



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO



Tesina

Carrera de Derecho

**“Cuidado Personal del niño y niña: Análisis práctico y dogmático de la
Ley N° 20.680”**

Profesor Guía: Inés Robles Carrasco

Autor: Nancy Valenzuela Méndez

Diciembre

2014

Índice

Resumen/Abstract.....	5
Palabras claves/ Keywords.....	5
I. Introducción.....	7
II. Análisis dogmático crítico.....	8
II.1 Principios Vectores.....	9
II.1.1 Principio de Igualdad.....	9
II.1.1.a Igualdad Parental.....	10
II.1.2 El interés superior del niño.....	11
II.1.3 El derecho del niño de ser escuchado.....	18
II.1.4 El Principio de corresponsabilidad parental.....	19
II.1.5 La autonomía de la voluntad de los padres.....	21
II.1.6 La protección a la vida familiar.....	22
II.2 Aspectos Positivos de la ley.....	24
II.2.1 Igualdad entre los progenitores.....	24

II.2.2	Corresponsabilidad parental.....	28
II.3	Aspectos Negativos.....	33
II.3.1	Factor residencia.....	33
II.3.2	Regla de atribución preferente: Padre o madre que conviva con los hijos	35
III.	Análisis Práctico.....	37
III.1	Mirada de los Usuarios.....	37
III.1.1	Solución de conflictos.....	37
III.1.2	Cambio del rol tradicional de los padres.....	41
III.2	Mirada de los operadores jurídicos: participación de los Centros de Mediación.....	46
III.3	Mirada de los Tribunales de Familia de Valparaíso.....	49
III.3.1	Constatación en terreno: Primera perspectiva.....	49
III.3.2	Constatación en terreno: Segunda perspectiva.....	51

IV.	Conclusiones.....	54
V.	Bibliografía.....	57
VI.	Anexos.....	65
	Anexo I: Objetivos.....	65
	Anexo II: Carta al Centro de Mediación Familiar Sinergia.....	67
	Anexo III: Carta a Administradora del Tribunal de Familia de Valparaíso.....	69
	Anexo IV: Preguntas utilizadas para las entrevistas.....	71
	Anexo V: Entrevista a Mediadora del Centro de Mediación Familiar Sinergia	73
	Anexo VI: Entrevista a Magistrados del Tribunal de Familia de Valparaíso	79
	Anexo VII: Encuesta Adimark 2014.....	104

Resumen

La Ley N° 20.680 consagra el Principio de Corresponsabilidad Parental como uno de los principios que orientan la actuación de los padres respecto de sus hijos, en razón de ello, surge la figura del cuidado personal compartido como régimen que refuerza el interés superior del niño por sobre el de los padres, además, se elimina la preferencia materna como criterio de atribución entre los padres, estableciendo legalmente la igualdad entre los progenitores. Sin perjuicio de ello, durante la segunda parte de este trabajo, se analizará la realidad fáctica de la nueva ley constatando su verdadera eficacia.

Palabras claves

Principio de Igualdad; Igualdad Parental; Interés Superior del Niño; Principio de corresponsabilidad parental; cuidado personal compartido; Residencia.

Abstract

The Law N° 20.680 establishes the Principle of Stewardship Parental as one of the principles that guide the actions of parents for their children, because of this, born the figure of shared and personal care regime that reinforces the child's best interest arises by on parents also eliminates maternal preference criterion for allocation among parents, legally establishing equality between parents. Nonetheless, during the second part of this work, I'll analyze the factual reality of the new law will be discussed ascertaining their true effectiveness.

Keywords

Principle of Equality ; Parental Equality ; Best Interest of the Child, the Principle of Shared
Responsibility of Parents; Shared personal staff; Residence.

I. INTRODUCCIÓN

A solo un año de la ejecución de la Ley N° 20.680 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 visualizan cambios en las relaciones de familia producto de la mayor incorporación de la mujer al mundo laboral y profesional, y, por otro lado, la preocupación de los hombres por tener roles preponderantes en la crianza y cuidado de sus hijos.

Este trabajo pretende analizar la Reforma del Código Civil desde dos miradas, la primera de ellas se encargará de dilucidar los aspectos positivos y negativos de la misma, considerando a los principios que inspiraron a la nueva ley y la incorporación de la figura cuidado personal compartido.

Sin perjuicio de lo anterior, por otro lado, lograremos obtener una visión desde la práctica jurídica, analizando las perspectivas que los mediadores y magistrados del Tribunal de Familia de Valparaíso tienen respecto a la ley, es decir, analizar su eficacia desde la misma aplicación.

II. ANÁLISIS DOGMÁTICO CRÍTICO

De conformidad al profesor Alejandro Vergara Blanco, la dogmática jurídica en cuanto estudia el derecho nacional de un país y está entonces ligada al territorio y a la actualidad, no tiene métodos, materias y descubrimientos universales (Vergara, 2003: p. 12). Sus problemas y, por lo tanto, la audiencia a que está dirigida, son estrictamente nacionales.

Por otro lado, las afirmaciones de la doctrina jurídica son proposiciones sobre el contenido del derecho, es decir, sobre lo que el derecho vigente dice. Como todas las proposiciones científicas, trátase de las ciencias exactas, naturales, sociales o las humanidades, las proposiciones de la dogmática son científicas cuando son *verificables* (Ramírez, 2007: p. 34).

Dicho lo anterior, es que este trabajo, y en especial este acápite, tiene por objeto analizar la Ley N° 20.680 de 21 de junio de 2013, que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del niño, niña o adolescente en caso de que sus padres vivan separados, extrayendo los principios doctrinales como medio principal de interpretación de la norma jurídica, para proseguir con una comprobación práctica y verificable de los problemas y teorías que se defienden, siempre recordando que en las relaciones de familias encontramos factores extrajurídicos importantes derivados (en este caso) de una relación sentimental que se rompe, que trae consecuencias para los hijos en común, que *“imponen un razonamiento jurídico muy distinto al habitual del jurista y llevan a soluciones que desbordan las estrictamente racionales y legales”* (Rivero Hernández, 2011 p.51).

II.1 Principios Vectores

II.1.1 Principio de igualdad de los padres y cónyuges

Este principio se ubica dentro del Principio de Igualdad de Géneros y tiene una clara consagración en nuestra legislación, en los artículos 1° y 19 N°2 de la Constitución Política de la República¹, así, el artículo 1° de la Ley N° 19.611 de 16 de junio de 1999 modificó el artículo 1° de la CPR, buscando la igualdad de derechos entre hombres y mujeres al establecer que: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, reemplazando del texto original la frase *“los hombres”* por *“las personas”*; y agregó el artículo 19 N°2 de la CPR: *“La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”* (Barcía, Lehmann, 2011). Estas normas son esenciales, ya que permiten que no se produzcan discriminaciones en razón del género de las personas, tratándoseles como iguales. Según afirma Rodrigo Barcía *“conforme al principio de igualdad constitucional, no cabe distinguir entre hombres y mujeres por cuanto ellos están equiparados”* (Ídem).

Lo anterior, se respalda con la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto San José de Costa Rica, que, en su artículo 17.4° titulado *“Protección de la familia”* dispone que *“los Estados Parte deben tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”*. A su vez, el artículo 16 letras d) y f), de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, determina que *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación (...) y, en particular,*

¹ En adelante CPR.

asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionados con sus hijos; en todos los casos, los interés de los hijos serán considerados primordialmente (...) f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, custodia y adopción (...)" (Ídem).

El Principio de Igualdad respaldado en nuestro ordenamiento jurídico nacional, como en los tratados internacionales ratificados por Chile, se traduce en iguales derechos, deberes y obligaciones entre los progenitores, aplicándose medidas de discriminación solo en virtud del Principio de Discriminación Positiva, para dejar a los involucrados en igualdad de condiciones en pos de la protección de la familia.

