra el estudio del comportamiento y una aplicación metodológica que permita respaldar una teoría de caso. Para Piaget (Archives Piaget, 2010) señala que, en las ciencias jurídicas, ambas disciplinas ocupan posiciones diferentes, dado a que el derecho constituye un sistema de normas y una norma se distingue por su obligatoriedad, por su deber ser y validez.

En virtud de lo anterior, para efectos de este estudio, se utilizará la definición de Garrido, Masip y Herrero (2006), quienes definen la psicología jurídica desde una construcción que emana de las necesidades aparecidas desde la praxis, del trabajo con tribunales. Ellos precisan que “la Psicología jurídica trata de los supuestos psicológicos en que se fundamentan las leyes y quienes las aplican, bien sean juristas bien sean psicólogos con el fin de explicar, predecir e intervenir” (p. 7). Su relación con el derecho es aportar elementos al juicio que permitan verificar la tesis del caso en un determinado hecho presentado por un letrado a cargo, pues este no tiene otra participación más que la

de emitir una conclusión en base a pruebas psicométricas y análisis de un determinado individuo. Más aún, no debe referirse al hecho o los hechos en cuestión. Así, es el letrado quien utiliza la información conforme sea útil para su caso. Desde este punto de vista, la Psicología y el derecho se aproximan desde la necesidad de entender y regular la conducta del individuo. No obstante, hay diferencias: la ley está investida y, por tanto, obliga y sanciona una determinada conducta; hay un deber ser que la sustenta. Por su parte, la psicología regula los procesos conductuales a través de la motivación, el ser, la voluntad de decidir libremente y optar.

M. Clemente (1998) define la Psicología Jurídica como el estudio de las personas que tienen la necesidad de desenvolverse dentro de ambientes regulados jurídicamente, así como de la evolución de dichas regulaciones jurídicas o leyes en cuanto que los grupos sociales se desenvuelven en ellos. A través del tiempo, ha ido profundizando sus distintos ámbitos de acción de manera de constituirse en una disciplina que contribuya de una manera particular y especializada a la rama del derecho, a través de la explicación o acercamiento al entendimiento de la conducta humana. Clemente señala que, si bien la disciplina surgió hace más de cien años, solo en los últimos decenios se ha desarrollado.

Por otra parte, Soria (2005) propone doce campos de acción de la Psicología Jurídica: la forense, la judicial, la penitenciaria, la de prevención criminal, la policial, de investigación criminal, la militar, la juvenil, la de resolución alternativa de conflictos, la de asesoría en la abogacía, la norma jurídica y la victimización criminal. En estos ámbitos se ha incluido la participación del psicólogo desde distintos roles, como perito,

testigo, terapeuta, asesor, etc. Entre ellos, este trabajo se centra en dos: primero, en la llamada Psicología Juridicial, que estudia aquellos factores extrajudiciales que aportan elementos a la decisión de los organismos judiciales, y segundo, particularmente en la Psicología Forense, la cual presenta a manera de conclusión aquellos hallazgos fruto de sus pericias particulares, los que son muy utilizados en los casos de cuidado personal.

Así, la participación de la Psicología en el ámbito jurídico requiere la adaptación de sus conocimientos al marco legal, de manera que sea útil y entendible para quienes la utilizan. Entre sus actividades están el testimonio que implica la participación del psicólogo generalmente como terapeuta de proceso, o la comparecencia en juicio, que implica la participación del psicólogo generalmente en calidad de perito, principalmente en el área de familia y penal.

En materia de Familia, por lo general se solicitan cuando hay en juego una mediad de protección a favor de un niño en riesgo, o cuando se requiere despejar algunas condiciones psico-socio-ambientales, en temas de relación directa y regular, pensión de alimentos o cuidado personal.

En el área penal, las evaluaciones que se solicitan están enmarcadas desde la posibilidad de determinar una inimputabilidad disminuida de una persona. Por ejemplo, en una causa, un consumo de drogas, su nivel de adicción, su estado emocional al momento de los hechos que se le imputan. El objetivo es lograr explicar a través de una evaluación qué hace que la persona actúe de determinada manera, o cómo se explica su grado de participación.

En la praxis, la participación de los psicólogos varía dependiendo de los criterios subjetivos del acto jurídico. Un ejemplo es el caso de los consejeros técnicos que trabajan en los juzgados de familia, cuya participación en audiencias se ha visto cuestionada debido a los criterios particulares de cada juez o tribunal. Otra instancia jurídica de participación de los psicólogos es en la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos (URAVITES) del Ministerio Público, que también presenta variantes de acuerdo a los criterios de cada fiscalía. Aquí, si bien cuentan con objetivos generales de trabajo, su capacidad de análisis se ve limitada, exponiéndose a la llamada sobreevaluación.

#### ***1.1.3.1. Legislación sobre la participación de peritos***

En Chile, el marco legal que actualmente regula la participación de peritos y la pericia como prueba se encuentra normado en el Código Procesal Penal, el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Tribunales de Familia. De la presente legislación se destacan los libros, capítulos, párrafos, artículos e incisos que tienen una relación directa con la psicología forense.

El Código Procesal Penal (2008), entre sus artículos 314 al 329, señala, define y regula la participación de la pericia como prueba y de los peritos como expertos en sus materias. De ellos se destacan algunos específicos, identificando su respectivo inciso:

Artículo 314. - Procedencia del informe de peritos

El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito.

Procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito.

Artículo 315.- Contenido del informe de peritos. Inciso 1

Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito y contener:

- a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;
- b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y
- c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

Artículo 316.- Admisibilidad del informe, inciso 1:

El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que

los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el juez de garantía podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.

Artículo 317.- Incapacidad para ser perito.

No podrán desempeñar las funciones de peritos las personas a quienes la ley reconociere la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial.

Artículo 318.- Improcedencia de inhabilitación de los peritos

Los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado.

Artículo 319.- Declaración de peritos

La declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral se regirá por las normas previstas en el artículo 329 y, supletoriamente, por las establecidas para los testigos. Si el perito se negare a prestar declaración, se le aplicará lo dispuesto para los testigos en el artículo 299 inciso segundo.

En el ámbito de familia, la participación del psicólogo y otros profesionales se hace más latente, principalmente como mediador, perito, asesor o tratante. Los casos más comunes en los que se requiere su participación son sobre todo en causas de abuso sexual, de cuidado personal, de derecho de relación directa y regular, adopción, como las más comunes. Al igual que en el ámbito penal, se rigen a través de un marco legal, entre ellos el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Tribunales de Familia (2008). De esta última se destacan algunos artículos y sus respectivos incisos.

#### Artículo 45.- Procedencia de la prueba pericial.

Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito.

Procederá la prueba pericial en los casos determinados por la ley y siempre que, para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

Los informes deberán emitirse con objetividad, ateniéndose a los principios de la ciencia o a las reglas del arte u oficio que profesare el perito.

Asimismo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores que reciba aportes del Estado y que desarrolle la línea de acción a que se refiere el artículo 4º, N° 3.4, de la ley N° 20.032 cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto.

#### Artículo 46.- Contenido del informe de peritos

A petición de parte, los peritos deberán concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe. Sin perjuicio de lo anterior, deberán entregarlo por escrito, con tantas copias como partes figuren en el proceso, con la finalidad de ponerlo en conocimiento de aquéllas, con cinco días de anticipación a la audiencia de juicio, a lo menos.

Será aplicable a los informes periciales lo dispuesto en el artículo 315 del Código Procesal Penal.

#### Artículo 47.- Admisibilidad de la prueba pericial. Inciso 1

El juez admitirá la prueba pericial cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el tribunal podrá limitar el número de peritos, cuando resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.

#### Artículo 48.- Improcedencia de inhabilitación de los peritos

Los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su objetividad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el juez podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado.

#### Artículo 49.- Declaración de peritos

La declaración de los peritos en la audiencia se regirá por las normas establecidas para los testigos, con las modificaciones que expresamente se señalan en el acápite siguiente.

Si el perito se negare a prestar declaración, se le aplicará lo dispuesto para los testigos en el artículo 34. Excepcionalmente, el juez podrá, con acuerdo de las partes, eximir al perito de la obligación de concurrir a prestar declaración, admitiendo en dicho caso el informe pericial como prueba.

Del Código de Procedimiento Civil (2005) se destacan también algunos artículos indicando sus respectivos incisos. Este Código, entre sus artículos 410 y 425, señala, define y regula la participación de la pericia como prueba y de los peritos como expertos en sus materias.

#### Art. 409 (411).

Se oirá informe de peritos en todos aquellos casos en que la ley así lo disponga, ya sea que se valga de estas expresiones o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales.

#### Art. 410 (412).

Cuando la ley ordene que se resuelva un asunto en juicio práctico o previo informe de peritos, se entenderán cumplidas estas disposiciones agregando el reconocimiento y

dictamen pericial en conformidad a las reglas de este párrafo, al procedimiento que corresponda usar, según la naturaleza de la acción deducida.

Art. 411 (413). Podrá también oírse el informe de peritos: Inciso 1

1° Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte; y

2° Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

Artículo 412.- El reconocimiento de peritos podrá decretarse de oficio en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo podrán solicitarlo dentro del término probatorio.

Decretado el informe de peritos, no se suspenderá por ello el procedimiento.

Art. 413 (415). Salvo acuerdo expreso de las partes, no podrán ser peritos:

1° Los que sean inhábiles para declarar como testigos en el juicio; y

2° Los que no tengan título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera está reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.

Art. 414 (416).

Para proceder al nombramiento de peritos, el tribunal citará a las partes a una audiencia, que tendrá lugar con sólo las que asistan y en la cual se fijará primeramente por acuerdo

de las partes, o en su defecto por el tribunal, el número de peritos que deban nombrarse, la calidad, aptitudes o títulos que deban tener y el punto o puntos materia del informe.

Si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de las personas, hará el nombramiento el tribunal, no pudiendo recaer en tal caso en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por cada parte.

La apelación que se deduzca en los casos del inciso 1° de este artículo no impedirá que se proceda a la designación de los peritos de conformidad al inciso 2°.

Sólo después de hecha esta designación, se llevará adelante el recurso.

Art. 416 (418).

Cuando el nombramiento se haga por el tribunal, lo hará de entre los peritos de la especialidad requerida que figuren en las listas a que se refiere el artículo siguiente y la designación se pondrá en conocimiento de las partes para que dentro de tercero día deduzcan oposición, si tienen alguna incapacidad legal que reclamar contra el nombrado. Vencido este plazo sin que se formule oposición, se entenderá aceptado el nombramiento.

Artículo 416 bis.

Las listas de peritos indicadas en el artículo precedente serán propuestas cada dos años por la Corte de Apelaciones respectiva, previa determinación del número de peritos que en su concepto deban figurar en cada especialidad.

Art. 417 (419).

El perito que acepte el cargo deberá declararlo así, jurando desempeñarlo con fidelidad.

De esta declaración, que habrá de hacerse verbalmente o por escrito en el acto de la notificación o dentro de los tres días inmediatos, se dejará testimonio en los autos.

El perito encargado de practicar un reconocimiento deberá citar previamente a las partes para que concurran si quieren.

Art. 418 (420).

Cuando sean varios los peritos procederán unidos a practicar el reconocimiento, salvo que el tribunal los autorice para obrar de otra manera.

Art. 419 (421).

Las partes podrán hacer en el acto del reconocimiento las observaciones que estimen oportunas.

Podrán también pedir que se hagan constar los hechos y circunstancias que juzguen pertinentes; pero no tomarán parte en las deliberaciones de los peritos, ni estarán en ellas presentes.

De todo lo obrado se levantará acta, en la cual se consignarán los acuerdos celebrados por los peritos.

Art. 420 (422).

Los tribunales señalarán en cada caso el término dentro del cual deben los peritos evacuar su encargo; y podrán, en caso de desobediencia, apremiarlos con multas, prescindir del informe o decretar el nombramiento de nuevos peritos, según los casos.

Art. 421 (423).

Cuando los peritos discorde en sus dictámenes, podrá el tribunal disponer que se nombre un nuevo perito, si lo estima necesario para la mejor ilustración de las cuestiones que deban resolver.

El nuevo perito será nombrado y desempeñará su cargo en conformidad a las reglas precedentes.

Art. 422 (424).

Si no resulta acuerdo del nuevo perito con los anteriores, el tribunal apreciará libremente las opiniones de todos ellos, tomando en cuenta los demás antecedentes del juicio.

Art. 423 (425).

Los peritos podrán emitir sus informes conjunta o separadamente.

Art. 424 (426).

Los incidentes a que dé lugar el nombramiento de los peritos y el desempeño de sus funciones se tramitarán en ramo separado.

Art. 425 (427).

Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica.

En el ámbito civil es diferente y generalmente menos utilizada la participación del psicólogo, ya que por lo general solo se trabaja en la línea de determinar las facultades mentales de las partes en juicio, principalmente por herencia, o administración de bienes.

Como es posible apreciar, el marco regulatorio para la presentación y participación de los peritos está especificada. No obstante, las particularidades y especialidad son un mérito de cada uno de los profesionales que participa del proceso jurídico. Cada cual se va especializando en distintas materias, lo cual le va proporcionando al profesional elementos de análisis y currículo que le permite participar y aportar desde sus especialidades.

Otra aspecto importante de destacar en el ámbito de la Psicología Jurídica es la línea de investigación que buscan entender aquellos factores que pudieran influir en los jueces, como son: los resultados de la decisión, las actitudes, la atribución de responsabilidades, el objetivo de la sentencia, la experiencia y sexo, la personalidad, la ideología, la investigación de pruebas forenses y las características del caso. Otros factores que influyen en las decisiones son la opinión pública, la argumentación pública, la discusión judicial y las interacciones extrajudiciales. Todos estos elementos son

importantes para el análisis de diferentes sentencias, las que resultan disímiles incluso frente a los mismos hechos.

## **I.2 Antecedentes relativos a la legislación en materia de derecho de menores y familia**

Actualmente en procesos de Tuición o Cuidado Personal, opera el principio de la corresponsabilidad solo si las partes, al no llegar a acuerdo, requieren de un externo para dirimir la custodia o cuidado del niño/a.

Históricamente, el Código Civil establecía en su artículo 225 que, si los padres viven separados, a la madre le toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, sub-inscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres actuando de común acuerdo podrán determinar que el cuidado personal de uno o más de los hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse cumpliendo las mismas solemnidades. Ahora bien, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Sin embargo, no podrá confiarse el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro, pudiendo hacerlo; mientras una sub-inscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otro posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

Lo anterior está directamente relacionado con el artículo 229, que establece el derecho de relación directa y regular para el padre que no detenta el cuidado personal del hijo.

Por otro lado, el Código Civil de 1990 señala en su artículo 245: “Si los padres viven separados, la patria potestad, será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal de hijo, de conformidad al artículo 225” del Libro I de las personas, Título IX. Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad, se aplicará al acuerdo o la sentencia judicial las normas sobre subinscripciones previstas en el artículo precedente. De aquí se desprende nuevamente uno de los indicadores que, según la Corte Interamericana de los Derechos del Niño, regula la aplicación de norma: el interés superior del niño. “El principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como, en la naturaleza y alcances de la convención sobre los derechos del niño” (Microjuris.com, s.f.).

Actualmente y luego de la aprobación del proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, se busca transformar la regla de atribución legal supletoria a favor de la madre, que opera cuando los padres se separan.

Es así que la modificación al Código Civil plantea, en su artículo 224, la importancia de la corresponsabilidad como principio, que busca que ambos padres vivan juntos o separados, participen de la crianza de sus hijos, de manera activa, equitativa y permanente. En la modificación al artículo 225, se señala que el cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad. Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, los hijos quedarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. A menos que las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro padre de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiera alguna forma de ejercicio compartido. Sin perjuicio, de lo anterior el juez debe establecer la frecuencia y libertad con que el otro padre mantendrá una de la relación directa, regular y personal. En relación a la patria potestad, artículo 244, reemplazará el inciso segundo: “a falta de la suscripción del acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad”. Todo lo anterior queda sujeto en un primer momento la voluntad de las partes, o de lo contrario a resolución judicial, la cual tendrá como eje primordial el interés superior del niño.

Respecto del tema del cuidado personal y la posibilidad de ejercer el cuidado personal de manera conjunta, se establecen una serie de criterios, de manera de salvaguardar el interés superior del niño, donde el juez deberá ponderar factores como:

- a) El bienestar que implica para el hijo el cuidado personal del padre o madre, o el establecimiento de un régimen judicial de relación directa, regular y personal, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional.
- b) Los riesgos o perjuicios que podrían derivarse para el hijo en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual.
- c) El efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del hijo.
- d) La evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años.

Además, el artículo 225-2 introduce ciertos criterios a considerar por el juez cuando sea llamado a aprobar un régimen de cuidado personal compartido:

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

- 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 a 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 y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante según el interés superior del hijo.

A continuación se exponen algunos ejes relacionados con el estudio de los procesos de tuición o cuidado personal de menores. En primer lugar, se plantea los alcances del derecho de familia. En segundo lugar, se contextualiza la Ley de Tribunales de Familia. En tercer lugar, los derechos del niño, y finalmente el interés superior del niño, los cuales entregan la base de análisis como piedra angular en estas materias. Posteriormente, a manera de procedimientos, se exponen conceptos como la mediación, cuidado personal y relación directa y regular.

### **1.2.1 El Derecho de Familia**

Puede ser definido desde un sentido jurídico objetivo y otro subjetivo. Así, Ramos Pazos (2009) lo define desde un sentido subjetivo se habla de derechos de familia para referirse a las facultades o poderes que nacen de aquella relación que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el

cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar. Y en un sentido objetivo es el conjunto de normas y preceptos que regularizan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia.

En el marco del derecho de familia, el concepto de filiación es entendido como un fenómeno jurídico que se fundamenta en la procreación, dando paso a la relación o vínculo hijo-madre, hijo-padre, enfocado en el hijo, sea natural o adoptivo. Es desde esta relación o vínculo que emanan los derechos de los hijos respecto de sus progenitores.

Por otra parte, el concepto de familia, desde una visión jurídica se entiende como un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley les atribuye algún efecto jurídico.

Troncoso Larronde (2006) distingue tres tipos de familia, atendiendo su fuente de origen:

- Familia legítima: Es aquella que surge de la unión sexual y procreación dentro del matrimonio.
- Familia natural, Es aquella que surge de la unión sexual y procreación fuera del matrimonio. Esta no constituye una entidad jurídica.
- Familia adoptiva: Es la que surge de un acto jurídico y cuya virtud se asimila a un individuo biológicamente extraño a un hijo engendrado dentro de la unión matrimonial.