II.1.1.a Igualdad Parental

Del Principio de Igualdad se puede subdistinguir el Principio de Igualdad Parental, el cual, fue la defensa concreta de los Diputados Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz, Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahúan Chahúan, Eduardo Díaz del Río, Álvaro Escobar Rufatt, Jorge Sabag Villalobos, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Ximena Valcarce Becerra, Esteban Valenzuela Van Treek, quienes fueron los precursores de esta ley.

Este principio quedó de manifiesto, cuando se eliminó la preferencia de la madre en la atribución judicial del cuidado personal, pues, antes de la reforma, el Código Civil, en su artículo 225, establecía que *“si los padres vivían separados, a la madre le toca el cuidado personal de los*

hijos”, lo cual es criticado por la doctrina al ser considerada inconstitucional y, por ende, contraria al Principio de Igualdad y, sobre todo, al Principio de Interés Superior del Niño².

El citado artículo era contrario al artículo 19 N°2 de la CPR; al artículo 17.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ambos ya explicados) y al artículo 5° inciso 2° de la CPR en relación con los artículos 3° y 9° de la Convención de los Derechos del Niño³, pues nuestro Código discriminaba a favor de la madre cuando se trataba del cuidado personal del hijo en común.

A raíz de lo anterior, fue necesario un cambio en la legislación que permitiera la igualdad entre los padres, éste fundamento permitió el debate para la creación de esta ley.

II.1.2 El interés superior del niño

La Asamblea de la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de Derechos del niño en el año 1924, promulgada en el Consejo No Gubernamental sobre Protección Internacional de Menores, introduciendo, por primera vez, el concepto del “interés superior del niño”. En el año 1989 surge la CDN, y junto con este instrumento, en el ámbito europeo, surge la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades

² Encontramos diversos autores que apoyan esta postura, entre ellos Barros Bourie, Enrique (1999), “Notas históricas y comparados sobre el ordenamiento legal de la filiación”, El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno, Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 47; Barcia Lehmann, Rodrigo (2011), Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia, Santiago, Puntotex, pp.482-484; Gómez de la Torre Vargas, Mari Cruz, (2007), p. 140; Lathrop Gómez, Fabiola (2005), Cuidado personal de los hijos, Santiago, Puntotex, p.13; Lathrop Gómez, Fabiola (2010), (In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno, Talca, Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 2, 2010, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 147 – 184; Schmidt Hott, Claudia y Veloso Valenzuela, Paulina (2001), La filiación en el nuevo Derecho de familia, Santiago, ConoSur, p.277. Criterio distinto es el sostenido por Rodríguez Pinto, María Sara (2009), “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterio de resolución de conflictos de interés entre padres e hijos en el nuevo Derecho de Familia”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 36 N°3, p. 562 a 564.

³ De aquí en adelante CDN.

Fundamentales, otorgándose a los niños y adolescentes el derecho a presentar una queja por violación a sus derechos.

El Principio del Interés Superior del Niño aparece consagrado en la CDN de 1989, este es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención.

Este principio constituye uno de los estándares a nivel internacional en materia de derechos del niño y su regulación, partiendo de la base que, en su artículo 1º define a niño como todo ser humano menor de 18 años de edad. Además, *“goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l’intérêt supérieur de l’enfant”. Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un “principio general de derecho”, de aquéllos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”* (Freedman, 2005, p. 228).

El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más

vulnerable. De este modo “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁴.

El principio de interés superior del niño como pilar fundamental en los derechos del niño, establece un antes y un después en la protección de los derechos de los niños y en su definitivo establecimiento como sujetos plenos de derechos. Efectivamente, pues cambia la protección jurídica del grupo etario formado por niños, niñas y adolescentes, superando la Doctrina de la Situación Irregular (al menos formalmente) para dar lugar a la Doctrina de la Protección Integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: “todos los derechos para todos los niños” (Laraumbe Canalejo, 2002, p. 252).

Este principio implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños, pero no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños.

Conforme a Diego Freedman, podríamos encontrar al interior de la Convención un “núcleo duro” de derechos del niño, lo que se traduciría en un evidente límite a la actividad del Estado, impidiendo así la discrecionalidad en su actuar. Dicho “núcleo” comprendería el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades

⁴ Artículo 1º de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del Derecho Penal y del Procesal Penal (Freedman, 2005, p. 27)⁵.

Los derechos antes mencionados, además de constituirse como limitantes a la actividad estatal, se constituyen como un claro límite a la familia, y en general, a toda la sociedad. Lo anterior, se traduce en que, ante la eventualidad de existir un conflicto de derechos de igual rango normativo, debe primar, sobre cualquier otro derecho fundamental, el interés superior del niño, y, especialmente por sobre el interés de los padres y de la sociedad.

Este principio, se concibe como un instrumento jurídico destinado a asegurar tanto en el plano psíquico, físico y social, el bienestar del niño, instaurándose como una unidad de medida en caso de convergencia de diversos intereses. Lo que supone, la obligación de las organizaciones públicas y privadas, de salvaguardar este criterio al momento de adoptar una decisión que pudiese afectar a un niño, para así, proteger y garantizar que su interés será considerado a largo plazo.

“En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad, este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado. En efecto, el interés superior implica abandonar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas sí son capaces, si pueden pronunciarse, incluso sobre los “estados del alma” (Aguilar Cavallo, 2008, p. 230).

Los padres en todos los aspectos de relación con sus hijos deben guiarse por el Principio del Interés Superior del Niño, en relación a ello, es que este principio cumple diversas funciones, entre ellas de política legislativa, gubernamental, judicial y, en general,

⁵ Disponible en la página web: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>

administrativa⁶. Pero, en el ámbito del cuidado personal de los hijos⁷ y del derecho a mantener con ellos una relación directa y regular⁸, “*el interés superior del niño es también un criterio, baremo o*

⁶ Artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1.” *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.*

2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

3. *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.*

⁷ Artículo 225 del Código Civil: “*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”.

⁸ Artículo 229 del Código Civil: “*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”.

*standard de adjudicación de litigios*⁹. Esta última es la función que interesa en el contexto de estas líneas: el interés superior del niño como criterio de resolución de conflictos judiciales” (Rodríguez Pinto, 2009, p.38).

Este principio, es aquel que sirve de base para la ley en comento, pues el legislador tuvo como objetivo que, tanto los operadores del derecho como los padres, tuviesen que regular sus relaciones de familia como filiativas en base al interés superior del niño, siempre en beneficio del niño, niña o adolescente. Lo anterior, trajo como consecuencia directa la modificación al artículo 222 del Código Civil señalando que la preocupación fundamental de los padres es “*el interés superior del niño*”.

La jurisprudencia ha señalado que el “*interés superior del niño*” es un concepto indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado, siendo la herramienta que permite al juez encontrar una salida alternativa cuando la norma da soluciones injustas a problemas concretos que no se adecuan a la misma. Es por ello, que alude siempre a proteger y asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales del niño, asegurando

Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adaptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

⁹ Artículo 242 inciso 2° del CC: “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”.

Artículo 16 Ley de Tribunales de Familia: “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”

el libre desarrollo de su personalidad, sin perjuicio de que el concepto se adecua y utiliza dependiendo el caso particular (STCA de Santiago Rol N° 1000-2012)¹⁰.

El interés superior del niño como criterio de solución de conflictos para la magistratura, implica indagar en su significado en razón de los siguientes criterios:

- a. Necesidades materiales, educativas y emocionales de los niños y la probabilidad de que sean cubiertos por quién pretende la tuición;
- b. La capacidad y condiciones del solicitante para asumir la tuición;
- c. El efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual de los menores;
y
- d. Si existiese algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición¹¹.