Desde un punto de vista psicosocial la familia se define en relación a su función social. Así, la Constitución Política, en su artículo 1 inciso 2, señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Desde esta premisa, es posible atribuirle las

funciones de socialización y de protección psico-socio-afectiva de que cada ser humano que la integra. Se pueden definir algunos tipos de familia que se han ido conformando en relación a la influencia de los cambios sociales ocurridos, los cuales necesariamente interfieren en su conformación y funcionamiento. Tal vez uno de los indicadores recurrente es el ingreso de la mujer al mundo laboral, lo cual le ha generado una multiplicidad de roles, como proveedora, agente de socialización y apoyo afectivo. Esto ha desencadenado nuevas composiciones familiares, las que pueden definirse según quienes la integran:

- Familia Monoparental: Es la que se compone por uno de los padres o progenitores.
- Familia Extensa: Es la familia que integrada por los ascendentes y descendentes del niño y de uno o los progenitores.
- Familia Integrada: Es la familia que se conforma luego de la disolución de una relación anterior, donde hay hijos de uno o ambos padres.
- Familia Nuclear: Es la compuesta por ambos padres y sus hijos.

## **I.2.2 Ley de Tribunales de Familia**

Los Tribunales de Familia se crean a partir de la Ley 19.968 en el año 2004, como una judicatura especializada en las materias concernientes a temas de la esfera familiar, donde se encuentran implicados niños y adolescentes. Su rol o competencia es conocer y resolver algunas de las siguientes materias: derecho de cuidado personal, derecho-deber de los padres, la relación directa y regular, patria potestad, alimentos,

disensos para contraer matrimonio, la vida futura de un niño, filiación y maltrato, entre otras. Esto, a raíz de la necesidad de resolver los conflictos o muchas veces pugnas que se presentan entre la relación de los cónyuges y estos respecto de sus hijos y su rol en la justicia chilena es dar una respuesta eficiente y especializada, que resulte ser suficiente al conflicto presentado. Es así que el rol del juez en este tribunal hace referencia a resguardar la aplicación de la ley concerniente a una adecuada interpretación de la norma, supervigilando que sus decisiones prioricen el interés superior del niño.

### **I.2.3 Los Derechos del Niño**

Se fundamentan en una serie de hitos que han marcado el progreso humano en materia de derechos, sustentados en la carta fundamental de derechos humanos que deriva una carta fundamental de los derechos del niño como convención internacional. Es así como recién en el siglo XVII, comienzan a aparecer las primeras acciones en torno al derecho que tienen los niños, comenzando a inscribir sus nacimientos, se comienzan a modificar las jornadas laborales y se crean sociedades para la prevención de la crueldad en los niños. Ya en el siglo XIX aparece el concepto de custodia (Cid Droppelman, 2005) y se comienza hablar de sujeto de derechos por sobre un ente de acción proteccional.

En Chile, en el año 1990 se suscribe la Convención de los Derechos del Niño, dando paso a una serie de modificaciones en otras leyes como la Ley de Filiación, la Ley de Adopción, la Ley de Tribunales de Familia y modificaciones al Código Civil, entre otras, como una manera adaptarse a los nuevos desafíos en materia de derecho de

menores. De esta manera, la Convención de los Derechos del Niño define un marco conceptual a la hora de tomar decisiones respecto de conflictos en los cuales se ven implicados los niños, como situaciones de abandono, salud, educación, explotación, infracciones penales, temas de familia como; el derecho-deber entre padres e hijos, donde se resuelven temas de relaciones directa y regular, cuidado personal, entre otros.

En su artículo 3, inciso primero, la Convención señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”. De la misma manera el art. 242, inciso 2, señala: “En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. De este modo el interés superior del niño se convierte en un concepto fundamental y obligatorio al mismo tiempo, para todos quienes son intervinientes en la resolución de un conflicto en que se vea involucrado un niño”.

#### **I.2.4. El interés superior del niño**

En su definición, de acuerdo a al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (2010), el interés superior del niño es un principio, pues establece la necesidad de anteponer los derechos del niño antes otras necesidades que presentes terceros, sean los padres o la sociedad. Existen varias explicaciones y definiciones de lo que debemos entender como el interés superior del niño, entre ellas destaco:

Funciona como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no constituye soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente (Cillero, 1999).

Baeza (2011) lo define como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar. Rodríguez Pinto (2009a) señala que se trata de un concepto que depende demasiado de las coordenadas personales y circunstancias del caso; es cambiante, evoluciona con el paso del tiempo. Ortega Guerrero (2002) define el interés superior del niño es un bien jurídico protegido por el ordenamiento. Para materializar esta protección, se configura como el criterio prioritario a la hora de tomar decisiones que afecten a los niños, niñas y adolescentes.

Goldstein (2000), respecto del interés superior del niño, considera tres directrices para determinar la ubicación y el proceso de ubicación de los niños cuya custodia es objeto de una acción legal: a) Las decisiones de ubicación deberían salvaguardar la necesidad del niño de continuidad en las relaciones personales, b) las decisiones de ubicación deberían reflejar el sentido temporal del niño, y no el de los adultos, y c) las decisiones de ubicación del niño, deben tener en cuenta la incapacidad de la ley en supervisar las relaciones interpersonales y los límites del conocimiento para realizar predicciones a largo plazo. Estos conceptos no están definidos desde el derecho: sino más bien desde la psiquiatría, psicología y trabajo social.

Por ende, entenderemos el interés superior del niño, partiendo de la base de que es un sujeto de derechos, lo cual implica que tiene derechos y obligaciones y el Estado debe garantizarlo como tal. Que a la hora de analizar una situación que les involucre, de acuerdo a su edad hay que escucharlo y tener en cuenta su opinión. Del mismo modo, debe ser una directriz para quienes deben opinar respecto de alguna materia que les incumban, y no perder de vista que como sujetos de derecho la ley tiene el deber de amparar y proteger sus derechos e intereses. Por ende, hay una responsabilidad más allá del ejercicio práctico de la aplicación de la norma que es el respeto por el otro, validando como tal, una persona con intereses, sentimientos y valoraciones de la realidad que le rodea, que tiene su propia vivencia y una manera particular de entenderla, según su contexto y edad.

Por ende, alejados de la mirada de una política Estatal, que quiere protegerlos desde sus carencia o falencia, de menores, sino como personas con capacidades, habilidades y recursos, que van desarrollándose en el tiempo, y del cual la sociedad debe ser parte co-laborante, formativa, legitimadora. De esta manera, es posible situarse desde los paradigmas que dieron paso a la Convención de los Derechos del Niño, dando cuenta de la misma, desde la praxis del día a día. Teniendo siempre presente, que nos niños crecer y a medida que van desarrollándose sus habilidades y conocimiento del medio que los rodea comienzan a construir su historia y a ser parte de la historia de otros.

### **I.2.5 La Mediación**

La Ley de Matrimonio Civil trae como alternativa de resolución de conflicto, en temas de familia como el cuidado personal, pensión de alimentos, relación directa y regular, participar de un proceso de mediación. Esta, más que un procedimiento, establece una nueva forma de enfrentar los conflictos, considerando que la base de cualquier modelo de mediación es la comunicación, entendida esta como interrelación entre las partes, las cuales procesan información, interpretándola y re-significándola. Desde este contexto, la mediación se transforma en un proceso formal y flexible alternativo a la resolución de conflictos, en el cual un tercero facilita procesos de comunicación entre las partes, con el objetivo de resolver un conflicto presentado o vivenciado. Algunas de sus características son: es autocompositiva, extrajudicial, flexible, regulada legalmente y colaborativa.

La mediación se instala como una opción nueva, en muchos casos desconocida e incluso mal interpretada en su función, pero se adapta a las necesidades y está en proceso de reconocimiento.

Entre los modelos teóricos más conocidos y utilizados están: el modelo de Harvard, el más tradicional, el cual busca disminuir las diferencias y aumentar las semejanzas, valores, intereses, etc., el modelo transformativo, cuyo objetivo es modificar la relación entre las partes desde el “empowerment” de las relaciones, y el modelo circular narrativo, que busca facilitar los procesos, estimular, reforzar y orientar la motivación de la persona al cambio, considerando conceptos como la cibernética, teoría general de los sistemas, la causalidad circular, co- construcción.

### **I.2.6 El cuidado personal**

Se define como conocimiento común que la Tutela es la Autoridad que en defecto de la paterna o materna se confiere para cuidar de la persona y de los bienes de quien por cualquier causa carece de capacidad civil. El Código Civil, en el Título IX del Libro I de las personas, establece: “Si los padres viven separados, a la madre le toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro civil, suscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más de los hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades”.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiarse el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro, pudiendo hacerlo. Por otro lado, señala en su artículo 244 el Código Civil (1990): “Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal de hijo, de conformidad al artículo 225 del Libro I de las personas. Título IX. Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad, se aplicará al acuerdo o la sentencia judicial, las normas sobre suscripción previstas en el artículo precedente”. De aquí se desprende nuevamente uno de los indicadores que regula la aplicación de

norma: el interés superior del niño, el cual se define como, principio regulador que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la convención sobre los derechos del niño (Carta Fundamental de los Derechos del Niño, 1990).

Es de competencia de los de los jueces de familia determinar a quien corresponda la cuidado personal de los menores; establecer, en caso de desacuerdo entre los padres, la forma en que ha de ejercerse el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil, Libro I de las personas. Título IX, así como suspender o restringir su ejercicio, según corresponda, y de declarar la suspensión o pérdida de la patria potestad y autorizar la emancipación. Este artículo es discutible desde la Constitución Política de la República, que sostiene en su artículo 19, inciso 2 la igualdad ante la ley: “En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombre y mujeres son iguales ante la ley”.

Ni la ley ni las autoridades podrán establecer diferencias arbitrarias. Este artículo, sumado a los artículos 3 y 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, citados anteriormente, presentan una discusión en torno al criterio de atribución legal y judicial del mismo. Así lo analiza en extenso la abogada María Soledad Rodríguez Pinto (2009a, 2009b), quien señala como ventaja la reducción judicial de los conflictos y evitar el dolor de ver a los hijos en un litigio entre sus padres por la custodia.

Una alternativa que ha surgido hace años en derecho de familia como una manera de soslayar a quien corresponde el cuidado personal del hijo o los hijos es la llamada

custodia compartida, que en países como Italia, Francia y Alemania se encuentra en ejercicio. En los últimos años en Chile se habla del concepto, sobre todo a través de las asociaciones de padres que ven vulnerados sus derechos respecto de sus hijos. Así algunos autores la definen de la siguiente manera:

Custodia compartida, la asunción compartida de la autoridad y responsabilidad en relación a todo cuanto concierna la niño; el respeto de su derecho a continuar contando afectiva y realmente, con su padre y una madre; el aprendizaje de modelos solidarios entre ex esposos pero aún socios parentales; acuerdos entre los integrantes de la familia sobre los tipos de convivencias del niño con uno y otro (Salzberg, 1992).

La corresponsabilidad parental, de acuerdo con Lathrop Gómez (2010), se puede entender como el conjunto de derechos de derechos y deberes que se generan de la relación paterno-materno-filial, sin distinción de ninguna especie. Conforme a esta noción amplia de cuidado personal, en situaciones de crisis matrimonial o de pareja, la custodia conjunta y compartida equivaldría al coejercicio de la responsabilidad parental.

### **1.2.7 La relación directa y regular**

Se establece dentro de la relación derecho-deber entre los padres y los hijos. El Código Civil, en su artículo 229, señala: “El padre o la madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien tiene a su cargo, o en su defecto, con las que el juez estimare convenientes para el niño. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho

cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundamentalmente.”

De igual manera lo ratifica la Convención de los Derechos del Niño en su art. 9 párrafo 3: “Los estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o 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”.

Las modificaciones planteadas al Código Civil en materia de cuidado personal, también señalan, respecto del artículo 229: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber que consiste en mantener con él una relación directa, regular y personal, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.”

### **1.3 Atribuciones judiciales propias de los tribunales, al momento de valorar la prueba y resolver una causa**

Las siguientes atribuciones tratan de explicar la forma y/o procedimiento por el cual debieran guiarse los jueces al momento de analizar una causa, haciendo uso de su formación, de las condiciones y poder del cual están investidos. Se inicia desde una base general, para luego avanzar a un análisis más específico.

#### **I.3.1 Razonamiento Jurídico y Toma de Decisiones Jurídicas**

A medida que se profundiza en el derecho, es posible catalogarlo, en cierto sentido, como la ciencia de la motivación de conductas: los legisladores motivan a los ciudadanos mediante leyes para que se comporten de determinada manera, los abogados motivan a los jueces para que dicten sentencia de acuerdo a los intereses de sus respectivos clientes y los jueces (mediante un control constitucional) motivan a los miembros del ejecutivo, para que solo actúen dentro de cierto ámbito.

Ahora bien, ¿qué motiva al juez cuando lleva a cabo su función de decisor?, ¿es acaso la ley proclamada por el legislativo? De ser así, sería muy lógico, ya que el juez es un ciudadano más, es decir, el juez, al igual que un ciudadano común, se ve motivado por la ley. ¿Qué motiva realmente a un juez?, ¿será lo mismo que al resto de los seres humanos?, ¿cómo intentan los abogados captar su voluntad para insinuar un resultado favorable?

La racionalidad, como herramienta del pensamiento, tiene un gran reconocimiento a la hora de tomar una decisión, tal como lo muestra su uso en el conflicto armado, uno de los ámbitos más sensibles de la realidad humana. En él no hay lugar para decisiones intuitivas o al ensayo de prueba y error, ya que de esas decisiones dependen vidas humanas, recursos económicos y objetivos políticos. Así, por ejemplo, en Argentina, a fin de tomar la mejor decisión, los oficiales de Estado Mayor utilizan un procedimiento que se denomina Proceso de Planificación de Comando, (PPC) cuyo objetivo es guiar el pensamiento a través de un esquema lógico, para facilitar el hallazgo de la mejor solución y al mismo tiempo uniformar la presentación de problemas (Lionetti de Zorzi, 2005/2006).

El sistema funciona (en una manera muy simplificada), de la siguiente forma:

- **Se define el problema** y, al mismo tiempo, se delimita qué se pretende y cuál es la finalidad de lo pretendido.
- **Se analiza el problema.** Este segundo paso, más extenso que el primero, incluye a su vez otros procesos específicos:
  - **Indagar su historia**, es decir, recabar toda la información tendiente a saber el origen, los motivos, si es reiterativo, etc.
  - **Establecer las relaciones y los límites que el problema y su solución requerirán.** De ese modo, se acota el problema y, al mismo tiempo, se lleva a cabo una relación entre su solución y la situación actual.
  - **Plantear suposiciones** a fin de, entre otras cosas, encontrar soluciones alternativas y anticiparse a posibles hechos que puedan modificar la situación inicial.
  - **Analizar la situación y los factores que la han determinado**, para determinar de qué modo inciden esos factores sobre el problema a resolver, etc.
  - **Sopesar posibles soluciones**, primero enunciándolas, luego comparándolas entre sí. Se elige la mejor de todas ellas a través de distintos enfoques (ya sea basados en simulaciones, en el pasado, en el juicio profesional, a través de un análisis de aptitud, factibilidad y aceptabilidad, etc.).
  - **A partir de ese momento surge la acción recomendada.**

En vista de que “... la teoría de la elección social supone que la toma de decisiones es racional cuando cumple con cuatro criterios básicos: coherencia, individualismo, mecanicismo y consecuencialismo” (Racimo, 2004). Esta especie de modelo cartesiano

pareciera cumplir con el criterio de elección racional y al mismo tiempo ser suficiente como para resolver cualquier tipo de problema y de situación. Entonces, sería la racionalidad el imperante absoluto a la hora de tomar una decisión.

Ahora bien, en el *Law and Economics* se plantea la eficiencia desde el derecho. En este ámbito, la eficiencia puede entenderse como “... buscar —por medio de la interpretación jurídica— el máximo beneficio posible en el marco de las circunstancias del caso, para el mayor número posible de sujetos comprometidos en dicho caso, a los menores costos posibles” (Lionetti de Zorzi, 2005/2006, p. 5). La eficiencia se realiza mediante un proceso que “parte del individualismo metodológico, es decir, de las elecciones que haría el individuo a fin de maximizar su utilidad; se vale de las reglas de la Economía para predecir esa conducta; construye un modelo sobre esas premisas, y a partir de ello obtiene un poderoso instrumento de análisis modélico para el estudio de situaciones empíricas” (íbid.). Vale decir, es la aplicación del análisis microeconómico a las normas e instituciones jurídicas. Es por eso que el análisis económico del derecho otorga más argumentos para pensar en una decisión racional por parte de los individuos, y especialmente del juez.

Ahora bien, si uno considerara el conflicto jurídico como un “complejo sistema de incertidumbres y de intereses que las más de las veces se pueden maximizar mutuamente y no enfrentar” (p. 6), entonces, no se puede obviar que en el ámbito del *Law and Economics* se busca reducir esa incertidumbre a través de “la posibilidad de predecir ciertos efectos no deseados, de tal o cual normativa en relación con la comunidad” (íbid.). Una de las formas de reducir la incertidumbre es guiando conductas

a través de la norma jurídica, la cual, es un “promotor de situaciones de acción de las personas. Esto quiere decir, que este tipo de lenguaje, tiende a crear en las personas, una idea (e inclusive sentimientos) de obligación, a realizar el estado de cosas señalado (por los enunciados normativos) que simplemente es deseado y no existente realmente” (ibid.).

Por último, si se busca predecir efectos no deseados, es porque se sabe qué es lo deseado y se actúa en consecuencia, es decir, porque se adoptan decisiones racionales. Sin embargo, hablar de racionalidad no es algo simple; hay más de un modelo de racionalidad, y más de un inconveniente. El modelo más simple es el de racionalidad instrumental. En palabras de Calvo Soler (2003): “La racionalidad instrumental establece la selección de una acción en virtud de, por un lado, las consecuencias que esta genera y, por otro lado, las preferencias de los individuos respecto de dichas consecuencias” (p. 64).

Como comenta el autor, la principal característica reside en que cada acción está relacionada con un solo fin. El problema reside en que este modelo no brinda una explicación satisfactoria en aquellas circunstancias en las que haya una pluralidad de acciones que conllevan al fin deseado, ya que, de darse el caso, no encontraría una explicación, porque de entre las dos alternativas posibles, la persona eligió una y no otra.

Un modelo algo más complejo es el de *racionalidad en sentido débil*. Este modelo parte del principio de que es imposible reducir los criterios a una única medida, es entonces que “frente a la pluralidad de acciones surge la pluralidad de criterios a los efectos de conformar una preferencia extrínseca” (Calvo Soler, 2003, p. 126). De esa

preferencia, surgirá un criterio y habrá tantos criterios como niveles hay hasta llegar a un último criterio ordenador, denominado metacriterio. Sin embargo, el autor se cuestiona “si no será necesario conceder que, en última instancia, el nivel de ordenación de los criterios se reduce a una mera cuestión de preferencias intrínsecas del agente” (pp. 127-128). Entonces, resultaría difícil explicar de dónde surge el metacriterio, salvo una respuesta poco racional de *porque lo prefiero*. A esto hay que agregarle el problema que deviene cuando la dificultad del problema a resolver no permite crear un metacriterio, o por la naturaleza del problema que sólo hay una solución posible. En síntesis habría casos en los que “... no tiene sentido predicar la racionalidad de las acciones” (p. 129).

En este punto, Calvo Soler propone el modelo de *racionalidad agregativa*. Este tiene como principio que es necesaria una metapreferencia cuando hay insuficiencia de información, pero si se contara con una regla de agregación, se podrá resolver el problema más allá de contar o no con un metacriterio; de hecho, podrá resolverse sin él. Para ello, sin embargo, habrán de establecerse una serie de reglas a fin de establecer una estructura deliberativa; así, se plantea un método para que la regla agregativa sea racional, ya que este método de agregación de preferencias se basa en los criterios, pero, al mismo tiempo, no asume la existencia de un último nivel ordenador (o metacriterio).

Para tal fin, el autor utiliza dos condiciones propuestas por Kenneth Arrow (Lionetti de Zorzi, 2005/2006): el de universo irrestricto (que establece que se debe resolver el problema de pluralidad de alternativa con independencia, de cómo estén conformadas las funciones) y el de dictadura (que niega la posibilidad de establecer prioridades entre diferentes informaciones criteriosales). A ellas, se suma una propuesta de

Amartya Sen, la de neutralidad, que estipula que la única información relevante es la que resulta de las proyecciones de los criterios sobre las alternativas. La idea de estas reglas es la de “establecer que tipos e información son tenidos en cuenta y cuáles no a los efectos de conformar la preferencia agregada” (Calvo Soler, 2003, p. 188). Finalmente, Calvo Soler culmina señalando que “la valoración del decisor se relaciona con la siguiente cuestión: en qué medida las informaciones criterioales no conocidas pueden modificar la decisión a tomar sobre la base de las informaciones conocidas” (p. 208). Sin embargo, la respuesta a este interrogante, dado el problema epistémico que enfrenta el decisor, no puede darse, obviamente atendiendo a los criterios que él desconoce.

En cambio, una respuesta posible a este interrogante puede asentarse en las propias experiencias del decisor respecto de las decisiones anteriores; “es sobre la base de este conjunto de experiencias que el individuo establece una valoración del nivel de información con el que cuenta para tomar una decisión” (p. 208). Como consecuencia, el autor concluye que este tipo de racionalidad (por lo menos en el ámbito de la toma de decisión del seguidor de normas jurídicas), si bien supera a los anteriores en muchos aspectos, resuelve solo parcialmente algunos argumentos como el de la insuficiencia de las nociones usadas y el de la irracionalidad del cambio.

### **I.3.2 El acto de juzgar**

El término juzgar implica un amplio espectro de significados de carácter mayor, todos los cuales, involucran: opinar, evaluar, fijar prioridades jerárquicas, apreciar y por último, aprobar. Desde un punto de vista objetivo, se considera una proposición

verdadera, justa, buena y legal. Desde el conocimiento, y siguiendo a Descartes, procede de la conjunción del entendimiento (que evalúa lo verdadero y lo falso) y la voluntad (como aquella circunstancia que decide en el ámbito subjetivo). Otra acepción es tomar partido por alguna de las proposiciones.

En el campo judicial, el juicio se presenta en la praxis social en un nivel del intercambio de discurso que Jungen Hanerman asocia con la actividad comunicacional, al amparo del fenómeno principal de esta práctica que es el proceso.

Paul Ricoeur (lo justo entre lo legal y lo bueno) considera cuatro condiciones para la realización del acto de juzgar, para que este sea considerado como autorizado o competente:

- La Existencia de leyes escritas.
- La presencia de un marco institucional: tribunales, juzgados, etc.
- La intervención de personas calificadas, competentes, independientes, que son las “encargadas de juzgar”.
- Un curso de acción constituido por el proceso, cuyo objetivo consiste en dictar sentencias.

El acto de juzgar expresa la fuerza del derecho en virtud de la doble relación que entabla con la ley. Por una parte, parece simplemente aplicar la ley a un caso: es lo que Kant denominó juicio determinante. Sin embargo, ello también equivale a una interpretación de ley, ya que ningún caso se limita a ser la ejemplificación de una regla.

El contenido de los fallos lamentablemente no expresan sino las razones positivas y jurídicas, las únicas sometidas a la fiscalización del superior en la jerarquía

jurisdiccional y en base a un criterio relativo a la apreciación libre de los hechos, donde actúan la institución, el sentimiento y la voluntad.

La gran diferencia que existe entre el juicio científico y el juicio que adoptan los jueces es que el primero es generalmente sobre fenómenos; en cambio, el juicio jurisdiccional es concreto, particularizado, práctico y relacionado con la vida, la libertad y la veracidad en el campo del derecho. El llamado arte de juzgar, a partir del cual el proceso del juicio es la elaboración de las soluciones jurídicas que conforman la jurisprudencia que se encuentra también en aquellas resoluciones judiciales que plantea una amplia gama de aplicaciones de principios fundamentalmente del derecho, por lo cual las acciones y pasos que siguen el juez en su operación racional de conformación de la decisión están radicados en pequeñas apreciaciones subjetivas de carácter parcial, que son aquellos juicios concretos que van conformando el juicio definitivo y total que es la resolución decisoria del tribunal.

El método lógico consiste primeramente en descomponer un conjunto en sus elementos, para vislumbrar la dificultad, como ilustra el método cartesiano e investigar lo simple a través de lo complejo, lo distinto desde lo confuso; y luego juntar los elementos en un todo coherente, para captar su enlace o el carácter común: doble vía para avanzar desde lo desconocido a lo conocido. Todo juicio supone una descomposición del todo dado, de una totalidad de intuición, en sus elementos, para volverlos a combinar en una síntesis más clara.

La síntesis, el fallo, no puede ser sólidamente preparada más que por medio de cuidadosos análisis. Sin duda, la intuición profesional puede evitar una serie de

razonamientos y el conocimiento de los precedentes judiciales o jurisprudencia eludir nuevas búsquedas, pero se requiere, siempre, siguiendo la recomendación de Descartes, efectuar una enumeración tan completa, que estemos seguros de no haber omitido nada, y cerciorarse de que la causa no presenta un carácter nuevo, irreducible a lo ya juzgado.

### **I.3.3 El razonamiento judicial**

Según Agustín Squella (2012), hay presupuestos:

- Los jueces constituyen una categoría esencial de personas que tiene a su cargo la función jurisdiccional.
- En su función realizan un razonamiento jurídico, que toma el nombre de judicial.
- En el razonamiento judicial tienen un papel relevante las normas jurídicas.

Respecto de la fundamentación de la sentencia, Romero Moreno expone que cuando los jueces reflexionan sobre los fundamentos de la decisión, no deberían guiarse por ideas ético-jurídicas que dominan en la sociedad en un momento determinado. Piénsese en aquellas situaciones en que la moral de algunos jueces excesivamente conservadores chocan con concepciones sociales actuales más tolerantes, sobre la moralidad y las buenas costumbres.

### **I.3.4 La valoración de la prueba**

Para Taruffo (2002), la valoración de la prueba se sustrae del ámbito de las reglas jurídicas a partir del momento en que es atribuida al juez en lugar del legislador: resulta

así evidente que el fenómeno de la prueba no puede (o no puede ya) disolverse en las normas que lo regulan. Más en general, resulta imposible definir y analizar de forma completa la prueba si nos situamos exclusivamente en la dimensión jurídica del problema. Naturalmente, siguen siendo posibles y legítimos los análisis jurídicos del derecho de las pruebas: sin embargo, estos son definiciones parciales, ya que están referidos a una sola dimensión, aunque importante, del fenómeno de la prueba.

Esto supone que hay que recurrir necesariamente, también, a métodos provenientes de otros campos del pensamiento, en la medida en que remite necesariamente a problemas de orden general que, precisamente por ello, no pueden ser sensatamente capturados por un conjunto de reglas jurídicas ni comprendidos mediante el recurso exclusivo a las nociones y a las técnicas de la interpretación jurídica. El tema de la prueba, tiene la peculiar característica de remitir inmediatamente e inevitablemente fuera del proceso, e incluso fuera del derecho, a quien quiera tener una visión del mismo no reducida a unos pocos y no muy significativos fragmentos. No se quiere decir con esto que el análisis jurídico de la prueba carezca de sentido, sino que éste puede tener un significado no marginal, sólo en la medida en que sea integrado en una análisis adecuado de los aspectos extra-jurídicos del problema de la determinación del hecho.

Riquelme (2009) señala, respecto de la valoración de la prueba, que los jueces aprecian la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los procedimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso aquella que hubiera desestimado,

indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

### **I.3.5 La resolución judicial**

En el Código de Procedimiento Civil, Título XVII De las resoluciones Judiciales Art. 150(165) define las sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos. Es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto de juicio. Es sentencia interlocutoria la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria. Se llama auto, la resolución que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior. Se llama decreto, providencia o proveído, el que, sin fallar sobre incidentes o sobre trámites que sirvan de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso.

### **I.3.6 El veredicto**

Como concepto proviene del latín *vere* (que significa verdad) y *dictum* (que indica que dicta), se interpreta entonces como dictar la verdad. La verdad de la interpretación del juez que se guía seguía teóricamente únicamente por la ley y el derecho, a lo que cabe preguntarse en este estudio si dicha afirmación es cierta o falsa. Frente a la evidencia de

la praxis, es posible señalar que es falso o no plausible, como fundamentara un destacado abogado en derecho administrativo, Francisco Nieto, a través de las siguientes premisas: “el juez no decide solo por la ley y el derecho sino por otras causas, que interfieren en la misma línea, aparentemente inflexibles, que lleva desde la misma ley y los mismos hechos y los mismos resultados. El fundamento de una sentencia se encuentra no tanto en la ley como en el entorno del juez que la aplica, de tal manera que lo decisivo no es tanto el texto de la ley sino lo que quiere hacer el juez con ella” (Garrido *et al.*, 2006, s.p.). Desde la psicología se puede considerar como racionalización post-decisional, pues primero se reflexiona según el instinto, las premisas, la historia, las inspiraciones personales o los sentimientos de justicia, para luego encuadrar el veredicto en la norma.

### **I.3.7 La elaboración de la sentencia**

Es un acto de creación donde intervienen diversos factores, por un lado los hechos y sus efectos, la norma que reglamenta la situación y el razonamiento que lleva a la obtención de una convicción del órgano jurisdiccional, la cual necesariamente debe exteriorizarse en la resolución respectiva.

Según Carlos Cerda Fernández (1992), la decisión judicial constituye un proceso complejo, toda vez que, si bien existe un método para llegar a ella, también influyen otros factores, tales como las circunstancias históricas-contingentes, valores socialmente aceptados e incluso la ética propia del juzgador.

Es así, que para la elaboración de la sentencia, debieran cumplirse las siguientes etapas:

- Conocer la conducta y la norma atingente.
- Conocer las consecuencias a partir de una determinada decisión.
- Fijar el sentido y alcance de la norma elegida y establecerla con precisión al caso.

El esquema de decisión Judicial tiene a la base determinadas fuentes que permiten el que cada Juez tome una decisión, según su impronta influyen una u otras, es así que las fuentes son:

- Fuente Normativa, basada en el ordenamiento jurídico.
- Fuente Lógica, basada en la razón y comprensión.
- Fuente Sociológica, basada en las circunstancias historias contingentes.
- Fuente Axiológica, basada en el deber ser, la naturaleza de las cosas.
- Fuente consensual, basada en la aceptación, la credibilidad, la legitimidad y el consenso.
- Fuente Ética, se basa en los valores, la conciencia, la historia y la proyección personal.

Por eso, Cerda Fernández (1992) describe “tipos de jueces” enmarcándolos en cada una de las fuentes. Además, señala que para el jusnaturalista, será juez el que intuye y explicita esa justicia, que siendo trascendente al sistema positivo, es inmanente al caso.

Para un positivista, será juez el que aplique las prescripciones normativas al caso particular, por cuanto ve en el ordenamiento positivo un sistema consistente que cubre prácticamente toda situación.

Para el sociologista, será, juez es quien juzgue sin prescindencia de los intereses de los grupos y estructuras sociales.

Para el realista, simplemente el que actúe el derecho resolviendo las contiendas.

Para el analítico, en fin que descifre el contenido lógico de la estructura y el lenguaje de las normas al caso.

Como lo destaca Séneca, en la búsqueda de la solución más justa el juez emplea su criterio para establecer lo que le parece que constituyó la realidad de los hechos controvertidos, separando de esta manera lo verdadero de lo falso y minusvalorando las maniobras de la parte que demuestra ser menos escrupulosa.

El juez tiene un rol pasivo en lo que se refiere a la producción de las probanzas, lo que confiere importancia a la antes explicada “*causae coniectio*” (resumen de la causa judicial) porque a través de su íntima convicción el juez se convierte en el único obstáculo del entusiasmo, ilusión elocuencia o fraude de los litigantes.

### **I.3.8 La congruencia de las resoluciones judiciales**

Es lugar común en la doctrina definir la congruencia procesal como la identidad jurídica entre lo resuelto por el juez con las peticiones y oposiciones del demandante y demandado, respectivamente.

Existen autores, que definen la congruencia como “la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyan el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto” (Guasp, 1998, p. 483). Similar opinión sustenta Ramos Méndez, para quien “congruencia es la

adecuación entre las peticiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito y la parte dispositiva de la resolución judicial” (1997, p. 467).

En el ítem de lo relativo a la logicidad de las resoluciones judiciales, hemos observado que el proceso se desenvuelve a través de un juego dialéctico, en donde a cada parte se le da la oportunidad de optar las pruebas pertinentes, en busca del convencimiento del juez hacia la posición que defiende. Como todo juego, este posee un orden: en la etapa postulatoria, las partes tienen la carga de expresar los hechos que configuren sus pretensiones u oposiciones, y de acreditarlos. Con este material el juez fija los puntos controvertidos, respecto de los cuáles decide pertinencia y admisión de los medios probatorios, para su posterior actuación y valoración.

En dicho trayecto detectamos con nitidez la presencia de dos principios: el dispositivo y el contradictorio. El primero en cuanto corresponde a las partes aportar los hechos y las pruebas respectivas y, el segundo en la medida que lo aportado deberá ser puesto en conocimiento del contendor, quien tendrá la posibilidad de contradecir, o cuestionar, según el caso, los argumentos y los medios probatorios ofrecidos en su contra.

En este panorama, si el juez otorgara más de lo pedido; emitiera pronunciamiento sobre algo no pedido; o, fundara su decisión en hechos distintos a los alegados en el proceso, su decisión vulneraría a dichos principios; pues, al cambiar los términos del debate, de nada serviría lo aportado y, al mismo tiempo, les negaría a las partes la oportunidad de defenderse sobre los nuevos términos en los que coloco el asunto. Esto también significaría que el juez traspase las fronteras conceptuales con las que inicio el

curso de sus razonamientos, de modo que su decisión, además de ser incongruente bajo el prisma del derecho procesal, sería incoherente desde el punto de vista de la lógica formal; y, en concreto, desde la perspectiva del principio de identidad.

#### **I.4 Variables a considerar respecto de la valoración del interés superior del niño(a)**

Considerando la complejidad de los temas de familia, la revisión de los siguientes indicadores, por profesionales capacitados en el área permiten entregar elementos de análisis desde las áreas psicosociales a los actores jurídicos, los cuales deben tenerlas presentes al momento de analizar la causa. No hay que olvidar que se está frente a temas sociales-emocionales, de la esfera íntima de las personas, por lo cual la subjetividad y los interés muchas veces están contrapuestos. Por eso la importancia muchas veces la relevancia de un tercero imparcial, que desherede la situación, con respeto garantizando los derechos de los niños es prioritario.

##### **I.4.1 Las Competencias Parentales**

En este contexto surge la necesidad de definir lo que se entiende como competencias parentales. El concepto de competencias parentales “es una forma semántica de referirse a las capacidades prácticas de los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, y asegurarles un desarrollo sano. Su adquisición es el resultado de los procesos personales vivenciados por los padres, donde se mezclan las posibilidades innatas, marcadas por factores hereditarios, con los procesos de aprendizajes influidos

por la cultura y las experiencias de buen trato o maltrato, la historicidad, las capacidad de resiliencia y el cómo se construyen las experiencias determina en gran parte, el cómo los individuos establecen sus interacciones a nivel filial. De este modo los padres bienentrantes que fueron sujetos de dinámicas socio-familiares sanas han aprendido a responder de manera adecuada a las necesidades de sus hijos o hijas. Lo cual implica satisfacer sus necesidades múltiples (alimentación, cuidados temporales, protección, necesidades cognitiva, emocionales, socio-culturales, etc) pero dada la evolución y desarrollo, estos deberían poseer plasticidad estructural necesaria para adaptarse a los cambios y necesidades de sus hijos(as)” (Barudy & Dantagnan, 2005, p.77).

Como se señala con anterioridad las capacidades parentales son un conjunto de factores hereditarios, biológicos, de experiencias vitales e influencias contextuales y culturales, como las de:

Apegarse a sus hijos(as): son aquellos recursos que posibilitan la calidad del apego, estableciendo una relación vincular que responde a las necesidades del sistema filial.

- **La empatía:** Es la capacidad de percibir, sintonizar las vivencias internas de sus hijos(as) a través de la comprensión de sus manifestaciones emocionales y gestuales con las cuales manifiestan sus necesidades, dando respuesta a las mismas.
- **Los modelos de crianza:** Por medio de complejos proceso de aprendizaje desde las familias de origen, las influencias culturales y del contexto. Responden

transgeneracionalmente a las demandas del sistema filial a nivel educacional y proteccional.

- **La capacidad de participar de redes sociales y de utilizar los recursos comunitarios:** Se refiere a las potencialidades que presenta los padres de interactuar con las instituciones y organismo territoriales como una manera de aportar alternativas de inclusión social a sus hijos(as), reforzando y apoyando sus procesos.

Por otra parte, desde las competencias, las habilidades parentales corresponden a la plasticidad con que los padres y las madres, les es posible dar una respuesta adecuada y pertinente a necesidades de sus hijos(as) de una manera acorde a su desarrollo evolutivo.

Los desafíos de ser padre o madre comprenden tres finalidades fundamentales: nutrientes, socialización y educativa. La nutriente proporciona los aportes necesarios para asegurar su vida y crecimiento. Los de socialización se refieren a que los padres y las madres son fuente fundamental en el desarrollo de autoconcepto o identidad en sus hijos(as). Por último, la función educativa hace referencia a que los padres deben proporcionar el aprendizaje de modelos conductuales acordes a las normas sociales y a los procesos de interacción con su medio directo y el mesosistema.

La parentalidad competente brinda sus hijos e hijas un modelo afectivo de apego seguro, estimulan el desarrollo de una capacidad cognitiva basada en el pensamiento crítico y reflexivo, modelando sus conductas para que sean sujetos sociales altruistas.

Los hijos y las hijas, a su vez, presentan desde pequeños una capacidad de vincularse basada en la confianza y la empatía y en participar en una práctica social recíprocamente solidaria y altruista.