En caso de ser sometida a decisión judicial quién de los progenitores estará a cargo del cuidado personal del niño, niña o adolescente, la nueva ley establece criterios por los cuales el juez debe regirse, los que van de la mano con el Principio del Interés Superior del Niño; éstos, sirven de base para la determinación, tanto de la relación directa y regular como del cuidado personal, ponderando cada uno en forma específica y particular dependiendo de las condiciones de cada caso en cuestión. En consecuencia, se debe priorizar el interés superior del niño a través de los criterios que estableció el legislador en la nueva ley.

¹⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol N° 1000 del año 2012, considerando 6°, de fecha 25 de septiembre de 2012, que a su vez cita a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol N° 4105 del año 2004 de fecha 01 de septiembre de 2004 y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Causa Rol N° 218 de año 2006 de fecha 22 de junio de 2006.

¹¹ Ídem.

II.1.3 El derecho del niño a ser escuchado

La Ley N° 20.680 incorpora la opinión del hijo como un medio para determinar el cuidado personal a favor de uno de los padres, otorgando la oportunidad al niño, niña o adolescente para que ejerza sus derechos y manifieste sus deseos y opiniones respecto a la situación de la cual él es el principal involucrado, beneficiado y/o perjudicado.

Así, este derecho es uno de los criterios y circunstancias considerados por los jueces al momento de determinar el cuidado personal¹² (Gómez de la Torre Vargas, 2014, pp.20-25).

El derecho del niño a ser escuchado se encuentra en el artículo 5° y 12° de la CDN, *“según el cual debe garantizarse al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, en aplicación de su autonomía progresiva”* (Gómez de la Torre Vargas, 2014, p.83) está plasmado en esta nueva ley considerando al menor como un sujeto de derecho, siempre en concordancia con su madurez y evolución, adquiriendo en forma progresiva la capacidad de ejercer sus derechos, así, la Corte Suprema ha dicho que *“todo niño, niña o adolescente tiene derecho a expresar sus opiniones en los diferentes ámbitos de su vida ... Si bien la obligación de oír al niño no es equiparable con lo de aceptar su deseo, su manifestación constituye un factor importante a analizar en el contexto de los demás antecedentes del proceso, a fin de contribuir a que la decisión que, en definitiva, se adopte sea la más favorable a su respecto”*¹³ (STCS Rol N° 3.469-2008). Es decir, el derecho del niño a ser oído es un factor fundamental (que se pondera con las demás particularidades del caso) a la hora de que el juez tome una decisión.

¹² Artículo 225-2 letra f Código Civil: *“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: f) La opinión expresada por el hijo”.*

¹³ Sentencia de la Corte Suprema Causa Rol N° 3.469 del año 2008, de fecha 29 de julio de 2008, considerando duodécimo.

II.1.4 El Principio de corresponsabilidad parental

En el ámbito de la relación de filiación los padres desempeñan ciertas funciones básicas respecto de sus hijos, y nadie discute hoy, que ambos tienen responsabilidades en cuanto su crianza, desarrollo y educación. En razón de ello, es que este principio conlleva un reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial. Cuando los progenitores no se encuentran separados, dichos deberes se dan en medio de la convivencia diaria, pero cuando se produce el quiebre de la relación debe modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables (Acuña San Martín, 2013, p.38).

Desde los inicios del Código Civil la crianza y de la educación, en cuanto al cuidado personal, los progenitores siempre la ejercieron en forma conjunta¹⁴, pero, “*no sucedía lo mismo con los derechos funciones de dirigir la educación, corregir y castigar, y con la facultad de elegir el estado y profesión futura del hijo, que correspondían al padre y en su defecto a la madre*”. Este rol subsidiario de la madre, se mantuvo en el ámbito patrimonial, pues pese a que se sucedieron diversas reformas que fueron otorgando algunos derechos a la madre en la patria potestad, ellas siempre la renegaron a la sombra del padre, como un medio de auxilio a quien se recurría cuando éste faltaba¹⁵ (Álvarez González, 2006, pp. 30-42)¹⁶.

Como consecuencia de lo anterior, comenzó una serie de reformas relacionadas con la igualdad de la mujer ante la ley y su capacidad estando casada, que tenían como fin igualar a

¹⁴ Artículo 222 del Código Civil originario: “*Toca de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos*”.

¹⁵ El Código originario negaba expresamente la Patria Potestad a la madre, y fue mediante el DL N° 328, que ésta adquirió el ejercicio de la institución, pero sólo cuando el padre faltaba. Se entendía que faltaba cuando moría natural, civil o presuntivamente; cuando estaba ausente; si era puesto en interdicción, o era declarada judicialmente su inhabilidad física y moral.

¹⁶ Disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/de-alvarez_a/html/index-frames.html

la mujer y eliminar las prohibiciones y discriminaciones arbitrarias según el género, lo cual era necesario para equiparar la igualdad entre ambos padres. Así, por ejemplo, junto con ir modificando el régimen matrimonial, paulatinamente se fue modificando el artículo 1.447 del Código Civil, que primero contemplaba como incapaz relativa a la mujer casada, posteriormente sólo a la mujer casada en sociedad conyugal, hasta que por la Ley N° 18.802 se elimina formalmente a la mujer casada dentro de los incapaces relativos. Pero en los hechos, seguía siendo incapaz al no poder ejercer por ley la Patria Potestad en forma conjunta con el padre y al estar privada de la administración de los bienes de la sociedad conyugal y de los suyos propios que no estaban dentro de su patrimonio reservado (Ídem).¹⁷

En cuanto al tema que nos convoca, se derivaba un problema práctico, pues cuando los progenitores se separaban la madre quedaba con el cuidado de los hijos, y si no se entendía que el padre faltaba, en él se radicaba la patria potestad, quedando la responsabilidad parental no sólo desmembrada en la ley, sino también en la vida de los hijos. Un intento por superar este problema lo realizó la Ley N° 18.802, que otorgó a la madre el derecho a pedir que se le otorgara la patria potestad de los hijos que tenía a su cargo, en donde la autoridad paterna y la patria potestad, se unificaban al menos, en una persona que las ejercía.

María Sara Rodríguez Pinto, dijo “*estar de acuerdo con las modificaciones a los artículos 244 y 245 para establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad, lo que se conformaría con las modificaciones que se introducen al régimen de la sociedad conyugal*” (Rodríguez Pinto, 2012, p. 10). Este fue uno de los informes favorables en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del año 2012 que permitieron que, con la reforma, el ejercicio de la patria potestad se contemplara, por el

¹⁷ Durante la época en que rigieron estas leyes, habría sido imposible que la Responsabilidad Parental se unificara, por cuanto habría significado otorgarle a la mujer y madre una verdadera capacidad, y una absoluta igualdad ante la Ley sin discriminaciones, permitiéndole ejercer los mismos derechos que el hombre ejercía en su rol de padre y marido.

artículo 244 inciso 2° del Código Civil de la siguiente forma: “*A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad*”.

Así, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, introdujo el principio de corresponsabilidad, que se aplicaría de aquí en adelante, en todas las materias relacionadas con el cuidado de los hijos.

En cuanto al cuidado personal, dicha Comisión señaló que este criterio servirá para modelar las conductas de los padres y su ejercicio del cuidado personal, especialmente en el caso de los padres que se encuentran separados¹⁸, así este principio se introduce expresamente a través del artículo 224 del Código Civil que prescribe: “*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*”; en relación con el artículo 225 inciso 2° del Código Civil, que en la misma línea establece que: “*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*”.

II.1.5 La autonomía de la voluntad de los padres

El legislador consideró como pilar esencial la voluntad o autonomía de los padres para adoptar las resoluciones a este respecto, e incluso permitir que ellos mismos regulen sus responsabilidades en cuanto a la relación con sus hijos (previa aprobación judicial). En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció incluso antes de la reforma al

¹⁸ Senador Hernán Larraín, en Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 8 de enero de 2013, en la tramitación de la Ley N°20.680.