#### **I.4.2 El apego**

Para hablar de apego, necesariamente debemos hacer mención a la carta que escribe John Bowlby a su esposa, en mayo de 1958: “La mayoría de las perspectivas piensan la emoción de miedo como escapar de algo. Pero existe otro punto de vista a esto. Nosotros (los seres humanos) corremos hacia alguien...usualmente otra persona....Esto es impresionantemente obvio, pero creo que es una nueva idea; y muy revolucionaria” (citado en Hesse & Main, 2000, p. 39).

Es decir, la fuente de protección para los seres humanos no es un lugar, sino una persona específica y preferida. De aquí que podremos ver la diferencia entre vínculo y la conducta de apego, como sus tipos y niveles e implicancias en el desarrollo social y afectivo de las personas. Así, se evidencia cuánto influyen en el desarrollo afectivo, de pareja y en el rol parental.

John Bowlby y Mary Ainswork son quienes más han investigado y profundizado respecto de la teoría del apego. De ahí que muchos otros científicos parten desde sus postulados para ir profundizando, de manera de acercarse cada vez más a sus implicancias para el desarrollo de una personalidad sana. Es así que se señalan a continuación algunas de las conclusiones a las que han arribado, luego de una serie de estudios, análisis, hipótesis y teorías.

John Bowlby (1989) llega a la conclusión básica de que, de acuerdo a la evidencia empírica el desarrollo normal de un niño requiere de una relación cálida, íntima y continua con las madres (o una madre sustituta estable y permanente). Se necesita en este punto una serie de aclaraciones conceptuales en la utilización común que hacemos de conceptos como:

- **El vínculo afectivo** constituye una conexión afectiva con otra persona, en donde están implicadas intensas emociones, y donde el otro no es intercambiable. No necesariamente se busca seguridad.
- **El vínculo de apego** es una tendencia estable en el tiempo y no se ve afectado por situaciones específicas. Mientras la conducta de apego posee un rango más situacional de obtener proximidad y el contacto con otro ser humano. Asimetría el niño busca el confort, protección.
- **El sistema conductual de apego** es cualquier forma de conducta que tiene como resultado el logro o la conservación de la proximidad con otro individuo claramente identificado al que se le considera mejor capacitado para enfrentar el mundo.

Felipe Lecannelier (2000) señala que Mary Ainsworth, luego de un estudio observaciones longitudinal de 9 meses, la condujo a la conclusión de que existían 3 patrones de apego que se relacionaban con el nivel de sensibilidad de la madres; seguros (niños que parecían relajados y felices con sus madres); inseguros (lloraban más, se aferraban a la madre y no parecían estar relajados) y no apegados (no mostraban un interés especial por la madre).

### ***1.4.2.1 Los tipos de apego***

De acuerdo a la metodología de evaluación, el “procedimiento de la situación extraña (SE)” se considera el “gold standard” de las medidas de apego. Este procedimiento ha jugado un rol central y organizador en gran parte del desarrollo de la teoría del apego. Consiste en un procedimiento de laboratorio diseñado para evaluar el balance entre las conductas de apego y exploración en infantes de entre 12 y 20 meses, dividiendo en 8 episodios. De ahí que se definen 4 tipos de apego: el Apego seguro, el apego inseguro-evitante, el apego ambivalente y el apego desorganizado-desorientador.

De los tipos de apego seguro describimos 4 tipos:

- **B1:** Son bebés que tienden a buscar a la madre en la reunión, le sonrían, la buscan, pero no les interesa mucho llegar a un a proximidad física con ella. Son bebés muy activos conductualmente hablando, muy explorador, juegan mucho y se mueven de un lado al otro.
- **B2:** Son bebés más activos en buscar contacto y mantener la proximidad en comparación a los bebés B1. No se muestran muy estresados a la separación.
- **B3:** Los bebés en esta categoría son muy activos en buscar y mantener el contacto. Del mismo modo, son activos en no querer separarse de su madre, tienden a llorar en la separación. Son bebés claramente más estresados al momento de la separación.
- **B4:** Suelen ser bebés muy activos en buscar y mantener el contacto con la madre, incluso con conductas tales como aferramiento, aproximación excesiva, y un

poco de resistencia. Son bebés recelosos, un poco alterados, exploran pero siempre están monitoreando a la madre. Aparecen como claramente preocupados y ansiosos con la separación, pueden llorar mucho, pero al final son capaces de calmarse con ella.

- **El estilo Inseguro-Evitante:** Los bebés evitantes suelen presentar una actitud más bien exploradora e independiente, como si el lugar desconocido no lo perturbara. Presentan muy poca o nula conducta de la búsqueda de la proximidad y contacto. Del mismo modo, el mantenimiento del contacto es casi nulo, y lo opuesto es más bien la regla, ya que buscar estar alejados de sus madres. Dentro de este tipo de apego hay dos subtipos de apego evitante (A1 y A2). El A1 es el prototípico al no mostrar ninguna o muy pocas señales afectivas hacia la madre. El estilo evitativo A2 puede mostrar signos mixtos de acercamiento y alejamiento. La diferencia y autonomía no están claras, pueden observarse conductas ambivalentes de acercarse y alejarse, o mirar y sonreír a la madre, junto con tendencias evitantes.
- **El estilo ambivalente:** Su actitud es de constante monitoreo y atención ansiosa hacia la madre. Por la misma razón, estos infantes suelen explorar muy poco el ambiente y prefieren estar “pegados” a sus madres. Hay dos subtipos de apego ambivalente: el C1 representa a bebés que tienden a estar aferrados a sus madres, pueden llorar mucho y estar muy enojados. El de subtipo C2 se diferencia porque radica en la pasividad: pueden tener poca iniciativa en buscar a la madre, y más

bien se quedan en el suelo llorando, y expresando conductas de señales hacia ella (levantar los brazos, mirarla) pero sin buscar su confort de un modo activo.

- **El estilo desorganizado / desorientado:** a diferencia de los tipos de apego A, B y C, quienes muestran un patrón organizado y consistente en sus estrategias, los infantes D no presentan ( y son incapaces de mantener) una estrategia consistente de relacionamiento. Por lo tanto es imposible delinear un patrón de su conducta. Así el apego D no es un patrón de apego en sí mismo, sino más bien un quiebre en una organización vincular subyacente. De este modo pueden, existir DA, DB O DC, dependiendo de la estrategia de apego que subyace a la desorganización conductual (y lo más probable, fisiológica y emocional).

#### **I.4.3 El Síndrome de Alienación Parental (SAP)**

José Manuel Aguilar (2006) señala que el síndrome de alienación parental (SAP) se entiende comúnmente como un trastorno que emana luego de los divorcios o separaciones conyugales. Ha sido estudiado por diversos autores con distintos grados de especificidad; sin embargo, quien definió el SAP fue Richard Gardner (1985), profesor del Departamento de Psiquiatría de la Universidad de Columbia además de perito judicial, experto en psiquiatría infantil y forense, en su artículo titulado “Tendencias recientes en el divorcio y la litigación por custodia”. En una segunda edición de su libro definió SAP como “un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene

justificación. El fenómeno resulta de la confinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña.” El diagnóstico de SAP se realiza en tanto se presente la sintomatología en el niño, no en el grado en el cual el aliñador ha intentado inducir el desorden (Gardner, 1998).

Cantón Duarte et al. (2000) señalan que el SAP consistiría en la intención expresa de un progenitor, a cargo de la guarda y custodia del menor, por enfrentar a éste en contra del otro progenitor, de modo que el hijo llegue a elaborar una actitud de enfrentamiento injustificado con aquél. Por lo tanto estaríamos ante el síndrome definido por Gardner.

#### *I. 4.3.1 Los criterios de identificación de SAP*

- **Campaña de injurias:** El hijo alienado comienza a actuar de modo sistemático y activo en la campaña de injurias, asumiendo un papel en los ataques injuriosos, despreciativos y malintencionados.
- **Explicaciones Triviales para justificar la campaña de descalificación:** El hijo alienado tiende a tomar literalmente las palabras de su progenitor no alienado, haciendo un continuo ejercicio de desvirtuarla y descontextualizarlas.
- **Ausencia de ambivalencia en su odio hacia el progenitor:** El hijo alienado muestra un odio sin ambivalencias, sin fisuras ni concesiones. Un odio que solo puede ser equiparado con el fanatismo. Se desarrolla un vínculo psicológico de carácter patológico entre el menor y el progenitor alienado.

- **Autonomía de pensamiento:** Gardner lo llamó pensador independiente. El hijo alienado es condición indispensable para confirmar la culminación del proceso y de, este modo, valorar su intensidad.

#### *1.4.3.2 Lealtades familiares (triangulaciones)*

- **Defensa del progenitor:** El hijo se convierte en un guerrero fiel y cruel. El vínculo patológico que se genera una adhesión férrea y ausente de reflexión.
- **Ausencia de culpabilidad:** El hijo alienado justifica sus actos, aun los más injustos, con el hecho de que la meta que pretende está por encima de cualquier otra prioridad.
- **Escenarios prestados:** El hijo alienado asume como propios escenarios, palabras, situaciones y vivencias como si hubiese estado presente, aunque nunca ocurrieron o resulten incoherentes con su edad.
- **Extensión del odio al entorno del progenitor alienado:** El hijo extiende su mal a toda su familia extensa del padre alienado, mostrando rechazo.

#### *1.4.3.3 Los tipos de SAP*

- **SAP Leve:** No se presentan grandes episodios de conflictos en las visitas. La campaña de denigración ha comenzado, pero no sus ataques tienen una baja intensidad y mínima presencia. Aún se pueden encontrar en el hijo vínculos emocionales fuertes con su progenitor no alienado. Se podría considerar la primera y segunda fase de inicio de difamación y agresión.

- **SAP Moderado:** Las visitas del padre no custodio comienzan a ser conflictivas, sobre todo en los momentos de la entrega de los hijos, siendo habitual episodios de enfrentamiento. La campaña de denigración se intensifica. Se podría considerar una tercera fase, donde comienzan los enfrentamientos.
- **SAP Severo:** La campaña de denigración es extrema. Las visitas de progenitor no custodio comienzan a ser imposibles. En casos extremos puede provocarse mutismo, llanto, estrés, angustia o huida. El odio o rechazo son extremos, sin justificación. Se puede considerar la cuarta fase final de culminación, presentado ausencia de ambivalencia en sus emociones.

#### **I.4.4 La triangulación, el triángulo perverso y conflicto de lealtades**

Una familia opera a través de pautas transaccionales, que repetidas en el tiempo establecen las pautas de cómo se relacionan entre los miembros de un sistema. Una estructura familiar es un conjunto de demandas invisibles que organizan los modos de interacción de un sistema. Para organizar estos modos de interacción la definición de los límites, permiten constituir las reglas y definir como, quienes participan y de qué manera dentro del sistema, permitiendo el desarrollo de las habilidades interpersonales de sus miembros. Así, se puede examinar el subsistema conyugal, fraternal, parentofilial, ente otros subsistemas que se conforman al interior de sus sistema mayor como es la familia.

Salvador Minuchin (2009) señala que pueden presentarse problemas crónicos de límites, derivados de conflictos personales que se transfieren al sistema, formado

alianzas, coaliciones, triangulación o triángulo perverso, como lo definen Haley y Richeport-Haley (2006), entre otras. En todas ellas el patrón común genera un conflicto de lealtades de uno de los hijos respecto de uno de los progenitores. Así un hijo(a) es utilizado por uno de sus progenitores en contra del otro progenitor, de manera de generar una coalición en su contra, excluyéndolo.

Si una palabra pudiese resumir o concluir los requerimientos que se necesitan en cada caso a ser investigados tendríamos que hablar de interdisciplina o tal vez más aun de una transdisciplina, que posibilite la integración de varios saberes o conocimiento en la búsqueda de una solución, teniendo presente que interviene disciplinas desde la psicología, lo jurídico, lo social y la sociología, entre otras. Esto, considerando que sobre lo que se quiere opinar involucra la vida e historia de otras personas, analizada y resuelta por otras personas, ajenas a la misma, desde sus propias perspectivas o entendimiento, en este caso los jueces, psicólogos, asistentes sociales, psiquiatras entre otros.

Hace tiempo se habló de que los niños ya no eran objeto de derechos, sino sujetos de derechos, toda vez que eran parte activa de la situación en cuestión. Pues bien, en este escenario complejo donde el Estado debe garantizar los estándares mínimos de calidad en la intervención, es que se hace necesario ir constantemente revisando los procedimientos y la legislación, ya que las problemáticas sociales van mutando. Por tanto, siempre se requieren nuevas formas de entender, analizar y enfrentar los cambios sociales. De la misma manera aquellos actores que participan de los procesos requieren ir revisando sus visiones, perspectivas y “haceres” de lo que les toca ir construyendo

desde sus lecturas y entendimiento del mundo que les rodea, lo cual los determina como persona, más allá del rol técnico que asumen en la sociedad.

## **II. Correspondencia entre jurisprudencia y los aspectos psicosociales derivados del conflicto**

La aplicación de determinada norma, con relación al conflicto presentado, es algo que se encuentra regulado, y es materia de los operadores judiciales su interpretación. Sin embargo, es necesario poder entender aquellos conceptos sobre los cuales se presenta el conflicto. Por ejemplo, luego de la disolución de la diada conyugal, la conformación de las familias monoparentales, es decir, “aquellas compuestas por un solo miembro de la pareja progenitora y en las que de forma prolongada, se produce una pérdida del contacto afectivo y lúdico de los hijos no emancipados, con uno de los padres” (Torres & Vera, 2006), se debe considerar indicadores tales como competencias parentales, en lo que se refiere al nivel de congruencia y compatibilidad entre las características y habilidades educacionales de los padres con las características y necesidades de los hijos. Deben evaluarse las expectativas, deseos, nivel de adaptación y capacidades (físicas, emocionales e intelectuales) para dar respuesta a las evaluaciones en los procesos de cuidado personal.

El concepto de competencias parentales (Barudy & Dantagnan, 2005) es una forma semántica de referirse a las capacidades prácticas de los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, además de asegurarles un desarrollo sano. Su adquisición

es el resultado de los procesos personales vividos por los padres, en los que se mezclan las posibilidades innatas, marcadas por factores hereditarios, con los procesos de aprendizajes influidos por la cultura y las experiencias de buen trato o maltrato, la historicidad y la capacidad de resiliencia. La forma como se construyen las experiencias determina en gran parte cómo los individuos establecen sus interacciones a nivel filial. De este modo, los padres bienentrantes que fueron sujetos de dinámicas socio-familiares sanas han aprendido a responder de manera adecuada a las necesidades de sus hijos o hijas, lo cual implica satisfacer sus necesidades múltiples (alimentación, cuidados temporales, protección y necesidades cognitivas, emocionales o socio-culturales, entre otros). Sin embargo, dada la evolución y desarrollo de los niños, los padres deben poseer la plasticidad estructural necesaria para adaptarse a los cambios y necesidades de sus hijos a medida que crecen.

Como se señaló, las capacidades parentales son un conjunto de factores hereditarios, biológicos, de experiencias vitales e influencias contextuales y culturales. Entre ellos, destacan los recursos para apegarse a los hijos, que son aquellos que posibilitan la calidad del apego, estableciendo una relación vincular que responde a las necesidades del sistema filial. Por ejemplo:

- La empatía: es la capacidad de percibir las vivencias internas de los hijos a través de la comprensión de las manifestaciones emocionales y gestuales con las cuales estos manifiestan sus necesidades, para así dar respuesta a las mismas.
- Los modelos de crianza: por medio de complejos procesos de aprendizaje desde las familias de origen, las influencias culturales y del contexto, responden

transgeneracionalmente a las demandas del sistema filial a nivel educacional y proteccional.

- La capacidad de participar de redes sociales y de utilizar los recursos comunitarios: refiere a las potencialidades que presentan los padres de interactuar con las instituciones y organismos territoriales como una manera de aportar alternativas de inclusión social a los hijos, reforzando y apoyando sus procesos.

Por otra parte, desde el punto de vista de las competencias, las habilidades parentales corresponden a la plasticidad con que a los padres y las madres les es posible dar una respuesta adecuada y pertinente a necesidades de sus hijos(as) de una manera acorde a su desarrollo evolutivo.

Los desafíos de ser padre o madre comprenden tres finalidades fundamentales: nutrientes, de socialización y educativas. Las nutrientes proporcionan los aportes necesarios para asegurar la vida y crecimiento de los hijos. Las de socialización se refieren a que los padres y las madres son fuente fundamental en el desarrollo de autoconcepto o identidad en los menores. Por último, las educativas hacen referencia a que los padres deben proporcionar el aprendizaje de modelos conductuales acordes a las normas sociales y a los procesos de interacción con su medio directo y el mesosistema.

La parentalidad competente brinda a sus hijos e hijas un modelo afectivo de apego seguro y estimula el desarrollo de una capacidad cognitiva basada en el pensamiento crítico y reflexivo, modelando sus conductas para que sean sujetos sociales altruistas. Los hijos y las hijas, a su vez, presentan desde pequeños una capacidad de

vincularse basada en la confianza y la empatía y en participar en una práctica social recíprocamente solidaria y altruista.

La divergencia de lo precedente a nivel de competencias parentales se presenta en disfunciones o incompetencias, las cuales pueden llegar a constituirse en un ejercicio parental maltratante, dañino para el sistema filial. Estas incompetencias pueden ser resultado de múltiples factores, entre los cuales tienen especial relevancia las limitaciones orgánicas de los padres, como historias de vida cargadas de pérdidas, rupturas y experiencias traumáticas no elaboradas. Esto, sin dejar de considerar los aspectos que emanan de la separación; en estos contextos, las relaciones “resultan ser neuróticas, frutos regulares de casamientos inmaduros y neuróticos que hacen de los hijos campo de batalla de actuaciones enfermas; pertenecen a la patología social” (Feer, 1927, s.p.). Desde aquí, se puede definir el vínculo, “como una relación particular con un objeto, la cual forma un *pattern*, una pauta de conducta que tiende a repetirse automáticamente, tanto en la relación interna como en la relación externa con el objeto” (Pichon-Riviére, 1999).

Inmersas en las interacciones que se establecen a nivel del subsistema filial, se encuentra la parentalización, es decir, la “asignación de un rol parental a uno o más hijos de un sistema familiar o la asunción de ese rol por parte del hijo” (Simon, Stierlin & Wynne, 2002, s.p.) y, por otro lado, la triangulación, referida a la “expansión de una relación diádica agobiada de conflictos, con el fin de incluir a un tercero (por ejemplo, un hijo), lo cual da por resultado el encubrimiento o la desactivación del conflicto” (García, 2008, p. 25). También se encuentra el síndrome de alienación parental

(Gardner, 1998), en el que la interacción se entrelaza con el objetivo de dificultar el contacto con el otro, estableciendo falsas denuncias, no considerando al otro dentro del proceso de desarrollo del hijo. En esta condición, los hijos están preocupados de censurar, de criticar o rechazar a uno de sus progenitores sin causa justificada.