Código Civil, al señalar que: “*Subyace a la norma jurídica la consideración, prima facie, de que son los padres los que están en mejor situación para adoptar las decisiones que permitan asegurar la mayor realización espiritual y material posible del menor, así como asegurar el ejercicio –al hijo– de sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana... El reconocimiento de la autonomía significa que, manifestada la voluntad en algún sentido, el juez, en principio, no puede modificar aquella decisión voluntaria de los progenitores. Se entiende, como ya se dijo, que los padres están en mejor situación que el juez para decidir lo que es mejor o más conveniente a los intereses del menor*” (Turner Saelzer, 2004, p.12).

Así, para poder llevar a cabo un sistema de cuidado personal compartido, la autonomía de la voluntad de los padres va de la mano con un sistema de comunicabilidad libre de vicios, lo que, por ende, trae como consecuencia una buena relación entre ellos. Asimismo, parece ser necesaria una situación económica similar que permita al hijo tener un espacio propio en cada hogar.

II.1.6 La protección a la vida familiar

El artículo 1º inciso 2º de la CPR establece que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*” siendo su resguardo y protección deber del Estado. A raíz de ello, es que la nueva ley pretende que el Estado y los jueces tenga una mínima intervención cuando existe una relación fluida entre los padres, y con éstos para con sus hijos, incentivando la corresponsabilidad y el cuidado personal compartido.

En relación con lo anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido, en diversas resoluciones, que toda medida de restricción o exclusión constituye una injerencia en el respeto de la vida familiar (Almeida, 2010, p. 43)¹⁹.

¹⁹ Disponible en:
https://www.academia.edu/2269451/Jurisprudencia_del_Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos_en_relaciones_de_familia

II.2 Aspectos positivos de la ley

La nueva normativa vino a suplir ciertas falencias que existían antes de la reforma, entre ellas, la más notoria era la preferencia legal otorgada a la madre, presentándose como una discriminación evidentemente arbitraria contra el padre, según explicaré a continuación.

II.2.1 Igualdad entre los progenitores

El artículo 225 inciso 1° del Código Civil determinaba que si ambos padres vivían separados u ocurría un quiebre en su vínculo afectivo, a la madre es a quien tocaba el cuidado personal de los hijos. Pese a que el mismo artículo, en su inciso 2°, otorgaba la opción que los progenitores podían acordar que el cuidado personal de uno o más hijos correspondiera al padre, ello no parece ser suficiente para establecer una igualdad, tanto material como jurídica, de ambos padres.

Existía una excepción al caso anterior (en razón del inciso 3°), solamente en situaciones de particularidad y cuando el interés superior del niño se viese excesivamente perjudicado o en peligro, como son los casos de maltrato, abandono o cualquier otra causa calificada (como inhabilidad física o moral)²⁰, siendo una facultad del juez ordenar que el

²⁰ El artículo 42 de la Ley N° 16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Justicia, del año 2000, que, a su vez, fue modificado por el artículo 2° de la Ley N° 20.680 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, establece que: “Para el solo efecto del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1.° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2.° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3.° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

4.° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5.° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

cuidado personal lo ejerza otro progenitor. Todo ello, con una limitación importante: no puede atribuir el cuidado personal del hijo a quien no ha contribuido a su manutención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo (Lathrop Gómez, 2010, p.2).

Con la reforma al Código Civil que introdujo la Ley N° 20.680, se refuerza el foco del cuidado personal en el interés superior del niño y no en los derechos de padre y madre. Sin perjuicio de ello, se coloca a ambos padres en un plano de igualdad al instaurarse el principio de igualdad dentro de la normativa, así, el artículo 224 señala: *“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos...”*, en relación con lo anterior, el artículo siguiente dispone: *“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... 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”. Esta disposición va en concordancia con la tendencia internacional que incursiona en materias familiares, principalmente, por el reconocimiento que la sociedad mundial ha prestado a los derechos de las personas. Y aunque pueda pensarse que esta irrupción es reciente, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos señala que *el hombre y la mujer gozarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*²¹, agregando

6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.

²¹ Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

que la infancia tiene derecho a cuidado y asistencia especiales y que todos los niños nacidos de Matrimonio o fuera de Matrimonio tienen derecho a igual protección social²².

Desde el punto de vista constitucional, estas nuevas disposiciones vinieron a ser concordantes con el resto de la Carta Fundamental, que desde su artículo 1° dispone que las “*personas nacen libres en iguales en dignidad y derechos*”, la doctrina constitucional coincide en que uno de los pilares conceptuales y bases del orden constitucional chileno es el principio de igualdad, que luego se desarrolla en la forma de diversas garantías dentro del texto de la CPR.

Ángela Vivanco analiza este principio desde *un sentido estricto* y como el *mandato de no discriminación*, en su primer contenido o acepción, el principio de igualdad se corresponde con el concepto de *igualdad misma* (Vivanco Martínez, 2012, pp. 85-88), el cual presupone, pues, predicar una relación comparativa entre por lo menos dos elementos. Tal relación, sin embargo, no establece cualquier tipo de comparación entre los elementos a los que se refiere, sino solo, precisamente, la de igualdad, no la de mera semejanza, y, pese a que no existe la identidad absoluta y, por tanto, toda relación de igualdad supone que existe alguna diferencia entre los términos comparados, sean personas, cosas o hechos, se diría que esa relación viene a coincidir con la de semejanza o similitud. En este mismo sentido, Fabiola Lathrop, señala que la igualdad es un concepto relacional que muestra la identidad que existe entre dos o más personas, cosas o hechos en relación tan sólo con algunos aspectos o elementos, reconociendo las diferencias sustanciales que existen en el resto de los aspectos (Lathrop Gómez, 2010 , p. 152).

²² Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “1. *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.* 2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”.

En la segunda concepción, en la perspectiva de la igualdad, se pueden establecer criterios descriptivos como asimismo valorativos. A partir de ello, explica Ángela Vivanco, *“el principio constitucional de igualdad se corresponde más con criterios valorativos y con la existencia de una razón común y justificación de regular de un mismo modo situaciones jurídicamente equivalentes”* (Vivanco Martínez, 2012, p. 87). A su vez, Karla Pérez Portilla señala que: *“los juicios de igualdad parten siempre de una igualdad fáctica parcial. Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros [...] Eso significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas”* (Pérez Portilla, 2005, p. 15).

La normativa anterior, daba un trato preferente a la madre al otorgar el cuidado personal del niño, niña o adolescente, sin explicar razón o causa, señalando: *“si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”*, entendiéndose que la misma poseía una “aptitud natural” que la privilegiaba por sobre el padre, regla que respondía a una concepción estereotipada y prejuiciada de la madre, lo que no se condice con la creciente repartición equitativa entre el hombre y la mujer en las labores de cuidado de los hijos y del hogar común, por una parte, y de obtención de un desarrollo profesional por otra. Con la reforma actual se trata de privilegiar al padre que viva con el niño, niña o adolescente, independiente de que éste sea el padre o la madre, pues ambos son progenitores y ninguno es más padre ni más capaz que el otro.

De todas formas, lo que importa para efectos de este acápite, es que esta reforma vino a instaurar la igualdad parental entre los progenitores, al menos en términos normativos.