Como una alternativa a la crisis en las relaciones familiares aparecen nuevos conceptos como la “mediación”, en la cual, un tercero sin poder decidor, ayuda a las partes a buscar una solución al conflicto, esto considerando la estabilidad, el equilibrio e igualdad entre ellas.

Al pretender regular o establecer la conveniencia de una u otra de las partes respecto de quién debiese ser favorecido con la custodia de sus hijos, es importante considerar elementos como los enunciados con anterioridad. Al referirse a las competencias parentales se representa el potencial que tiene los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos(as) asegurándoles un desarrollo sano, considerando aspectos innatos a su personalidad, a sus procesos de aprendizaje y a sus experiencias vinculantes. Respectos de los vínculos, Barudy & Dantagnan (2005) señalan que estos deben ser de tal calidad que aseguren una vivencia emocional permanente, expresada en comportamientos y discursos que consideren a cada miembro de la familia como “otro legítimo” en un proceso de coexistencia permanente. Lo que caracteriza al apego, desde el punto de vista del observador, es la atracción de un sujeto hacia su objeto de apego. De este modo, es posible identificar dos tipos de apego: seguro e inseguro. Estos se estructuran a partir de tres componentes: la conducta de apego, los sentimientos que lo acompañan y la representación mental del apego.

En la familia, el proceso de apego es circular; por lo tanto, se produce tanto desde el bebé hacia la madre como desde ella hacia él. Este proceso es la fuente del sentimiento de familiaridad que liga a los diferentes miembros de una familia en la emoción de la pertenencia.

Otro aspecto importante, y tal vez el más diverso y complejo de interpretar al momento de su consideración, es la concepción de *interés superior del niño*, principio regulador de la normativa de los Derechos del Niño, el cual se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Jaime Couso (2003), en un análisis realizado respecto del estándar o test del interés superior del niño y de cómo este juega un complejo y diferenciado papel en la jurisprudencia norteamericana sobre custodia y visitas, ejemplifica con una solicitud de vistas o custodias compartidas, formulada por un padre o madre en contra de la oposición del padre o madre custodio, que el estándar del interés superior del niño en la práctica se traduce en un derecho del padre o madre demandante a que se considere su pretensión en igualdad de condiciones frente a la de la madre o padre custodio: lo único que decidirá el conflicto será la medida de lo que resulte “interés superior del niño”, y no alguna preferencia basada en el género o en el estatus legal de la relación parental que el padre custodio tiene respecto del hijo.

Goldstein (2000, p. 118), respecto del interés superior del niño, considera tres directrices para determinar la ubicación y el proceso de ubicación de los niños cuya custodia es objeto de una acción legal: primero, las decisiones de ubicación deberían salvaguardar la necesidad del niño de continuidad en las relaciones personales. Segundo, las decisiones de ubicación deberían reflejar el sentido temporal del niño, y no el de los adultos. Tercero, las decisiones de ubicación del niño deben tener en cuenta la incapacidad de la ley en supervisar las relaciones interpersonales y los límites del conocimiento para realizar predicciones a largo plazo.

Como se puede observar, para lograr el acercamiento integral del conflicto planteado, este debiera hacerse desde aspectos psicosociales hacia el derecho, para así poder entregar aquellos elementos de análisis que permitan una mejor comprensión e interpretación de la norma y sus preceptos, puesto lo que se va modificando constantemente no es la norma, sino que los hechos que la fundan.

Así, es de competencia de los de los jueces de familia (Ley de Menores 19.927, 2004): determinar a quién corresponde el cuidado personal de los niños; establecer, en caso de desacuerdo entre los padres, la forma en que ha de ejercerse el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil, así como suspender o restringir su ejercicio, según corresponda, y de declarar la suspensión o pérdida de la patria potestad y autorizar la emancipación.

### **III. MARCO METODOLÓGICO**

#### **III.1 Tema de Investigación**

Los procesos judiciales de cuidado personal del niño/a en la tradición jurídico-judicial chilena.

#### **III.2 Problema de Investigación**

¿Cómo es el significado e importancia relativa que los operadores jurídicos chilenos han dado al principio del “interés superior del niño”, en base a las sentencias revisadas por la Corte Suprema?

El problema planteado pretende examinar los elementos y significado que constituyen la decisión que el juez plasma en la sentencia de juicios de cuidado personal. Esto, desde una mirada socio-jurídica que evidencia las valoraciones o interpretaciones que el juez hace dentro del marco legal de los antecedentes que tiene a la vista y de las competencias o incompetencias que le son informadas por los asesores del área de la Psicología Social.

#### **III.3 Pregunta Central de Investigación**

¿Cómo es el significado e importancia relativa que los operadores jurídicos chilenos han dado al principio del “interés superior del niño”, en base a las sentencias revisadas por la Corte Suprema?

### **III.4 Preguntas Secundarias de Investigación**

- ¿Cuáles son las variables y los indicadores tomados en cuenta por los operadores jurídicos para establecer el cuidado personal?
- ¿Cuáles son los conceptos predominantes acerca del “interés superior del niño” que se plasman en la sentencia?
- ¿Cuál es la importancia que se asigna en la argumentación jurídica al principio del “interés superior del niño” en comparación a otros criterios empleados?
- ¿Cómo es el contexto de aplicación en Chile de las normas internacionales que promueven el principio del “interés superior del niño”?
- ¿Cuáles son las características de los elementos de análisis de los factores psicosociales presentes en este tipo de conflictos que observan o valoran los jueces de manera que resulten útiles a la discusión de los jueces a la hora de delimitar un proceso de cuidado personal?
- ¿Cuál ha sido el significado que han construido los operadores jurídicos chilenos de este concepto desde su incorporación mediante reformas legales?
- ¿Se han apropiado los operadores de algunos aspectos de esta noción, eliminando o distorsionando otros?

### **III.5 Objetivos de la Investigación**

#### ***III.5.1 Objetivo General de la Investigación***

Conocer el significado e importancia relativa que los operadores jurídicos chilenos han dado al principio del “interés superior del niño”, en base a las sentencias por cuidado personal revisadas por la Corte Suprema.

#### ***III.5.2 Objetivos Específicos***

- Identificar, en sentencias por cuidado personal, las variables e indicadores tomados en cuenta por los operadores jurídicos para establecer el cuidado personal.
- Analizar, en las mismas sentencias por cuidado personal, el o los conceptos predominantes acerca del “interés superior del niño”.
- Evaluar la importancia que se asigna en la argumentación jurídica al principio del “interés superior del niño” en comparación a otros criterios empleados.
- Evaluar en el contexto señalado la aplicación en Chile de las normas internacionales que promueven el principio del “interés superior del niño”.
- Proporcionar elementos de análisis de los factores psicosociales presentes en este tipo de conflictos, de manera que resulten útiles a la discusión de los jueces a la hora de delimitar un proceso de cuidado personal.

## **III.6 Paradigma de la Investigación**

### ***III.6.1 Cualitativo***

El paradigma cualitativo permite abordar la investigación desde su propia naturaleza sin pretender medir los componentes de la realidad investigada, sino que abordando el fenómeno tal cual como se da en ella. Así, la perspectiva cualitativa, toda vez que considera el fenómeno humano desde su complejidad, aborda aspectos de diversa naturaleza, tales como los aspectos psicosociales. La investigación se lleva a cabo a través de un abordaje activo, sistemático y riguroso de indagación dirigida, en la cual se toman decisiones respecto de lo investigable, en tanto se está en el campo de objeto de estudio (Kerlinger & Lee, 2004). Para Erickson, el investigador entra en el campo con una orientación teórica consciente que refleja un conocimiento sustantivo de la teoría de las ciencias sociales y de la teoría personal.

A diferencia de la metodología cuantitativa, la cualitativa no comienza con un cuerpo de hipótesis que es necesario confirmar o rechazar. El investigador suele conocer el campo a estudiar y se acerca a él con problemas, reflexiones y supuestos. Participa de manera directa con la finalidad de ir elaborando categorías de análisis que poco a poco pueda ir depurando, según la realidad-objeto de estudio le vaya indicando.

### **III.7 Tipo de Investigación**

#### ***III.7.1 Descriptiva***

En cuanto al nivel de profundidad, esta investigación es descriptiva, dado que describe las características del fenómeno utilizando criterios sistemáticos para destacar los elementos esenciales de su naturaleza.

#### ***III.7.2 Aplicada***

En cuanto a la naturaleza de su origen, es aplicada porque el interés es que sus resultados tengan una utilización práctica en acciones para analizar nuevas sentencias e identificar los factores asociados a la subjetividad de la decisión final de la tuición.

#### ***III.7.3 No experimental***

En cuanto al nivel de control de las variables observadas, es no experimental, ya que no somete a control las variables de la realidad estudiada (Salkind, 2008), sino que observa los indicadores y componentes de las sentencias y analiza la estructura de significados e interpretaciones que de ellas emana.

#### ***III.7.4 Documental***

En cuanto al lugar y los recursos de donde se obtiene la información, es documental porque revisa sentencias existentes debidamente registradas en un archivo propio de su naturaleza judicial.

### ***III.7.5 Estudio de Caso***

Según Anguera (1987), este es un examen intensivo y en profundidad de diversos aspectos de un mismo fenómeno. Es decir, es un examen de un fenómeno específico, como un programa, un evento, una persona, un proceso, una institución o un grupo social. Los estudios de caso son particularistas, descriptivos y heurísticos y se basan en el razonamiento inductivo al manejar múltiples fuentes de datos. Así, ya que esta tesis estudia en profundidad una unidad de análisis tomada de un universo de población constituido por sentencias de juicios de tuición que han sido ratificadas por la Corte Suprema Chilena, constituye un estudio de casos.

### **III.8 Unidad de Análisis**

02 sentencias de Juicios de Tuición o cuidado personal, resueltos y ratificados por la Corte Suprema chilena.

### **III.9 Unidad de Información**

Sentencia L/A, revisada por la Corte Suprema con fecha 31/05/2004.

Sentencia S/C, revisada por la Corte Suprema con fecha 26/01/2011.

### **III.10 Procedimiento de recolección de información**

La técnica a utilizar será la consulta de archivos de los expedientes de los procesos de cuidado personal ejecutoriados durante los años 2004 a 2006 revisados por la Corte Suprema Chilena, utilizando una pauta de recolección de antecedentes básica para fuentes secundarias.

#### ***III.10.1 Técnica de Análisis de Contenido***

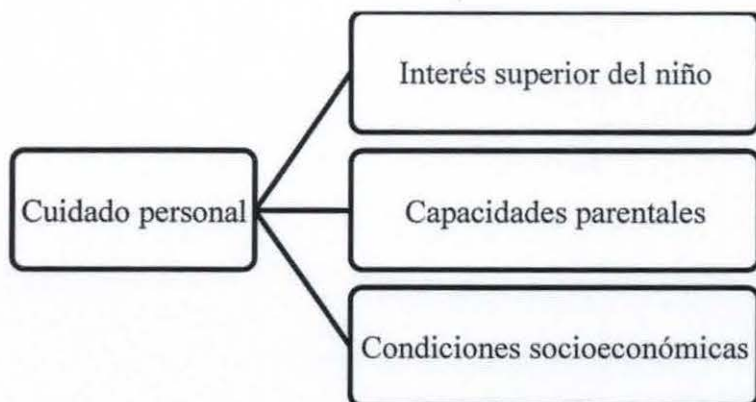
En función de las características del objeto de estudio y de las sentencias como unidad de información, es que se utilizará el análisis de contenido, el cual permite la descripción objetiva, sistemática y cualitativa del contenido manifiesto de las comunicaciones, con el fin de interpretarlas (Berelson, 1958); esta técnica será útil para realizar inferencias mediante la identificación sistemática y cualitativa de características específicas y mensajes. Parte de esta definición ha sido recogida de P. Stone, uno de los autores que más ha profundizado en este método, estudiando sus componentes fundamentales (Holsti, 1968, p. 601).

El ejercicio de análisis de los fallos en los procesos de tuición permitirá construir una descripción de aquellas categorías enunciadas y descubiertas en el proceso de estudio, de manera de elaborar una noción del concepto de “interés superior del niño”, aplicable a cada caso concreto en que se discuta judicialmente la tuición de este, considerando los factores psicosociales relevantes de cada uno.

Por otro lado, la técnica de análisis de contenido permite establecer una relación recursiva reflexiva, al menos potencialmente, entre el sujeto productor del texto y el sujeto receptor: el sujeto productor refleja en el mismo no solo su propia subjetividad, sino también la imagen que tiene del sujeto al que ese texto va dirigido, e incluso la imagen que a su juicio este sujeto tiene de él mismo. Como consecuencia de lo anterior, el sujeto que comunica no solo expresa aspectos de su propia subjetividad, sino que también presupone, y en cierto modo expresa, aspectos de las subjetividades con las que se vincula en el proceso de comunicación.

## IV. RESULTADOS

### IV.1 Constructos de análisis que compondrán la pauta de análisis de contenidos de las sentencias:



### IV.2 Definición de categorías

| Categorías  | Definición nominal  | Definición real   |
|---|---|---|
| Cuidado personal                                    | Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y de los bienes de quien por cualquier causa carece de capacidad civil. Cargo de tutor. Amparo, protección o defensa.  | a) Interés superior del niño.<br>b) Capacidades parentales de quienes postulan al derecho de tuición.<br>c) Condiciones socioeconómicas que presentan quienes postulan al derecho de tuición. |
| Categorías  | Definición  | Indicadores   |
| a) Alusión al concepto de interés superior del niño | Principio regulador de la normativa de los Derechos del Niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, en la naturaleza y | Los artículos N° 5 – 9 – 12 – 16 18 – 27 – 29, contenidos en la Convención Internacional del niño, ratificada en Chile el año 1990.   |

|   |  |  |
|---|--|--|
|   | alcances de la Convención sobre los Derechos del niño.   |  |
| b) Capacidades parentales de quienes postulan al derecho de tuición                 | Supone una cierta aptitud de disposición, determinada por un cierto tipo de apego o vínculos de los padres, indistintamente, hacia sus hijos.        | Sexo.<br>Tipo de vínculo y apego.<br>Estructura familiar.<br>Estilos de socialización.<br>Antecedentes transgeneracionales.<br>Perfiles. |
| c) Condiciones socioeconómicas que presenten quienes postulan al derecho de tuición | Supone la naturaleza, calidad, circunstancias o condiciones que concurren para la satisfacción o cobertura de necesidades básicas de los individuos. | Nivel educacional.<br>Inserción laboral e ingresos.<br>Redes primarias y secundarias.<br>Inserción social.                               |

### IV.3 Análisis de Sentencias

A continuación se analizan dos sentencias, la primera en régimen jurídico anterior con los Tribunales de Menores, sobre la tuición, y posteriormente una sentencia de cuidado personal, con los Tribunales de Familia actuales, sin considerar la ley de corresponsabilidad que entró en vigencia en julio de 2013. El detalle del análisis se puede encontrar en los anexos 2 y 3.

En ambas podemos tener a la vista la participación de operadores psicosociales, con algunas particularidades. Por ejemplo, en la primera se aprecian las posibles inclusiones de aspectos que pueden ser valorados como discriminación y socioambientales que ocupan un papel fundamental en las decisiones de los actores que participaron del proceso. En la segunda, se aprecia la divergencia en la valoración de las pruebas y la falta de prolijidad y de valoración del interés superior del niño.

#### **IV.4 Resultados para la Primera Sentencia Analizada, Caso: 1**

Análisis de sentencia Rol 1193-2003

Partes: JKRA/RJLA

Resumen:

En Rol N° 9.485 y Rol Corte Suprema de Temuco 2.158-2003, en el marco de del proceso de tuición, el juzgado de Villarrica adoptó, entre otras, dos decisiones. La primera de ellas se concentró en decidir sobre una tuición provisional solicitada por el padre. El 2 de mayo de 2003, dicho juzgado concedió la tuición provisional al padre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. El 29 de octubre de 2003 el juzgado de menores de Villarrica adoptó una segunda decisión en la que rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su rol de madre y que no existían indicadores que permitieran presumir causas de inhabilidad materna. Dicha decisión fue apelada el 30 de marzo de 2004 Corte de apelaciones de Temuco, confirmado la sentencia.

Posteriormente, el padre de las niñas presentó un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco. 31 de Mayo 2004 la cuarta sala de la Corte Suprema, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre.

#### *IV.4.1 Análisis y Discusión, desde la perspectiva de correspondencia entre jurisprudencia y los aspectos psicosociales derivados del conflicto*

En este caso en particular, la correspondencia entre las variables de análisis reflejan una mayor influencia desde la perspectiva jurídica. Juegan un papel importante los aspectos psicosociales, sobre todo si se considera que la solicitud de cuidado personal, en este caso del padre, está basada en la incompetencia moral de la madre, quien es homosexual, para hacerse cargo de sus hijas. Se evalúa a ambos padres respecto a sus competencias parentales para asumir el cuidado de sus hijas. Si bien es cierto que se tuvieron a la vista elementos psicológicos y sociales, la valoración de los mismos hechos y variables fue distinta para los jueces de primera y segunda instancia, que para los del tribunal superior. De esta manera, como es posible de leer en la sentencia, los tribunales superiores consideraron que los tribunales de primera y segunda instancia habían incurrido en una falta al no valorar adecuadamente la prueba y privilegiar los derechos de la madre por sobre los derechos de las niñas.

Si bien hay una explicación de la decisión, basada en las normas y artículos relativos al resguardo de la familia, como también mención a la convención sobre los derechos de los niños, la interpretación de la misma difiere entre los distintos actores jurídicos. Esto llama la atención, considerando que son las mismas normas y hechos que debieron apreciarse en conciencia.

Los hechos argumentados en la presente causa para solventar la solicitud del padre de tener el cuidado personal de sus hijas, como causa calificada, aluden al artículo

42 inciso 6 (cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de este en el hogar constituyera un peligro para su moralidad) y el inciso 7 (cuando cualesquiera otra causa coloquen al menor en peligro moral y material). Si bien la condición de homosexualidad de la madre no es un elemento que se pueda considerar como causa calificada, si se consideró como tal que ella lo hiciera explícito y decidiera vivir con una pareja homosexual, alterando el desarrollo social y emocional de sus hijas, considerando su corta edad y el medio social en el cual se desenvolvían.

Esta decisión es confusa si se aprecia que, respecto de los elementos que se deben tener presentes, como las competencias parentales, el tipo de apego, la estructura y dinámica familiar, el sistema socioeconómico y el perfil, entre otros, estos resultaban coherentes y proteccionales para los especialistas que evaluaron a ambos padres. ¿Cómo definir cuál es el apropiado? La ley establece que, en caso de separación, es la madre quien debe quedar al cuidado de sus hijos; esta norma se estableció para evitar el debate frente a una situación de separación o ruptura familiar. Sin embargo, frente a los cambios sociales y de roles, cabe la duda de si debe cambiarse esta ley en una sociedad que trata de equiparar derechos evitando las discriminaciones e integrando a las minorías. En efecto, existe una interrogante respecto de si, en este debate, los niños, como sujetos de derecho, tendrían la capacidad de entender, valorar y apreciar la discusión social. También es posible que, en la etapa de desarrollo en la que se encuentran, lo importante a considerar sean otros elementos, como la figura que protege, el vínculo afectivo, etc.

#### *IV.4.2 Responder a los objetivos específicos en virtud de los elementos detallados en la sentencia en general y en la tabla en particular*

##### a) Variables e indicadores para establecer el cuidado personal

Es posible apreciar en el texto que las variables e indicadores que tomó en cuenta el tribunal de última instancia para definir finalmente que el padre se quedara con el cuidado de las hijas, revocando la sentencia de primera y segunda instancia, considera que existe causa calificada, aludiendo al daño moral, emocional y social al que estaban sometidas las niñas tras la decisión de la madre de vivir con su pareja homosexual. Esta razón fue la única tomada en cuenta, considerando que ambos padres contaban con capacidades parentales y un tipo de apego adecuado con sus hijas.

La sentencia señala en el párrafo 3 que el cuidado personal se otorga al padre, pues “existe una causa calificada que haga indispensable adaptar la resolución”, y en el párrafo 7 “irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles para los intereses de las menores, cuya protección debe preferirse a toda otra consideración”. De este modo, los indicadores y variables presentes para otorgar el cuidado personal de las niñas al padre fueron: la condición de homosexualidad de la madre, la decisión de esta de develarlo y vivir junto a su pareja homosexual, las declaraciones de las nanas y personas que vieron los cambios conductuales y sociales que esto produjo en las niñas. Lo anterior hizo al tribunal superior prever un daño en el desarrollo moral, psicológico, social y moral de las niñas, lo cual era evitable si permanecían con el padre, quien

cumplía, de acuerdo a las evaluaciones psicológicas y sociales, con las competencias para hacerse cargo de sus hijas.

#### b) Conceptos predominantes ISN

El interés superior del niño está explícito en los párrafos 1, 3 y 7 del texto de la sentencia, ligados al artículo 222 del Código Civil y algunas variables psicosociales. No obstante, no hay un análisis más extenso que lo explique o sustente. Así, los argumentos más bien se basan en transcribir la norma a la aplicada a los hechos de la causa. Queda claro que, si bien se enuncia e intenciona en el texto el concepto de interés superior del niño, no hay un desarrollo de él como principio regulador o concepto básico de análisis, sino que más bien como frase para reforzar una idea o norma que el actor jurídico quiere establecer.

#### c) Aplicación de normas internacionales ISN

Básicamente, se enuncia la Convención Internacional de los Derechos del Niño como referencia, sin profundizar o especificar alguno de sus artículos.

### ***IV.4.3 Reflexión y Discusión desde la perspectiva profesional***

Llama la atención que ciertas premisas en el área jurídica, como “apreciar la prueba en conciencia” y “la interpretación de la norma” sean consideradas objetivas: apreciar no es sino poner precio o valor a una cosa, reconocer o estimar el mérito de las cosas o, simplemente, sentir algo por una persona. Conciencia no es sino conocimiento

interior del bien o el mal, conocimiento exacto y reflexivo de las cosas. Pues bien, en opinión de la autora de este texto, cada individuo, vestido de un determinado rol, asume ciertas decisiones sin seccionar su ser, su trayectoria, vivencias o valores. En este sentido, es posible preguntarse si el resultado de la sentencia hubiera sido el mismo si quienes tomaron la decisión hubieran tenido tendencia homosexual, o si para sus valores personales de paternidad era indiferente la sexualidad del padre. Del mismo modo, cuando se analizan situaciones de violencia intrafamiliar, es posible preguntarse si el padre que maltrata a su pareja también pudiera maltratar a sus hijos.

Las historias o constructos vitales que van formando a las personas no desaparecen con el rol que se asume profesionalmente. Aquí queda claramente de manifiesto, pues dos instancias judiciales resolvieron de un modo frente a un mismo caso, con los mismos hechos y antecedentes, mientras que un actor jurídico superior resolvió de otro modo. De hecho, en este caso la sentencia tuvo dos votos en contra; esto hace surgir la duda sobre cómo se valora la prueba y cómo se interpreta la norma, conviniendo que interpretar significa explicar o declarar el sentido de una cosa. De este modo, las interrogantes: ¿cómo se maneja la prueba?, ¿cómo se presenta?, ¿quién tiene que analizarla? son factores que inciden en la resolución final, y por tanto cobra sentido la ética del observador.

#### **IV.5 Resultados para Segunda Sentencia Analizada, Caso N° 2**

Análisis de sentencia Rol 8454-2010

Partes: KACC/JMSR

Resumen:

En autos RIT C-552-2009 RUC 0920192762-2 del Juzgado de Familia de La Serena, por sentencia de primer grado de ocho de julio de dos mil diez, se acogió la demanda intentada por la madre doña KACC respecto del menor JBSC y en consecuencia, se le confió su cuidado personal, regulándose a favor del niño régimen comunicacional con su padre, el demandado, en la forma que se dispuso en la parte resolutive del fallo. Además no se hizo lugar a la demanda de cuidado personal interpuesta por don JMSR, respecto de la menor KFSC, y fijo régimen de relación directa y regular entre padres e hijos.

Se alzó el demandado y la corte de apelaciones de La Serena, por fallo de quince de octubre de dos mil diez, escrito a fojas 9, revoco el de primer en cuanto hace lugar a la demanda de cuidado personal interpuesta por la madre del menor, doña KACC y, en su lugar declara que se rechaza dicha acción; confirmándose, en lo demás, la referida sentencia. En contra de esta última decisión, la defensa de la demandante dedujo recurso de casación en el fondo el al corte suprema respecto del cuidado personal de su hijo JBSC el que pasa a analizarse.

La presente sentencia se encuentra enmarcada en la implementación y puesta en marcha de los Tribunales de Familia; por tanto, debería dar cuenta de las especializaciones, cambios normativos e interpretación en materia de familia, mostrando cambios en los elementos presentes en la jurisprudencia aplicada.

#### ***IV.5.1 Análisis y Discusión desde la perspectiva de correspondencia entre jurisprudencia y los aspectos psicosociales derivados del conflicto***

Es posible visualizar, desde una primera aproximación, una correspondencia entre los aspectos psicosociales y la normativa vigente, lo que da cuenta de una valoración de los aspectos psicosociales evaluados y observados como parte de la historia de vida de los niños involucrados. No obstante, nuevamente es posible apreciar la discrepancia y diferencias en la interpretación y aplicación de la norma, en este caso, entre los jueces de primera y segunda instancia. En este caso, existe una correlación entre los jueces de primera instancia y la instancia superior, los Ministros de la Corte Suprema. Estos últimos, entre otros argumentos, señalan en el punto cuarto, párrafo 20 “que al respecto, cabe tener en consideración que si los progenitores viven separados, sea filiación matrimonial o no matrimonial. Habrá que distinguirse entre la atribución legal, la convencional y la judicial”. Esto, relativo al art. 225 del Código Civil, el cual previene que si los padres viven separados corresponde a la madre el cuidado de los hijos; por tanto, sin acuerdo previo entre las partes o escritura pública, se entiende que es la madre quien debe asumir el cuidado personal de los hijos. Al referirse a la atribución legal, se enmarca el análisis en la Ley; al referirse a atribución convencional, a la fuente de un contrato o acuerdo entre las partes, y al referirse a la atribución judicial, asume como base de análisis la sentencia. Es así como desde tres aristas distintas se analiza la aplicación del art. 225 del Código Civil, tratando de resguardar el estricto cumplimiento de la Ley.

Otro aspecto interesante de rescatar es la valoración de los antecedentes entregados por los equipos psicosociales y la consejera técnica del Tribunal, quienes dan una opinión técnica en torno a quién debe tener el cuidado personal. En este caso, señalan que a la madre le correspondería el cuidado personal del menor en cuestión. Así, se señala en el párrafo 2 que el fallo de segunda instancia, que otorga el cuidado personal del niño al padre, “no cumple con las exigencia legal que impone la apreciación conforme a las reglas de la sana crítica, en cuanto a indicar y analizar debidamente los medios probatorios allegados al juicio y las conclusiones que de su examen derivan y sustentan la decisión”. De este modo, es posible apreciar una valoración en los medios de prueba, los cuales, en esencia, son proporcionados por profesionales del área de las ciencias sociales, psicólogos, asistentes sociales, y la opinión de la consejera técnica. Esta última se incorpora al trabajo directo de los Tribunales de Familia, y su función principal es asesorar al juez en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento en el ámbito de su especialidad.

La reforma en materia de familia ha permitido no solo una mayor especialización de los actores judiciales, sino que también la conformación de equipos multidisciplinarios con atribuciones, lo cual permite hacer un análisis del caso desde una mirada multifactorial, como corresponde a los temas de este ámbito. Particularmente en el caso SC, el cuidado personal que era demandado por la madre es resuelto por los jueces de primera instancia (Tribunales de Familia) en mérito de los antecedentes presentados y los medios de prueba, resolviendo que debe otorgarse el cuidado personal del niño a su madre. No obstante, el padre, no conforme con la resolución, resuelve

elevant un recurso a los Tribunales de Segunda Instancia (Corte de Apelaciones), los cuales resuelven, con los mismos antecedentes y medios de prueba, que el padre debe detentar el cuidado personal del hijo. Esto, fundamentado principalmente en el apego que tendría el padre con este (considerando el tiempo que el niño ha vivido con él, lo que no da crédito necesariamente al tipo de apego, sino más bien a una habitualidad), desmereciendo la opinión de los diversos profesionales que participaron de la evaluación. En el párrafo 1, inciso primero de la sentencia se señala que “el recurrente en el primer capítulo del recurso se denuncia la vulneración del Art. 32 de la Ley 19.968, argumentando, que la revocar el fallo de primer grado, el de segundo mantuvo como único fundamento el vínculo de apego que tendría el menor con su padre con quien ha permanecido la mayor parte de su vida”. No obstante, se omite o descontextualiza del párrafo completo “que el niño tiene contacto con la madre durante el año, que está un mes con ella en el verano, y que el propio demandado solicitó que en el evento de acceder a la demanda, la entrega se hiciera de forma paulatina”.

De esta manera, surge nuevamente la duda de quién realiza la valoración de los antecedentes, la interpretación de la norma y la sana crítica, considerando que en este caso existen, como en el caso anterior, sentencias disímiles que se aplican en base a la misma normativa. Lo anterior demuestra que lo que determina una sentencia va más allá de la interpretación de la norma, puesto que los antecedentes subjetivos y particulares de cada causa determinan en gran medida la sentencia final.

#### ***IV.5.2. Responder a los objetivos específicos en virtud de los elementos detallados en la sentencia en general y en la tabla en particular***

##### **a) Variables e indicadores para establecer el cuidado personal**

Las principales variables están en relación con las competencias parentales y antecedentes médicos. Son coincidentes los profesionales en señalar que el niño tiene apego con su padre, que es con quien ha vivido gran parte de su vida. No obstante, la madre aparece como una figura significativa en la vida del niño, pues comparte vacaciones y una relación directa y regular con ella. Los antecedentes médicos señalan la que la enfermedad que presenta el menor (disfasia) se encuentra en gran medida superada, por lo cual puede ser integrado al sistema escolar diferenciado. También señalan como positivo y un avance en la superación de su enfermedad el que permanezca con su madre y hermana.

Respeto de las capacidades parentales, las condiciones económicas de la madre fueron puestas en tela de juicio en un principio, cuando la madre deja al niño con el padre. Para la instancia de juicio, la madre ya ha superado esta condición, y cuenta con los recursos económicos y personales para asumir el cuidado de su hijo.

Hay otros indicadores interesantes que fueron relevantes para los Tribunales Superiores al momento de analizar el recurso, los cuales dicen relación con los antecedentes de la causa en el tribunal. Esta contaba con solicitudes recurrentes de la madre por el cuidado personal de respecto de sus hijos, logrando en un primer momento recuperar el cuidado personal de su hija, de tal manera que fue posible la recomposición

de la relación fraternal,. Por otra parte, los ministros son claros en señalar que no hay causa calificada que impida a la madre cumplir con su rol. Los especialistas, por su parte, resaltan que el vínculo con la madre es fundamental para incrementar las habilidades socio-emocionales. Otro indicador es el antecedente de violencia intrafamiliar que ejercía el padre, por el delito por el que fue formalizado y respecto del cual se impuso la pena de asistir a terapia psicológica.

b) Conceptos predominantes ISN y Argumentación jurídica ISN en comparación a otros criterios

El interés superior del niño está implícito en los párrafos 8, 9, 22 y 25 del texto de la sentencia, estableciendo relación con el art. 42 LM, en relación a los indicadores que pueden orientar al juez a la hora de determinar la inhabilidad física y moral de los padres para ejercer el cuidado personal de un hijo. El inciso 2º del Art. 225 del Código Civil, por su parte, señala que es a la madre a quien le corresponde el cuidado personal de los hijos cuando se disuelve la relación matrimonial o no matrimonial, y cuando no exista acuerdo entre las partes, es el juez quien decide. El art. 16 de la ley 19.968 refuerza la idea del interés superior del niño como principio rector a la hora de decidir en materias relativas a los niños, señalando que es indispensable que los niños estén juntos con la madre y solo cuando el interés superior del niño lo requiera se otorga al otro padre, sea por descuido, maltrato u otra causa calificada. Se hace hincapié en el interés superior del niño como fundamento medular de la atribución judicial, al momento de

definir a quién le corresponde en el cuidado personal del menor, como principio esencial del ordenamiento jurídico.

En esta sentencia en particular, tanto los antecedentes jurídicos como los psicosociales fueron utilizados para fundamentar el interés superior del niño en la sentencia. Cuenta con una serie de elementos de análisis que dan cuenta de la acuciosidad que tuvo el tribunal superior al analizar los antecedentes, considerando como un error la sentencia dictada por los tribunales de segunda instancia, quienes entregaban el cuidado personal al padre, en tanto no existían argumentos para inhabilitar a la madre del ejercicio de su rol.

c.- Aplicación de normas internacionales ISN

No hay referencia a normas o tratados internacionales.

#### ***IV.5.3 Reflexión desde la perspectiva profesional***

Cuando se analiza una sentencia de primera o segunda instancia en materia de derecho de familia, con un objetivo claro (como entender cómo el aparo jurídico valora y entiende el interés superior del niño y como este se entrelaza con los tratados internacionales y la CDN, de manera de dar coherencia y existencia al principio regulador en la toma de decisiones en materias de infancia), se espera que cada sentencia construya y aporte al significado y valoración de un concepto a través de la práctica social. No obstante, el análisis arroja poco fundamento, interpretaciones muy mecánicas y centradas en la norma, acompañadas por la subjetividad propia de quien lee y analiza

el caso. Por tanto, cobra más relevancia la especialización y los conocimientos prácticos de los temas que se ponen en discusión, pues su valoración y apreciación exige que a quien se le enviste con tal deber asuma un convencimiento tal, que fundamente su decisión en pro del garantizar el interés superior de un tercero, sujeto de derecho, que según su edad no puede hacer uso del mismo, sino que es el Estado quien ejerce ese rol y lo exige.

En este caso en particular, la opinión de peritos evaluadores permite ir acotando la toma de decisiones en razón de aquellos antecedentes que dan cuenta de qué sería más beneficioso para el niño en cuestión. Así, el Juez pudo contar con las herramientas que le permitieran valorar de una manera íntegra el desarrollo de los acontecimientos en la vida del niño. No obstante, nuevamente llama la atención que, frente a los mismos hechos, antecedentes y pruebas, la interpretación, valoración y juzgamiento sean tan disimiles como para otorgar la tuición de un niño a padres distintos.

## V. CONCLUSIONES Y DISCUSIÓN

### Caso N°1

Desde una perspectiva social, las implicaciones de desarrollo social, los avances y los cambios socioculturales constituyen una sociedad en constante movimiento donde las interrelaciones e interacciones y valoraciones van construyendo nuevos paradigmas o formas de ver la realidad o realidades de un mundo subjetivo que, a través de la norma, pretende regularse.

La psicología social y la psicología jurídica se entrelazan en este juego normativo, pues al final lo que se está tratando de normar no es más que la conducta humana y en particular, en los casos de familia, las relaciones y emociones. No es posible descontextualizar la norma por la norma: ya se aprecia cómo los actores jurídicos difieren entre sí, pese a analizar los mismos hechos con las mismas leyes. Por tanto, la premisa de que *el observador es parte de lo observado* toma aún más relevancia; en este caso en particular, esto queda demostrado a través de las distintas resoluciones o determinaciones de quienes tuvieron que resolver quién detenta el cuidado personal de las niñas en disputa. En este caso, más de 5 jueces dictaron, en tres instancias diferentes, distintas sentencias, y finalmente se resolvió por mayoría de votos y por quien ostenta un mayor poder jerárquico. Entonces, cuando los juristas señalan que “la interpretación no supone una valoración subjetiva del juez, sino una comprensión de las pautas valorativas fijadas en la Ley que tiene una naturaleza eminentemente objetiva” (Heschek, 2002, s.p.), hace cuestionar cómo la valoración puede ser objetiva:

si en este caso la decisión final fue objetiva, tal como postulan los juristas, ¿está dada la objetividad por rango jerárquico y mayoría de votos?

Los temas de la esfera de familia, en la actualidad, se debaten en los Tribunales de Familia, creados a través de la ley 19.968 del año 2004, como una judicatura especialidad en materias concerniente a la esfera familiar. Ella se sustenta a través del derecho de familia, el cual, según Ramos Pazos (2009) tiene un lado objetivo y otro subjetivo. Es subjetivo en cuanto se “refiere a las facultades o poderes que nacen de aquella relación que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familia. Y en un sentido objetivo, es el conjunto de normas y preceptos que regularizan esas mismas relaciones que mantiene entre sí los miembros de la familia” (p. 16). Como queda claro, las relaciones al interior de la familia están regularizadas por normas, así como la convivencia social, en una escala mayor y menos íntima.

Al derecho de familia se adosan una serie de otras leyes, como la de matrimonio civil, la de filiación, la de adopción, la de menores, la de pensiones de alimentos, el Código Civil y el de Procedimiento. Entonces, se cuenta con un gran espectro de normas que señalan a las personas cómo actuar; pese a ello, aunque un padre o una madre actúe según la Ley, de todas maneras su interpretación es la que finalmente define si el actual es el esperado por la norma.

En la esfera familiar, la aplicación de todo este conjunto de leyes, que suponía una especialización y con ella una determina guía de pasos a seguir (incluso con la incorporación de los consejeros técnicos, quienes debieran desde sus saberes generar la

discusión para la toma de decisiones) se ha demostrado cómo, frente a determinados hechos similares, las decisiones han sido opuestas y cómo el tan nombrado derecho del niño pasa a ser solo un concepto que adorna el desarrollo del texto de una sentencia, más que el ejercicio real, personal e irrenunciable que tiene todo niño de velar por su bienestar y desarrollo psicobiosocial, como sujeto de derecho, y del cual el Estado debe hacerse cargo.