II.2.2 Corresponsabilidad parental

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por Chile por el Decreto N° 789 del 10 de diciembre de 1989, es, uno de los instrumentos que marca la discusión en materia de la igualdad entre los padres, al determinar, en su preámbulo, que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. En virtud de ello, su artículo 5 letra b) establece que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para *“garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”*. Luego, en su artículo 16 letra d)²³ se impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar en condiciones de igualdad los mismos derechos y responsabilidades como progenitores a hombres y mujeres, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en las mismas, la consideración primordial será el interés superior de los hijos; y en su letra f)²⁴ establece que los Estados Partes asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades respecto de la

²³ Artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: 1. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.*

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

²⁴ Artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: 1. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.*

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas y en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial. A partir de ahí, se fijan dos parámetros relevantes: la igualdad en la atribución de derechos y responsabilidades como progenitores y el interés superior de los hijos como criterio rector en el ejercicio de las funciones parentales de los progenitores.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1966 y promulgado en Chile por Decreto 778 de 1989, se refiere a la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos cónyuges, en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo, además, establece que en caso de disolución del vínculo se deben adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos²⁵. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada en nuestro país por Decreto 873 de 1991, insiste en la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo²⁶. Es por ello que el principio de igualdad entre los progenitores y la corresponsabilidad parental van en conjunto, pues no sería una igualdad solo en términos teóricos, sino que también prácticos al establecer una equivalencia en las responsabilidades de ambos, dejando de lado los vestigios de una legislación “tradicionalista” e incluso de índole machista.

²⁵ Artículo 23 N° 4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “4. *Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.*”

²⁶ Artículo 17 N° 4 Convención Americana sobre Derechos Humanos: “*Protección a la Familia*
4. *Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.*”

El Ordenamiento Jurídico familiar chileno, consagra hoy, la corresponsabilidad parental, como uno de los principios que orientan la actuación de los padres respecto de sus hijos. Se trata de una figura novedosa, que puede transformar positivamente los tradicionales esquemas de las relaciones personales paterno-filiales en vida separada de los progenitores. Sin embargo, antes de analizar la normativa actual, es necesario dejar de inmediato asentada la distinción entre la corresponsabilidad parental (Lathrop Gómez, 2008, p. 12)²⁷ y el cuidado personal compartido. Este último, como afirma la doctrina, es una figura de organización del cuidado personal, que se basa en el citado principio, mientras que la corresponsabilidad parental sería, junto a otras directrices, como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer un principio que informa la custodia compartida.

El principio de la corresponsabilidad parental cobra relevancia, entre otras razones, porque padre y madre comienzan a compartir progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro (Lathrop Gómez, 2009), sin perjuicio de lo anterior, ello no ha evitado las confusiones conceptuales, tanto a nivel nacional como en derecho comparado. Así, un estudio europeo de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida, señala que la *“apreciación generalizada de que la custodia compartida está implantada en los países de la Unión Europea es inexacta... equiparando categorías jurídicas distintas: lo que gran parte de estos países regula es en realidad la responsabilidad parental que en la gran mayoría de los países se comparte permitiendo que ambos progenitores puedan tener parte activa en la toma de decisiones fundamentales respecto de sus hijos* (Acuña San Martín, 2013).²⁸

²⁷ La misma autora igualmente en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento de la Cámara, de enero de 2012, recaído en la tramitación del proyecto de la Ley N° 20.680.

²⁸ Como señala la misma autora en su texto *El principio de corresponsabilidad parental*, de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Sección Estudios(Año XX- N°2), p. 27: “Incluso en España donde se regula efectivamente la custodia compartida no hay uniformidad en cuanto a su conexión con la responsabilidad parental, pues mientras para algunos autores la primera es una modalidad de la segunda, para otros es su fundamento en tanto principio que la orienta”.

El artículo 224 del Código Civil, está destinado a que los padres en forma conjunta den cumplimiento a sus obligaciones en igualdad de condiciones, estableciendo este principio de corresponsabilidad en forma tácita al señalar: *“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos”*, acorde con el artículo 18 de la CDN; además, agrega de forma expresa: *“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”*.

Según Gloria Negroni, esta modificación deja atrás la mirada desde los adultos e impone el enfoque desde el hijo, a quien se debe proteger especialmente, aminorando los efectos perjudiciales que puedan conllevar las decisiones de sus padres, quienes continúan ejerciendo su parentalidad más allá de la vida en pareja (Negroni Vera, 2014, p. 115).

La participación que impone esta normativa, implica una constante colaboración de los padres, superando la noción de régimen comunicacional ordinario centrado en un fin de semana por medio, sino que impone desafíos relativos a la voluntad y la mentalidad de los involucrados, como participar activamente en las decisiones del hijo y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos propios de la responsabilidad parental. En razón de ello, la función judicial pasa a ser una respuesta subsidiaria, funcionando como mecanismo de control.

La corresponsabilidad implica una comunicación permanente entre los padres, distribución de gastos, garantizar un cumplimiento de las funciones afectivas y formativas de ambos padres y, principalmente, tomar conciencia y hacerse cargo de cada una de las decisiones que traiga consecuencias sobre sus hijos, puesto que es una responsabilidad que se comparte. Desde este pensamiento, los padres deducen (o deberían deducir) que en la medida

que tengan a alguien con quien compartir la responsabilidad, ese otro padre será su apoyo y colaborador en el desarrollo de sus hijos.

II.3 Aspectos Negativos

La regulación de derechos y deberes personales de los padres para con sus hijos, carecía de una normativa idónea, pues la legislación de antes de la reforma, tenía falencias estructurales que generaban un quiebre entre el reconocimiento de los derechos y obligaciones que mantenían los progenitores, perjudicando directamente al niño, niña o adolescente.

II.3.1 Factor Residencia

La regulación actual (y también la anterior a la reforma) pone esencial énfasis en la “residencia” del niño luego de la separación de los padres, como factor fundamental para que, según se infiere, exista una real comunicación entre los padres al momento de tomar decisiones en conjunto, o bien, que el régimen comunicacional del padre que no tiene el cuidado personal, sea lo más expedito posible y no encuentre obstáculos externos como el tener una residencia alejada del padre que mantiene el cuidado personal.

El artículo 225 inciso 2º del Código Civil dispone *“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”*. Según Mauricio Tapia Rodríguez, presenta dos argumentos por los que el artículo 225, en su conjunto, impediría regular la custodia compartida (Tapia Rodríguez, 2013, p. 491).

El primer argumento que plantea está relacionado con las nulas facultades que tiene el juez para asignar el cuidado personal compartido, pues, desde antes de la Reforma, el juez se limitaba a aprobar los acuerdos de régimen de visitas y cuidado personal entre las partes, ejerciendo sus facultades solamente a falta de acuerdo, lo que se mantuvo con la modificación al Código Civil (Ídem). Desde mi punto de vista, si bien, no se genera un cambio sustancial en

este punto, tampoco sería concebible regular cada una de las situaciones por medio de un procedimiento judicial contencioso, ya que terminaría por saturar -aún más- nuestro sistema judicial, porque no se le permitirá a las partes hacer uso del principio de la autonomía de la voluntad cuando los vínculos de comunicación entre ambos padres permitan llegar a acuerdos que logren un correcto desarrollo del hijo en común, siempre ante poniendo el principio del interés superior del niño por sobre sus intereses particulares.

Siguiendo con el argumento, el autor señala que con esta disposición “*se priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres. En efecto, frente a la eventualidad de que el tribunal pueda, a falta de acuerdo, asignar una custodia compartida, ambos padres se sentirán más proclives a mostrarse más razonables en la búsqueda de un esquema de cuidado que beneficie al hijo y que logre una participación equitativa en su crianza*”. Sin embargo, no parece muy razonable pensar que la fuerza del Estado, que está detrás de la figura del juez, permita que los padres se “muestren más razonables”, salvo que se crea que una figura como el Estado genere un temor reverencial entre las partes; porque el hecho de que el juez, como tercero imparcial, resuelva un conflicto, no va ligado con la idea de un temor hacia su figura o lo que representa su figura.

El segundo punto plantea que la definición de cuidado personal compartido es ambigua y restrictiva, porque lo entiende como un "régimen de vida" determinado en esencia por la "residencia" del hijo, para incidir en su crianza y educación. Esto es erróneo, pues, como se explicó, los deberes y derechos de los padres respecto de los hijos son muchos más amplios. Así, por ejemplo, la disposición nada dice acerca del derecho de ambos padres de participar en la adopción de decisiones importantes para el hijo, vacío que también se vincula a la ausencia de una regulación sistemática en la Reforma de la "autoridad parental" (Ídem).

Otra razón por la que el concepto de “cuidado personal compartido” sería ambiguo, es la necesidad de mantener un “*sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad*”.

Como plantea el autor, “es evidente que toda forma de cuidado compartido exige una cierta alternancia en la residencia del menor (aunque puede ser en proporción variable), cuestión que se opone a la definición de la Reforma que exige “continuidad” y “estabilidad” en la residencia” (Id p. 492), pudiendo transformarlo incluso en letra muerta. “Esta restricción de la Reforma puede considerarse como un retroceso en relación con el estado actual de nuestro Derecho, y podría terminar por obstaculizar acuerdos de custodia compartida que actualmente se aprueban por los tribunales” (Id p. 483).

II.3.2 Regla de atribución preferente: Padre o madre que conviva con los hijos

En caso de no existir acuerdo, y mientras no se pronuncie el tribunal, el nuevo artículo 225 inciso 3° del Código Civil Establece una regla provisoria: *“A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”*. La regla propuesta nace de un consenso logrado en la Comisión Mixta (última etapa del proceso legislativo de la Reforma)²⁹, entre quienes defendían la eliminación de la atribución preferente a la madre en el cuidado personal de los hijos y quienes estaban por su mantención, insistiendo en la necesidad de una regla “supletoria” o “provisoria”, que resolviera el cuidado de los hijos mientras no existiera acuerdo o decisión judicial. Finalmente, se optó por esta regla transaccional que borra la preferencia materna, pero que de todas formas contiene una norma supletoria (Tapia Rodríguez, 2013, p. 486).

Sin perjuicio de lo anterior, parece cuestionable que, en el caso de no haber acuerdo, el hijo quedará bajo el cuidado del padre con el cual viva aunque sea esta una regla provisoria de atribución del cuidado personal, pues existe de todas formas una preferencia; mientras no exista acuerdo o decisión judicial, esta regla conllevaría ciertos riesgos, entre ellos el incentivo implícito a convertirse en el único padre que convive con los hijos, presionando al otro para

²⁹ Historia de la Ley N° 20.680, disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdf>

que haga abandono del hogar común, incluso llegando a extremos de violencia intrafamiliar
(Ídem).

III. ANÁLISIS PRÁCTICO

Luego de haber analizado la Reforma al Código Civil, queda revisar la perspectiva práctica de quienes constatan en su vida los efectos de la citada ley.

III.1 Mirada de los Usuarios

Por medio de conversaciones con miembros de la ONG “Custodia Compartida”,³⁰ se logró tener acceso a la perspectiva de padres que buscan el amparo de la ley para poder tener el cuidado personal de sus hijos. Dentro de las jornadas de conversación, puedo distinguir dos tipos de grupos de padres con conflictos, aquellos que puedo calificar de “situaciones normales”, es decir, donde no existen riesgos de vulnerabilidad, y otro grupo de padres denominados “situaciones de vulnerabilidad de los derechos del niño”.

III.1.1 Solución de los conflictos

Los divorcios de común acuerdo son una manifestación clara de la manera colaborativa en que se están solucionando los conflictos, lo que se refuerza con las cifras arrojadas por la mediación y la conciliación que, en el mes de septiembre, suman alrededor del 40% del total del ingreso de causas en los Tribunales de Santiago. A su vez, el aumento de las denuncias por violencia intrafamiliar, también da cuenta de la disminución de la tolerancia

³⁰ Página web: <http://www.custodiacompartidachile.org/>

frente a la separación, lo que afectaría principalmente a mujeres, sin perjuicio, que la cifra de hombres que denuncian también ha aumentado³¹ (Negroni Vera, 2011, p. 147).

Los padres en igualdad de derechos y deberes, velando por el interés superior de sus hijos, es decir, respetando sus derechos, promoviéndolos y velando por su bienestar, con miras al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben proporcionarle el seno de una familia y un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Lo cual se vincula con el concepto de familia, entendiendo por tal, no solo a la imagen tradicional, sino que comprende a las distintas formas en que se organiza hoy una familia, entendiendo por tal, a los protagonistas del vínculo afectivo con el niño o niña, los cuales se organizan para darle protección, afecto y satisfacción a sus necesidades; y puesto que la familia del niño se inicia a partir de la filiación y no termina o se extingue cuando los padres no viven juntos, pues el vínculo filiativo permanece (Ídem).

Campuzano Tomé señala que, si existe hostilidad entre los padres, la determinación de la custodia exclusiva no asegura la estabilidad física ni emocional del hijo, ni un mejor entendimiento entre los progenitores y que, por lo tanto, dicho factor no debe significar el rechazo *a priori* de la custodia sucesiva (Campuzano Tomé, 2005, p. 13). En este mismo sentido, los estudios realizados en esta materia, por Wallerstein y Kelly, muestran las ventajas de explicitar un modelo de corresponsabilidad en la ley, sin preferencias a favor de alguno de los padres, son claras y concretas, puesto que en primer término, avalan que los hijos de padres separados que presentan mayor y mejor desarrollo, son aquellos que mantienen contacto regular y continuo con ambos padres después de la ruptura, lo que, a su vez, elimina la desigualdad e incluso discriminación manifiesta en virtud del género, ya que contribuye a erradicar un prejuicio histórico, económico, sociológico y jurídico, que refuerza el rol de la mujer como ama de casa y madre conjuntamente con la dependencia económica del marido,

³¹ Documento disponible en: <http://www.amordepapa.org/uploads/articulo225.pdf>

así como el del hombre-proveedor, sin habilidades paternas que le permitan criar a alguno de sus hijos. Estas investigaciones concluyen que el afecto que necesita un niño es independiente del sexo del progenitor que lo provea, lo que contribuye a evitar la idea de la existencia de un derecho de propiedad sobre el hijo, centrando la atención en las necesidades emocionales del niño por sobre las de la madre o las del padre (Wallerstein, 1980, pp. 4-22).

En definitiva, si por una parte la custodia unilateral del niño no asegura una mejor comunicación entre padre y madre, la existencia de conflictividad entre ellos no tiene por qué producir, por otra, el rechazo de la custodia compartida, la que sigue siendo una situación viable. Ante la disyuntiva de optar por uno u otro régimen, el desacuerdo o los problemas de relación entre los progenitores no deben priorizar al momento de decidir, sino que sólo debe ser una circunstancia susceptible de valoración. (Campuzano Tomé, 2005, p. 14).

Es importante tener en cuenta las propuestas del Segundo Encuentro de Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 24 y 25 de agosto de 2006, en materia de responsabilidad parental, en el que se establecieron pautas de armonización legislativa y especialmente en lo referido a “la Guarda de los Hijos después del Divorcio”. Allí se concluyó que, el modelo sugerido, debe establecer que la voluntad de los padres es prioritaria para decidir el régimen de convivencia con el hijo, ya sea el cuidado unipersonal del hijo o el cuidado compartido, salvo que tal acuerdo lesione el interés del niño, niña o adolescente. En razón de lo anterior, se alentó el establecimiento de acuerdos de “cuidado compartido” del hijo como alternativa preferencial en los ordenamientos legales, considerando que la crianza y educación de los niños y niñas, consagrado en los artículos. 9º y 18º de la Convención sobre los Derechos del Niño, es responsabilidad de ambos padres. Sin perjuicio de lo anterior, pueden darse circunstancias

por las cuales resulte apropiado que el juez disponga el régimen de cuidado compartido en interés del hijo (lo que no ocurre en nuestra legislación) (Grosman, 2009).