Al comenzar el desarrollo de esta idea, se mencionaron las “pautas valorativas” respecto a la interpretación del derecho. Queda un poco más claro cómo la Ley configura en sí misma un mapa valórico e incluso moral respecto del ser y no solo del quehacer. De este modo, la pauta valorativa, impuesta por ley en este caso puntual, muestra cómo los valores tienden a ser subjetivos, y cómo, para quienes observaron los cambios conductuales de las menores en disputa, la homosexualidad pública de la madre daña su desarrollo psicosocial y les ocasiona una merma social. No obstante ello, los jueces de primera y segunda instancias que analizaron el caso consideraron estos aspectos como no perjudiciales para las niñas, basados en que ambos, papá y mamá, cumplían con las condiciones sociales, económicas y psicológicas para hacerse cargo de sus hijas. Por tanto, lo consideraron como bien superior por sobre su inclusión social, que finalmente resolvió que las niñas permanecieran con su padre.

Frente a esta disyuntiva conviene citar a Bowlby (1989) con la teoría del apego, la cual determina en gran medida el desarrollo afectivo, de pareja y rol parental futuro de una persona. Los modelos de apego podrían resultar de gran ayuda al momento de definir quién debe sustentar el cuidado personal de un hijo. La mejor manera de explicar

la interrelación entre el apego y la conducta de apego es el siguiente ejemplo: la fuente de protección para los seres humanos, a diferencia de los animales, es otra persona específica y preferida y no un lugar. Frente al miedo, las personas se refugian en otro ser, en vez de huir o esconderse. Esto es instintivo y primario: para un niño, su interés superior es y será sentirse protegido, y quien cumpla con esta condición da garantía a sus derechos como persona. La protección garantiza que se cubran las necesidades básicas fisiológicas, psicológicas y sociales, pero también va más allá, pues en su definición conceptual la protección involucra amparar, favorecer y defender.

La sentencia analizada en este caso es anterior a la Ley de Tribunales de Familia. No obstante, permitirá comparar qué cambios sustanciales ha habido desde entonces en materia de familia, y si estos se reflejan en el tenor del desarrollo de una sentencia.

## **Caso N° 2**

Esta sentencia tiene un marco de análisis asociado a la implementación y puesta en marcha de los Tribunales de Familia. En este sentido, si bien existe vinculación entre los aspectos psicosociales como parte de la historia de vida de los menores y la normativa, también se evidencia una discrepancia en la interpretación y aplicación de la norma en primera y segunda instancia. Aun cuando existe un correlato en estas instancias en general, es posible advertir que el tribunal superior plantea que tuvo en consideración “que si los progenitores viven separados, sea filiación matrimonial o no matrimonial. Habrá que distinguirse entre la atribución legal, la convencional y la judicial.” Esto, relativo al art. 225 del Código Civil, antes de la actual modificación de

corresponsabilidad, el cual previene que si los padres viven separados “corresponde a la madre el cuidado de los hijos, por tanto sin acuerdo previo entre las partes o escritura pública, se entiende que es la madre quien debe asumir el cuidado personal de los hijos”. En este sentido entonces, y ante la eventual incongruencia, es necesariamente preciso que se tome en cuenta los antecedentes entregados por los equipos psicosociales y la consejera técnica del Tribunal, dado que el equipo analiza desde diversas perspectivas y aconsejan que a la madre le corresponde el cuidado personal del menor en cuestión. Dicho esto, es posible evidenciar en la sentencia, en el párrafo 2, que el fallo de segunda instancia, que le otorga cuidado personal del niño al padre, no cumple con la indicación de la norma en términos del Código Civil mencionado antes y tampoco responde a la consejería del equipo psicosocial asesor, en cuanto a indicar y analizar debidamente los medios probatorios y las conclusiones que de su examen derivan y sustentan la decisión.

Así los hechos, la reforma misma, pone a disposición del Tribunal de Familia la posibilidad de valorar los medios de prueba, que son proporcionados por profesionales psicólogos, asistentes sociales y la consejera técnica. Este equipo asesora al juez en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento en el ámbito de su especialidad. En este sentido, entonces, la reforma apoya una decisión informada y calibrada con competencias profesionales expertas en la temática familia; al mismo tiempo, es posible que el magistrado no considere las sugerencias de la consejera técnica y el equipo psicosocial, como es el caso de este fallo.

Así, en el caso S/C, la demanda de cuidado personal por parte de la madre es resuelta por los jueces de primera instancia (Tribunales de Familia) en mérito de los

antecedentes presentados y los medios de prueba, resolviendo que debe otorgarse el cuidado personal del niño a su madre, y ante la apelación del padre en Tribunales de Segunda instancia se resuelve que el padre debe detentar el cuidado personal del hijo, desoyendo la opinión de los diversos profesionales que participaron de la evaluación. Al revocar el fallo de primer grado, el de segundo mantuvo como único fundamento el vínculo que tendría el menor con su padre, “que el niño tiene contacto con la madre durante el año, que está un mes con ella en el verano, y que el propio demandado solicitó que en el evento de acceder a la demanda, la entrega se hiciera de forma paulatina”. Esta situación evidencia que la sentencia va más allá de la interpretación de la norma, pues los antecedentes subjetivos y particulares de cada causa determinan en gran medida la sentencia final: resulta inexplicable que se otorgue la tuición al padre aun cuando este fue formalizado por violencia intrafamiliar, por ejemplo.

Así los hechos, más allá de la declaración del equipo psicosocial, existían medios de prueba disponible para su valoración, como lo es, las solicitudes recurrentes de la madre por el cuidado personal de respecto de sus hijos, logrando en un primer momento recuperar el cuidado personal de su hija, de tal manera que fue posible la recomposición de la relación fraternal. Así mismo, los Ministros declaran que no hay causa calificada que impida a la madre cumplir con su rol, además de lo enunciado por los especialistas: que el vínculo con la madre es fundamental para incrementar las habilidades socio-emocionales. En este sentido, el interés superior del niño, si está resguardado por la ley, no resulta válido que la sentencia contravenga el inciso 2º del Art. 225 del Código Civil, que señala que “es a la madre a quien le corresponde el cuidado personal de los hijos

cuando se disuelve la relación matrimonial o no matrimonial, y cuando no exista acuerdo entre las partes”, pero al mismo tiempo otorga al juez la decisión en caso que no haya acuerdo entre las partes, y en este caso el juez no valora los antecedentes de la causa y falla contrariamente a lo meritorio.

### **Reflexiones finales**

En estos dos casos, con la antigua Ley de Familia antigua y con los nuevos Tribunales de Familia, es posible observar que las normas se interpretan y, dependiendo de quién las analice, se toman diversas decisiones. También se puede apreciar cómo el rol de los operadores sociales se vuelve más crítico pero que aún le falta inclusión, sobre todo hoy, con la una ley de corresponsabilidad en la que el espacio extra-judicial debería ganar terreno y ser parte fundamental de acuerdo entre las partes, donde ellas resuelvan en razón del interés superior de sus hijos, de tal manera que dichas decisiones tengan un sustento que permita su mantención en el tiempo. La vía judicial debería ser el último intento donde un juez ajeno a las vivencias de cada parte y sobre la base de las pruebas que se van aportando resuelve.

Aquí hay un tema importante de revisar que dice relación con la ética profesional y con la subjetividad, y cómo los distintos actores involucrados y sobre todo los psicosociales, debieran tener a la base de su participación en las causas “el respeto por el otro”, en la maximización de sus entendimiento, porque es lo único que puede hacer actuar de una manera ética, sin dejar influencias por los intereses particulares de las partes o de

la impronta personal, mirando siempre de manera consciente que lo “dicho es dicho por un observador” .

Esto, teniendo presente la praxis profesional y cómo se ha modificado en el tiempo; hoy hay un nicho laboral en el que cada vez hay más centros y profesionales que trabajan de manera independiente como “asesores o consultores técnicos” de los tribunales, quienes realizan pericias, algunas a favor y otras en contra, frente a los mismo hechos y situaciones. De igual manera que los jueces fallan de distintas formas, se asume que luego del análisis de las pruebas que pueden ser disimiles pueden existir distintas conclusiones. Asimismo, los operadores sociales han arrojado distintos diagnósticos y pronósticos.

La tarea que viene para los operadores judiciales es trascender de su formación jurídica para valorar y validar aspecto más allá de la norma, y darle el espacio que requiere la complejidad de estos fenómenos. Y por otra parte, los actores psicosociales deben posicionarse desde su “saberes”, no para buscar un lugar sino para defender y validar su rol en estas materias.

Actualmente está en vigencia la Ley de corresponsabilidad, la cual introduce cambios al Código Civil en relación a la posibilidad de que frente a la separación de la relación de pareja, ambos de maneja simultanea ejerzan su rol parental o bien decidan quien los hará, teniendo ambos los mismos derechos. Pues bien, lo que permite la modificación es que ambos padres se paren con los mismos derechos; no obstante frente a la divergencia de quien ostentará el cuidado personal de los hijos, si no hay acuerdo

volvemos al mismo procedimiento, con la salvedad que ambos podrán debatir su idoneidad sin partir con ventajas legales.

Otro desafío que se nos presenta es la formación y co-construcción para generar un conocimiento transdisciplinario, más allá de lo técnico, que permita participar conociendo y entendiendo el contexto en el cual se mueven de manera de dar garantías a quienes les confían sus historias y vivencias personales, quienes esperan no solo acogida, sino también, profesionalismo, seriedad, respeto y justicia.



## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, J. (2006). *Síndrome de alienación parental*. Barcelona: Almuzara.
- Anguera, M. T. (1987). *Investigación cualitativa*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Archives Piaget. (2010). Vida. *Archives Piaget*. Obtenido el 3 de noviembre del 2010 desde <http://archivespiaget.ch/sp/jean-piaget/vida/index.html>.
- Baeza, G. (2001). El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 28(2), 355-262.
- Barudy, J. y Dantagnan, M. (2005). *Los buenos tratos en la infancia: parentalidad, apego y resiliencia*. Barcelona: Gedisa.
- Berelson, B. (1958). *Análisis de contenido*. Santiago: ELACP-FLACSO.
- Bowlby, J. (1989). *Una base segura: aplicaciones clínicas de una teoría del apego*. Barcelona: Paidós.
- Calvo Soler, R. (2003). *Uso de Normas Jurídicas y Toma de Decisiones*. Barcelona: Gedisa.
- Cantón Duarte, J., Cortés Araboleda, M.R. y Justicia Díaz, M.D. (2000). *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos*. Madrid: Pirámide.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño. UNICEF. Obtenida en marzo de 2014 de: <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion>.
- Cerda Fernández, C. (1992). *Iuris dictio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Cid Droppelman, A. (2005). *Tratado de tuición y derechos del niño*. Santiago: Parlamento.

- Cillero, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: I Curso Latinoamericano Derechos de la Niñez y la Adolescencia: Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica.
- Clemente, M. (Coord.) (1998). Fundamentos de la psicología jurídica. Madrid: Pirámide.
- Código Civil de la República de Chile. (1990). Ministerio de Justicia, Chile.
- Código de Procedimiento Civil. (1903). Ministerio de Justicia, Chile.
- Código Procesal Penal (2008). Ministerio de Justicia, Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Informe N° 4/01, Caso 11.625. Obtenido en marzo de 2014 en: <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm>.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1990). *Acnur*. Obtenido en febrero de 2014 desde <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0021>
- Couso, J. (2003). Derechos del niño y facultades parentales, en las decisiones sobre custodia y visita de los Tribunales de EEUU. *Justicia y Derechos del Niño*, 5.
- Escardo, F. (1992). Anatomía de la familia. Buenos Aires: Ediciones Lidium.
- Feer, E. (1927). *Diagnóstico de las enfermedades de los niños*. Barcelona: Labor.
- Filosocial.com. (2008). Tratado de Fundamentos de Filosofía Social. *Filosocial.com*. Obtenido el 2 de noviembre de 2010 desde <http://www.filosocial.com/tratado/sumario.html>

- García, L. (2008). Niñez: pautas de crianza y escolaridad en familias migrantes voluntarias de sectores populares de Cali, Colombia. *Pensando Psicología*, 4(6-7), 18-27).
- Gardner, R. (1998). *The Parental Alienation Syndrome*. Cresskill, N. J.: Creative Therapeutics, Inc.
- Garrido, E. Masip, J. y Herrero, M.C. (2006). *Psicología Jurídica*. Madrid: Pearson, Prentice Hall.
- Goldstein, J. (2000). ¿En el interés superior de quién? En M. Beloff (Comp.), *Derecho, infancia y familia*. Barcelona: Gedisa.
- Guasp, J. (1998). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Civitas.
- Haley, J. & Richeport-Haley, M. (2006). *El arte de la terapia estratégica*. Barcelona: Paidós.
- Hescheck, J. (2002). *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares.
- Hesse, E. & Main, M. (2000). Disorganized infant, child, and adult attachment: collapse in behavioral and attentional strategies. *Journal of the American Psychoanalytic Association*, 48, 1097-1127.
- Holsti, O. (1968). *Content analysis for the social sciences and humanities*. Reading, Mass.: Addison-Wesley.
- Kerlinger, F. & Lee, H. (2004). *Investigación del Comportamiento*. Ciudad de México: McGraw-Hill.

- Lathrop Gómez, F. (2010). (In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno. *Ius et Praxis*, 16(2), 147-184.
- Lecannerlier, F. (2000). *Apego e intersubjetividad. Segunda Parte*. Santiago: Ediciones LOM.
- Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947, promulgada con fecha 17.05.2004. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile.
- Ley de Tribunales de Familia, N° 19.968, promulgada con fecha 25.08.2004 y publicada con fecha 30.08.2004. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile.
- Ley de Menores, N° 16.618, promulgada con fecha 03.02.1967. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile.
- Lionetti de Zorzi, J. P. (2005/2006). Razonamiento jurídico y toma de decisión. *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 3, 3-22.
- Microjuris.com. Expulsión anticipada de extranjera condenada a prisión madre de dos hijos con fundamento en la Convención de los Derechos del Niño. *Microjuris.com*. Extraído en febrero de 2014 desde <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/24/expulsion-anticipada-de-extranjera-condenada-a-prision-madre-de-dos-hijos-con-fundamento-en-la-convencion-de-los-derechos-del-nino>.
- Maturana, H. (1997). *La objetividad: un argumento para obligar*. Santiago: Dolmen.
- Minuchin, S. (2009). *Familias y terapia familiar*. Barcelona: Gedisa.

- Ortega Guerrero, I. (2002). El interés superior del niño en las situaciones de crisis familiares: Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2(3), 87-108.
- Pichon-Riviere, E. (1999). Teoría del vínculo, nueva visión. Buenos Aires: Paidós.
- PsicologosenMadrid.eu. (2011). Teoría General de Sistemas de von Bertalanffy. *PsicologosenMadrid.eu*. Obtenido el 22 de marzo de 2011 desde <http://psicologosenmadrid.eu/teoria-general-de-sistemas-de-von-bertalanffy>
- Racimo, F. (2004). El análisis conductista del derecho (sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho). *Revista de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, 2.
- Ramos Méndez, F. (1997). *Enjuiciamiento civil*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Ramos Pazos, R. (2009). *Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Real Academia Española, (2010), Diccionario Real Lengua Española, disponible en [www.RAE.com](http://www.RAE.com), consultada el 10 de marzo de 2011.
- Riquelme, L. (2009). *Repertorio de legislación de familia*. Santiago: Socolibros.
- Rodríguez, M. (2009a). *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho chileno de Familia*. Santiago: Legal Publishing/Abeledo Perrot.
- Rodríguez, María. (2009b). El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia. *Revista Chilena de Derecho*, 36(3), 545-586.
- Salkind, N. (2008). *Métodos de Investigación*. Ciudad de México: Prentice Hall.

- Salzberg, B. (1992). *Los niños no se divorcian. Estudio psicológico: como preservar a los hijos antes, durante y después del divorcio*. Barcelona: Logos.
- Simon, F., Stierlin, H. & Wynne, I. (2002). *Vocabulario de terapia familiar*. Barcelona: Gedisa.
- Squella, A. (2012). *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Soria, M. (Coord.) (2005). *Manual de Psicología Jurídica e Investigación Criminal*. Madrid: Pirámide.
- Tahan, V. (1984). *El hombre que calculaba*. Barcelona: Barceló.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: TROTТА.
- Torres, V. & Vera, S. (2006). *Crianza de los hijos: ¿es responsabilidad solo de las madres?*. Programa de Diplomado en Salud Pública y Salud Familiar, Universidad de Chile.
- Troncoso Larronde, H. (2006). *Derecho de familia*. Santiago: Lexisnexis.