En este mismo encuentro, se planteó que, en el caso de atribución del cuidado del hijo de carácter unipersonal, deben evitarse exclusiones fundadas en presunciones abstractas de ineptitud en función del sexo, la religión, la orientación sexual o las preferencias políticas o ideológicas, pues solo deben juzgarse y ponderarse las conductas y actividades de los progenitores en la medida en que afecten el interés del niño o adolescente repercutan en su desarrollo y formación. Es por ello que la preferencia materna configura una discriminación en función del sexo que lesiona el derecho a la igualdad de ambos padres en la relación con sus hijos, consagrado en los tratados de derechos humanos (Ídem).

Finalmente, como sugerencia, se señaló que, a la hora de fijar el cuidado personal del hijo, los jueces deben tener en consideración como un elemento, cuál es el progenitor que facilite de manera amplia la comunicación y las relaciones con el padre no conviviente (Ídem).

Siguiendo lo que plantea la magistrado Gloria Negroni, y lo ya analizado a lo largo de este trabajo, es siempre preferible optar por un sistema de cuidado personal compartido cuando las relaciones entre los padres antepone los intereses de sus hijos, antes que los propios. Sin embargo, si ello no es posible y se debe optar por un sistema de atribución unilateral (cuidado personal declarado judicialmente), cabe hacer una distinción fundamental entre los términos de “custodia” o “tenencia del niño”, del cuidado personal referido a la corresponsabilidad en las decisiones de la crianza, educación y desarrollo del niño, *“puesto que el hecho de que uno de los padres conserve dicha tenencia o custodia no puede privar al otro padre del ejercicio de los derechos-deberes respecto del hijo común, salvo que en interés del hijo, y por resolución judicial, se limiten estos derechos o su ejercicio a uno de los progenitores”* (Negroni Vera, 2011, p. 156).

III.1.2 Cambio del rol tradicional de los padres

El término “rol” es de origen sociológico, pero cuando se configura dentro de las acciones humanas, adquiere una perspectiva multidisciplinaria, en razón de ello, la psicología ha tomado este término para ampliar sus concepciones, definiendo rol como el contenido de una posición o las implicaciones conductuales de ocupar esa posición. Tal concepto, hace referencia a las conductas y cualidades esperadas de determinada posición (Sandra, 1987, p. 57).

El rol de padre ha tenido etapas evolutivas interesantes y positivas, partiendo de la figura “padre patriarca”³² (que con los años paso a ser el “padre proveedor”) hasta que tímidamente empezamos a vislumbrar cambios, en donde las nuevas generaciones de padres, han contribuido a que sus hijos disfruten de una manera muy especial al sentir el afecto y la atención paternal.

Durante finales del siglo XIX principios del siglo XX, el modelo de padre preponderante era el de un trabajador responsable y proveedor, lo que fijaba las pautas de comportamiento social para todos los varones populares; junto con ello, el establecimiento de nuevas formas de relaciones de género, basadas en la constitución de familias estables y con roles definidos por sexo, permitió otorgar a los varones el control de las familias, pasando las mujeres a depender de ellos para su subsistencia, lo cual generó una mayor vulnerabilidad de éstas, particularmente, al aumentar los índices de violencia doméstica a fin de hacer cumplir el mandato que tenían por ser quien detenta el poder y el control de todos los miembros de la

³² Patriarcado en su sentido literal significa “gobierno de los padres”. Históricamente el término ha sido utilizado para designar un tipo de organización social en el que la autoridad la ejerce el varón jefe de familia, dueño del patrimonio, del que formaban parte los hijos, la esposa, los esclavos y los bienes. (Este artículo ha sido publicado en el "Diccionario de estudios de Género y Feminismos". (Fontenla, Marta. 2008. “¿Qué es el patriarcado?”, Ed. Biblios, p. 2. Disponible en: http://www.mujiresenred.net/IMG/article_PDF/article_a1396.pdf).

familia. A su vez, y de esta manera, la “madre-dueña de casa-esposa” se plantea como el modelo a imitar por todas las mujeres (Caamaño Rojo, 2010, pp. 190-193).

Sin embargo, esta situación va cambiando a medida que pasan los años, siendo uno de los factores primordiales la incorporación de la mujer al trabajo, generando un hito respecto a cómo se había configurado la familia hasta ese momento, ya que la mujer pasa de ser dueña de casa y cuidadora de sus hijos, a ser también proveedora dentro del hogar (Bórquez Göpel, 2014, p. 38)³³.

Lo anterior, produce que los roles antes fuertemente delimitados, comiencen a difuminarse y mezclarse (Ídem), lo cual se ha hecho ver en nuestra sociedad según lo refleja la encuesta Adimark del presente año, en donde la mayoría de los padres asegura sentirse satisfecho con la educación moral y ética, y el apoyo emocional que entregaron a sus hijos e hijas, teniendo más del 90% de satisfacción por parte de los padres. En este mismo sentido, el 65% las madres encuestadas reconoció este mérito de los padres en las labores de crianza, pero “la seguridad económica que el padre le brinda o brindó al hogar donde vive o vivió su hijo”, sigue siendo el índice con mayor aprobación³⁴.

Los padres se autoevalúan con mayor satisfacción que lo que las madres y sus hijos, siendo éstos últimos más críticos.

³³ Disponible en : http://www.eldesinformante.cl/contenido_1134.html

³⁴ Ver figuras 1 y 2.

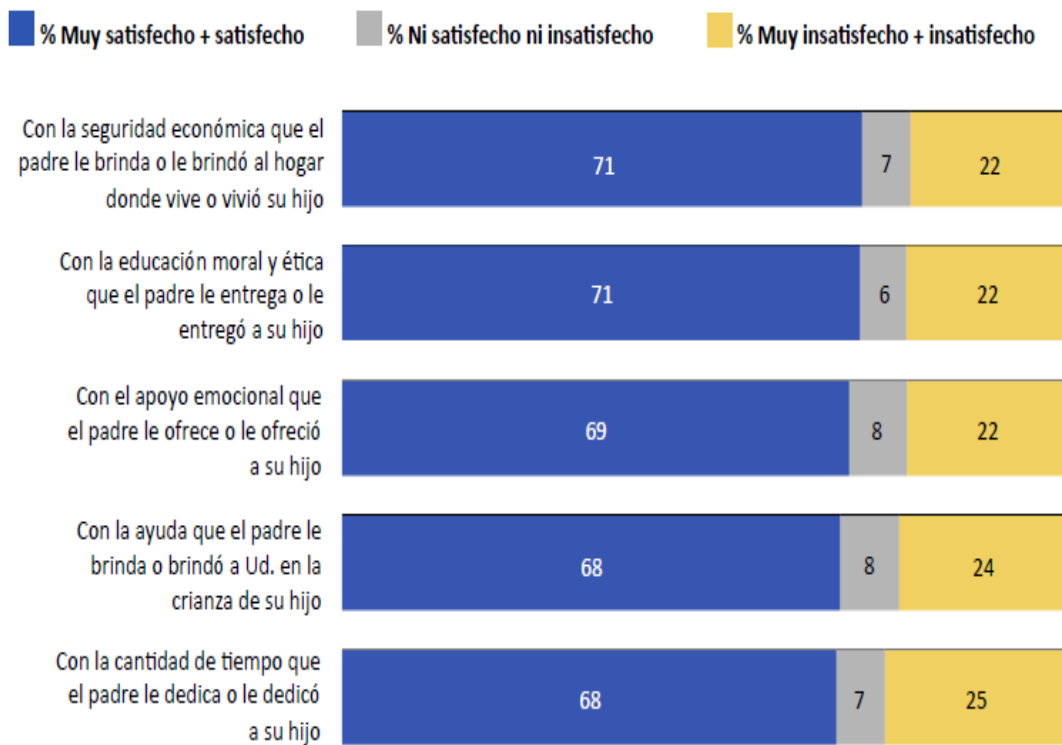
Encuesta disponible en (especialmente páginas 6 y 7): http://encuestabicentenario.uc.cl/wp-content/uploads/2014/12/Familia_Encuesta-Bicentenario-2014.pdf

Figura 1

Piense en su hijo menor en el momento que este fue menor de edad, ¿qué tan satisfecha está (o estuvo) con las siguientes situaciones?