## ANEXOS

### Anexo 1. Sentencia Caso 1

Identificador de la Sentencia

Rol 1193-2003

Partes

López Allende/Atala Riffo

### Categorías de Análisis

| Interés Superior del Niño   | Capacidades Parentales   | Otras  |
|---|--|--|
| <p>Primer Párrafo de la Sentencia</p> <p>La tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia del ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del Artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo”</p> | <p>Inciso 7º, tercer Párrafo</p> <p>El padre de las menores imputa una supuesta inhabilidad moral para ejercer el cuidado de sus hijas porque ésta, luego de la ruptura matrimonial, manifestó una opción homosexual y se encuentra conviviendo con una pareja femenina.</p> | <p>Inciso 9º, primer Párrafo, primera coma</p> <p>Tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer el derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como jueza, cargo para cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad</p> |

|  |   |  |
|--|---|--|
| <p>Tercer Párrafo, primer punto seguido</p> <p>El tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo.</p>  | <p>Primera Página, Inciso 8°, segundo Párrafo</p> <p>El concepto de inhabilidad física o moral se da cuando el menor esté en peligro moral o material</p> |  |
| <p>7° Párrafo Primera Página</p> <p>Las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador a incluido entre las circunstancias que en conformidad que autorizan al juez ara entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornares irreversibles para los intereses de los menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración , en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia.</p> |   |  |

## Anexo 2. Sentencia Caso 2

Rol: 8454-2010 Corte Suprema, 26 de enero de 2011.

| <b>Interés superior del niño</b>   | <b>Capacidades parentales</b>  | <b>Otras</b>   |
|--|--|--|
| <p data-bbox="154 473 287 502">Párrafo 21</p> <p data-bbox="154 548 505 1671">Que no existiendo acuerdo entre los padres del menor, con las formalidades que la ley exige, en relación a la atribución de su cuidado personal y habiéndose requerido tal designación por la vía judicial tiene lugar lo previsto en el artículo 225 inciso tercero del código civil. Esto significa y así opera en la situación de análisis, que el padre discute o está en desacuerdo con la atribución supletoria de la voluntad de las partes que lleva acabo la ley entregando el cuidado personal a la madre. Sin embargo, conforme a la norma citada para soslayar o desatender, la referida atribución legal confiando el cuidado personal al otro de los padres es preciso acreditar que el interés superior del hijo lo hace indispensable sea por descuido o maltrato u otra causa calificada.</p> | <p data-bbox="525 473 644 502">Párrafo 1</p> <p data-bbox="525 548 876 1453">Que el recurrente en el primer capítulo del recurso se denuncia la vulneración del artículo 32 de la ley 19968, argumentando que, al revocar el fallo de primer grado, el de segundo, tuvo como único fundamento el vinculo de apego que tenía el menor con su padre con quien ha permanecido la mayor parte de su vida, como fundamento de su decisión. Sin embargo, no se considera que el niño también tiene contacto con la madre durante el año, que está un mes con ella en el verano, y que el propio demandado solicitó que para el evento de accederse a la demanda, la entrega se hiciera en forma paulatina.</p> | <p data-bbox="896 473 1015 502">Párrafo 2</p> <p data-bbox="896 548 1248 1155">...Añade que, por otro lado, la determinación de los jueces del fondo contraria lo concluido en el peritaje efectuado por la fundación Esperanza en el que se destacan las cualidades de la madre, surgiendo la conveniencia de que el menor y su hermana estén bajo su cuidado, y además, la opinión de la Consejera Técnica que favorecía a la madre y recomendaba la recomposición de la relación fraternal.</p> |

|  |  |   |
|--|--|---|
| <p>Párrafo 8</p> <p>Indica que tampoco se dan las inhabilidades que refiere el artículo 42 de la ley de menores y que si bien el juez de la causa puede modificar la convención de las partes y aún desatender la regla del inciso 2° del artículo 225 del código civil, está obligado a respetar las limitaciones establecidas por el legislador, esto es, solo podrá confiar el cuidado al otro padre cuando el interés superior del niño lo haga indispensable.</p> | <p>Párrafo 9 inc. 2</p> <p>Al respecto señala que el informe de habilidades parentelas sugiere que se reintegre a la dinámica familiar el hermano potenciando el desarrollo de la relación fraternal y materno-filial.</p> | <p>Párrafo 3</p> <p>Agrega que nos e analizo por los sentenciadores de segundo grado antecedentes tales como: 2) que se acredito que el padre había sido formalizado por violencia intrafamiliar, suspendiendo condicionalmente la pena, imponiéndosele la práctica de un tratamiento psicológico, hechos posteriores al fallo que otorgó el cuidado del menor. 4) que la disfasia sufrida por el menor, ha sido superada en gran medida. 7) que en el informe evacuado en junio 2009, motivado por la solicitud del neurólogo de aplicar test psicométricos, se indica que retomar el vínculo con su madre es fundamental para incrementar sus habilidades socio-emocionales, por lo que es recomendable que viva con ella y la hermana.</p> |
|--|--|---|

|   |   |   |
|---|---|---|
| <p><b>Párrafo 9 inc. 1</b><br/> En cuando al mencionado artículo 16, sostiene que en este juicio no sólo se ha revisado la situación del menor JUna sino también la de Karla, la otra hija, de manera que el interés superior de ambos aconseja que estén junto a la madre.</p> | <p><b>Párrafo 15</b><br/> El niño reconoce como figura significativa a su madre, teniendo cercanía y afecto por está, habiendo permanecido largos periodos de tiempo a su lado, sin evidenciar dificultades, en virtud del régimen de relación directa y regular establecido.</p> | <p><b>Párrafo 11</b><br/> Doña Karla Castillo Cortes y don Juan Santander Rivas contrajeron matrimonio y tuvieron dos hijos. Al separarse y debido a las dificultades laborales y económicas que tenía la madre, los menores quedaron al cuidado del padre.</p> |
|---|---|---|

|   |  |  |
|---|--|--|
| <p>Párrafo 22</p> <p>Sexto: que no existiendo acuerdo en los padres del menor, con las formalidades que la ley exige, en relación a la atribución de su cuidado personal y habiéndose requerido tal designación por la vía judicial, tiene previsto por el artículo 225 inciso tercero del código civil. Esto significa y así opera en la situación de análisis, que el padre discute o está en desacuerdo con la atribución supletoria de la voluntad de las partes que lleva a cabo la ley entregando el cuidado personal a la madre. Sin embargo conforme a a norma citada para soslayar o desatender, la referida atribución legal confiando el cuidado personal l otro de los padres es preciso acreditar que el interés del hijo lo hace indispensable sea por descuido o maltrato u otra causa calificada.</p> | <p>Párrafo 16</p> <p>La madre se encuentra capacitada para hacerse cargo de la crianza y educación del menor, contando con habilidades parentales y recursos personales suficientes para ejercer su rol de manera adecuada y satisfactoria a las necesidades de su hijo.</p> | <p>Párrafo 14</p> <p>no ha sido discutido que al otorgarse al padre el cuidado personal en el proceso antes referido, no se debió a inhabilidades de la madre sino más bien se priorizo la figura paterna por ser éste quien a esa fecha garantizaba de mejor manera la salud, educación, protección y cuidado del niño, fundamentado en la circunstancia que lo tuvo los últimos 3 años con completo manejo y conocimiento de sus trastornos de lenguaje.</p> |
|---|--|--|

|  |   |   |
|--|---|---|
| <p>Párrafo 25</p> <p>Octavo: Que no obstante constituir el interés superior del niño el fundamento medular de la atribución judicial en el cuidado personal de los menores y por sobre todo, un principio esencial del ordenamiento jurídico, éste ha sido en la especie preterido por los sentenciadores.</p> | <p>Párrafo 24</p> <p>La demandada ha mostrado preocupación e interés desde la separación de sus hijos por recuperar su cuidado y restablecer relaciones con estos mediante el ejercicio de las acciones legales correspondientes, a través de las cuales logro, primero el de la hija mayor. Por otro lado, también se encuentra acreditadas sus habilidades para contribuir al desarrollo integral del niño y satisfacer sus necesidades afectivas, sin poder dejar de considerarse la trascendencia que para estos efectos tiene crecer junto a su hermana, hija también del demandado.</p> | <p>Párrafo 18</p> <p>Tercero: el fallo de primer grado, acogió la demanda de cuidado personal deducida por doña Karla Castillo Cortez, por estimar que no existen causas calificadas que permitan alterar la regla natural que el legislador civil ha recogido, esto es, que los hijos deben estar con su madre, y además, de este sentido común de procurar y proteger la unión fraternal entre los hermanos. Para estos efectos, se consideró que no existe inhabilidad o motivo que permita alterar este principio respecto del cuidado de los hijos en el evento de separación de los padres, teniendo presente en este sentido las opiniones favorables de los especialistas que se allegaron al juicio, las que recomiendan la recuperación del cuidado del niño por la actora.</p> |
|--|---|---|

|   |  |  |
|---|--|--|
| <p>Importa una abierta infracción al artículo 225 inciso tercero del código civil. En efecto, sin causa legal justificada se despojó a la madre del ejercicio del derecho deber de cuidar a su hijo, a pesar de las opiniones y antecedentes que dan cuenta de lo favorable que resulta para el niño permanecer y desarrollarse bajo su cuidado y protección.</p> |  | <p>Párrafo 19</p> <p>El fallo de segundo grado, sin embargo, considera la edad del menor, los problemas de disfasia que ha sufrido y el hecho que ha sido atendido por su padre, que se ha hecho cargo y que del examen de la prueba rendida no es posible establecer algún antecedente negativo del demandado que permita variar la situación actual del cuidado del niño, atendido el vínculo de apego que este tiene con su progenitor, con quien ha permanecido la mayor parte de su vida; concluyendo que lo adecuado para el menor es que permanezca con el señor Santander Rivas.</p> |
|---|--|--|

|  |  |  |
|--|--|--|
|  |  | <p>Párrafo 23</p> <p>Séptimo: Que en relación a lo anteriormente consignado, no resulto acreditado en el proceso ninguno de los presupuestos de la norma allí citada, debiendo considerar de modo especial que no se esgrimió ni probó alguna circunstancia que constituya una causa calificada que pudiera impedir a la demandada ejecutar su rol, sin que obste a ello, el señalado bienestar general que el padre habría brindado a su hijo en el periodo que estuvo a su cargo. Por otro lado las necesidades emocionales, materiales y educativas del menor pueden ser actualmente cubiertas por la madre según dan cuenta los antecedentes allegados al juicio y entre ellos el informe de la Fundación Esperanza y lo manifestado por la consejera técnica.</p> |
|--|--|--|

#### **Anexo 4: Ley de Antidiscriminación.**

LEY NÚM. 20.609

#### **ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN**

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de ley:

Título I

Disposiciones Generales

Artículo 1º.- Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo 2º.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la

nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

## Título II

### La acción de no discriminación arbitraria

Artículo 3°.- Acción de no discriminación arbitraria. Los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria, a su elección, ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión.

Artículo 4º.- Legitimación activa. La acción podrá interponerse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación.

También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla.

Artículo 5º.- Plazo y forma de interposición. La acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión.

La acción se interpondrá por escrito, pudiendo, en casos urgentes, interponerse verbalmente, levantándose acta por la secretaría del tribunal competente.

Artículo 6º.- Admisibilidad. No se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria en los siguientes casos:

a) Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Tampoco se admitirá cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

b) Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes.

c) Cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley.

d) Cuando carezca de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada.

e) Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.

Si la situación a que se refiere la letra a) se produce después de que haya sido admitida a tramitación la acción de no discriminación arbitraria, el proceso iniciado mediante esta última acción terminará por ese solo hecho.

Artículo 7º.- Suspensión provisional del acto reclamado. En cualquier momento del juicio, el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado, y el tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia de derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior.

El tribunal podrá revocar la suspensión provisional del acto reclamado, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, cuando no se justifique la mantención de la medida.

Artículo 8º.- Informes. Deducida la acción, el tribunal requerirá informe a la persona denunciada y a quien estime pertinente, notificándolos personalmente. Los informes deberán ser evacuados por los requeridos dentro de los diez días hábiles siguientes a la respectiva notificación. Cumplido ese plazo, el tribunal proseguirá la tramitación de la causa, conforme a los artículos siguientes, aun sin los informes requeridos.

Artículo 9º.- Audiencias. Evacuados los informes, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal fijará una audiencia para el quinto día hábil contado desde la última notificación

que de esta resolución se haga a las partes, la que se practicará por cédula.

Dicha audiencia tendrá lugar con la parte que asista. Si lo hacen todas ellas, el tribunal las llamará a conciliación.

Si una de las partes no asiste o si concurriendo ambas no se produce la conciliación, el tribunal, en la misma audiencia, citará a las partes a oír sentencia si no hubiere hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Si los hubiere, en la misma audiencia recibirá la causa a prueba, resolución que podrá impugnarse mediante reposición y apelación subsidiaria, la que se concederá en el solo efecto devolutivo. Estos recursos deberán deducirse dentro del tercer día hábil contado desde el término de la audiencia.

Recibida la causa a prueba, las partes tendrán el plazo de tres días hábiles para proponer al tribunal los medios de prueba de los cuales pretenden valerse, debiendo presentar una lista de testigos si desean utilizar la prueba testimonial. Acto seguido, el tribunal dictará una resolución fijando la fecha para la realización de la audiencia de recepción de las pruebas, que deberá tener lugar entre el quinto y el décimo quinto día hábil posterior a dicha resolución. Si tal audiencia no fuere suficiente para recibir todas las pruebas que fueren procedentes o si las partes piden su suspensión por motivos fundados o de común acuerdo, lo que podrán hacer sólo por una vez, se fijará una nueva audiencia para dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la anterior. Finalizada la última audiencia de prueba, el tribunal deberá citar a las partes a oír sentencia.

Artículo 10.- Prueba. Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. En cuanto a los testigos, cada parte podrá presentar un máximo de dos de ellos por cada punto de prueba. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.

El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Artículo 11.- Medidas para mejor resolver. El tribunal podrá, de oficio y sólo dentro del plazo para dictar sentencia, decretar medidas para mejor resolver. La resolución que las ordene deberá ser notificada a las partes.

Estas medidas deberán cumplirse dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la fecha de la notificación de la resolución que las disponga. Vencido este término, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia sin más trámite.

Artículo 12.- Sentencia. El tribunal fallará dentro de los quince días hábiles siguientes a aquel en que la causa hubiera quedado en estado de sentencia. En ella declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa

de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio.

Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal.

Artículo 13.- Apelación. La sentencia definitiva, la resolución que declare la inadmisibilidad de la acción y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución serán apelables, dentro de cinco días hábiles, para ante la Corte de Apelaciones que corresponda, ante la cual no será necesario hacerse parte.

Interpuesta la apelación, el tribunal elevará los autos el día hábil siguiente.

La Corte de Apelaciones agregará extraordinariamente la causa a la tabla, dándole preferencia para su vista y fallo. Deberá oír los alegatos de las partes, si éstas los ofrecen por escrito hasta el día previo al de la vista de la causa, y resolverá el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que quede en estado de fallo.

Artículo 14.- Reglas generales de procedimiento. En todo lo no previsto en este título, la sustanciación de la acción a que él se refiere se regirá por las reglas generales contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

### Título III

#### Reformas a otros cuerpos legales

Artículo 15.- Modificaciones al Estatuto Administrativo. Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834,

sobre Estatuto Administrativo:

1) En el artículo 84, reemplázase la letra l) que se ordenó incorporar a dicho precepto por la ley N° 20.005, por la siguiente:

"l) Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación."

2) Reemplázase la letra b) del artículo 125 por la siguiente:

"b) Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este Estatuto;"

Artículo 16.- Modificación al Estatuto Administrativo para Funcionarios

Municipales. Reemplázase la letra l) del artículo 82 de la ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, por la siguiente:

"l) Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación."

Artículo 17.- Modificación al Código Penal. Agrégase en el artículo 12 el siguiente numeral:

"21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca;

su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca."

Artículo 18.- Interpretación de esta ley. Los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con la sola excepción de las disposiciones señaladas en los tres artículos precedentes.

Habiéndose cumplido con lo establecido en el N° 1° del artículo 93 de la Constitución Política de la República y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto, promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 12 de julio de 2012.- SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE, Presidente de la República.- Andrés Chadwick Piñera, Ministro Secretario General de Gobierno.- Patricia Pérez Goldberg, Ministra de Justicia (S).

Lo que transcribo a usted para su conocimiento.- Mauricio Lob de la Carrera, Subsecretario General de Gobierno (S).

Tribunal Constitucional

Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación.

(Boletín N° 3815-07)

La Secretaria del Tribunal Constitucional, quien suscribe, certifica que la Honorable Cámara de Diputados envió el proyecto de ley enunciado en el rubro, aprobado por el Congreso Nacional, a fin de que este Tribunal ejerciera el control de constitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 1° y artículos 3°, 6° y 13 del proyecto remitido, y que por sentencia de 28 de junio de 2012 en los autos Rol N° 2231-12-CPR:

Se declara:

1°. Que este Tribunal Constitucional no emite pronunciamiento, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de las disposiciones contenidas en las letras b), c), d) y e) del artículo 6° y en el artículo 13 del proyecto de ley sometido a control, en razón de que dichos preceptos no son propios de ley orgánica constitucional.

2°. Que las disposiciones contenidas en el inciso segundo del artículo 1°, en el artículo 3° y en la letra a) y el inciso final del artículo 6°, del proyecto de ley remitido a control, no son contrarias a la Carta Fundamental.

Santiago, 28 de junio de 2012.- Marta de la Fuente Olguín, Secretaria.

**Anexo 5: Ley 20680, Introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.**

Tipo Norma :Ley 20680

Fecha Publicación :21-06-2013

Fecha Promulgación :16-06-2013

Organismo :MINISTERIO DE JUSTICIA

Título :INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS LEGALES, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA INTEGRIDAD DEL MENOR EN CASO DE QUE SUS PADRES VIVAN SEPARADOS

Tipo Versión :Única De : 21-06-2013

Título Ciudadano :LEY AMOR DE PAPÁ

Inicio Vigencia :21-06-2013

Id Norma :1052090

URL :<http://www.leychile.cl/N?i=1052090&f=2013-06-21&p=>

LEY NÚM. 20.680

INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS  
LEGALES, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA INTEGRIDAD DEL MENOR EN  
CASO DE QUE SUS PADRES VIVAN SEPARADOS

Tengo a honra comunicar a V.E. que el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente proyecto de ley, iniciado en mociones refundidas, la primera, de los diputados señora Alejandra Sepúlveda Órbenes, y señores Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz y Jorge Sabag Villalobos, y de los ex diputados señores Álvaro Escobar Rufatt, Esteban Valenzuela Van Treek, Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahuán Chahuán, Eduardo Díaz del Río y señora Ximena Valcarce Becerra; y, la segunda, de los diputados señores Gabriel Ascencio Mansilla, Sergio Ojeda Uribe, Marcelo Schilling Rodríguez y Mario Venegas Cárdenas, y señoras Carolina Goic Borojevic, Adriana Muñoz D'Albora y María Antonieta Saa Díaz, correspondiente a los boletines Nos 5917-18 y 7007-18.

Proyecto de ley:

"Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fija el artículo 2º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia:

1.- Inviértese el orden de los dos incisos que integran el artículo 222, quedando el inciso primero como segundo y el segundo, como primero.

2.- Sustitúyese el inciso primero del artículo 224 por el siguiente:

"Art. 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. 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."

3.- Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:

"Art. 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros."

4.- Incorpórase, como artículo 225-2, el siguiente:

"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.

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.".

5.- Reemplázase el artículo 226 por el siguiente:

"Art. 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes.".

6.- Agrégase, en el artículo 227, el siguiente inciso tercero:

"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."

7.- Derógase el artículo 228.

8.- Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente:

"Art. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

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.

Para la determinación de este régimen, 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, y considerando especialmente:

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.

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente."

9.- Incorpórase, como artículo 229-2, el siguiente:

"Art. 229-2. 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."

10.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 244:

a) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

"A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad."

b) Intercálase el siguiente inciso tercero, pasando los actuales incisos tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:

"Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial."

11.- Modifícase el artículo 245 en el siguiente sentido:

a) Intercálanse en el inciso primero, entre los términos "hijo," y "de conformidad" las palabras "o por ambos,".

b) Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente:

"Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente."

c) Agrégase el siguiente inciso tercero:

"En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior."

Artículo 2º.- Reemplázase, en el artículo 42 de la ley N° 16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6º del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2000, la frase inicial "Para los efectos" por "Para el solo efecto".

Artículo 3º.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, por el siguiente:

"En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido."."

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévase a efecto como Ley de la República.

Santiago, 16 de junio de 2013.- SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE, Presidente de la República.- Patricia Pérez Goldberg, Ministra de Justicia.- Loreto Seguel King, Ministra Directora Servicio Nacional de la Mujer.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Atentamente, Juan Ignacio Piña Rochefort, Subsecretario de Justicia.