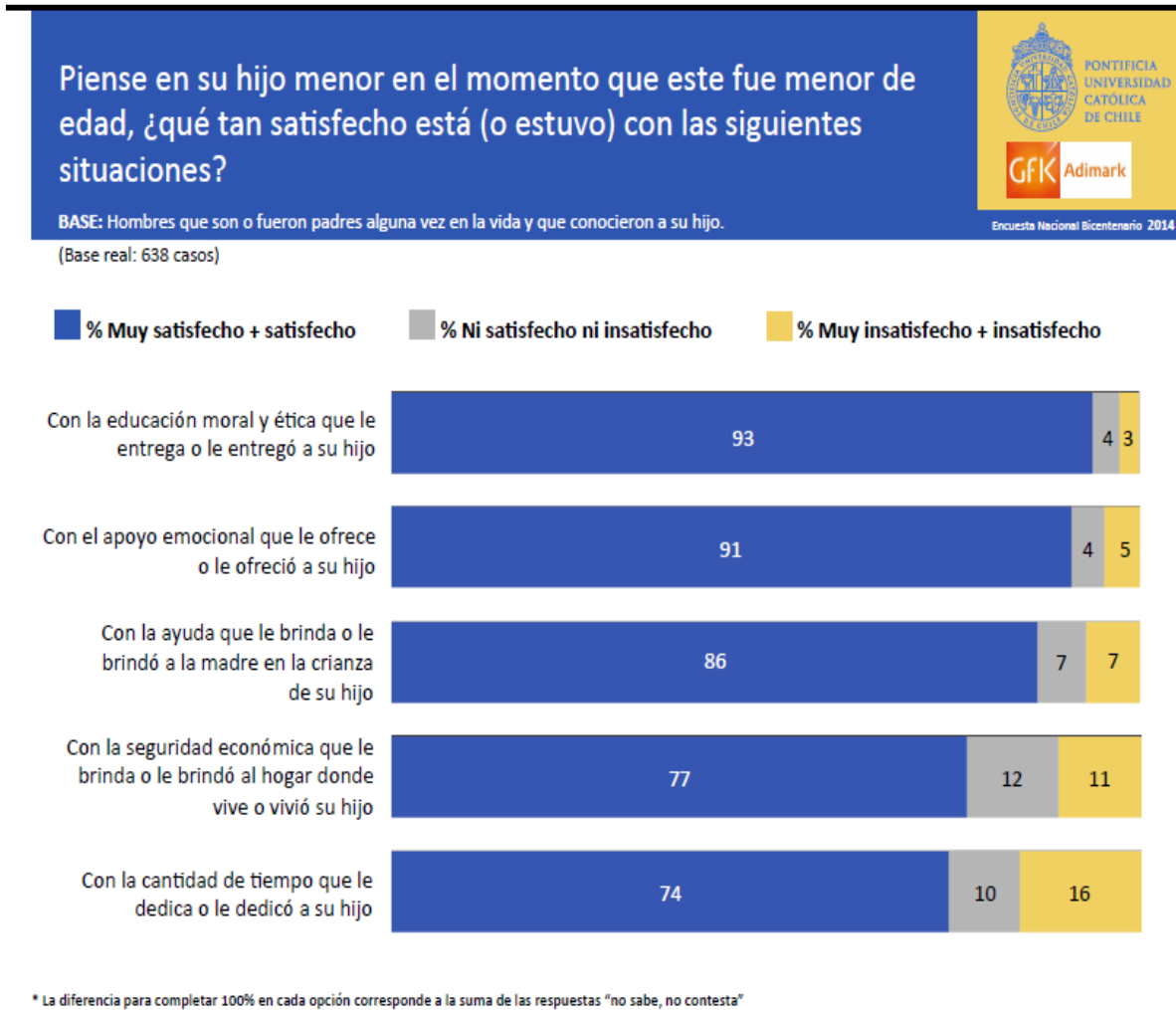
BASE: Mujeres que son o fueron madres alguna vez en la vida y cuyo hijo/a conoció al padre.
(Base real: 910 casos)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
GfK Adimark
Encuesta Nacional Bicentenario 2014



* La diferencia para completar 100% en cada opción corresponde a la suma de las respuestas "no sabe, no contesta"

Figura 2



La encuesta demuestra que existe una mayor conciencia por parte de los padres en la crianza de sus hijos, sin perjuicio de ello, la misma revela que casi el 70% de los hijos se siente insatisfecho con el rol que el padre ocupó durante su crianza, lo que demuestra una mayor necesidad en que los padres sean partícipes en la vida de sus hijos³⁵. El psicólogo Francisco Aguayo director de la consultora EME (Masculinidades y Equidad de Género), señala que “hay

³⁵ Ver figura 3.

factores culturales y sociales que explicarían la brecha entre las percepciones de padres, madres e hijos. “Lo que hemos visto en otros estudios es que los padres juegan un rato con los hijos o hacen algunas tareas de crianza y sienten que cumplieron su cuota. Esto responde a que muchos se siguen viendo principalmente como proveedores económicos”. Agrega que aun cuando en las generaciones jóvenes y con mayor nivel educacional se observa una mayor participación en las labores de crianza, a nivel general este ha sido un “cambio lento y paulatino” y “nos faltan varias décadas para alcanzar el nivel de países desarrollados” (Leighton, 2014)³⁶.

Figura 3



³⁶ Disponible en: <http://encuestabicentenario.uc.cl/wp-content/uploads/2014/12/EB-19-DE-NOVIEMBRE-EL-MERCURIO-Uno-de-cada-tres-hijos-eval%C3%B3%BAa-negativamente-el-rol-de-su-padre-en-la-crianza.jpg>
<http://www.emc.cl/reportaje-uno-de-cada-tres-personas-evalua-negativamente-el-rol-de-su-padre-en-la-crianza/>

En conclusión, si bien se reconoce un interés progresivo por parte de los padres en la crianza de sus hijos, eliminando las concepciones de antaño, aún existe un trabajo global pendiente, pues los mismo niños y niñas exigen una participación activa y cooperativa de ambos padres, y no solo un padre proveedor o un “papá que cumpla la cuota”.

III.2 Mirada de los operadores jurídicos: participación de los Centros de Mediación

El centro de mediación analizado, desde una perspectiva global, dio su aprobación a la ley, no solo porque establece la igualdad entre ambos padres, sino que porque consideran que, el Principio de Coparentabilidad es el que está rigiendo entre los padres al momento de regular el cuidado personal de sus hijos, siendo cada vez más los padres separados que opta por este sistema.

Dentro de las situaciones descritas, de padres que optan por un cuidado personal compartido, podemos distinguir dos situaciones, por un lado los padres que desean tener un mayor vínculo afectivo con sus hijos y ser partícipes en su crianza, como es la tendencia que viene proyectándose en esta nueva perspectiva de los padres, y, por otro lado, padres y madres que desean desarrollarse personal y/o profesionalmente, apoyándose en el otro para poder compatibilizar sus intereses o proyecciones personales y la crianza de sus hijos, lo cual se vincula *“con la discriminación que existe contra la mujer, pues tiene que trabajar y hacerse cargo del hogar, lo que es un estrés enorme y deteriora el sistema familiar”*, según señala la mediadora. Independiente de en cuál de las situaciones estén los padres, es complejo constatar si estos acuerdos se respetan o no en la práctica, pues, solo se ha cumplido un año desde la ejecución de la ley.

La comunicación entre los padres es vital al momento de llegar a un acuerdo por estas materias, así como también, durante el cumplimiento del mismo, pues, en el fondo, está supeditado a la voluntad de las partes.

Resulta esencial que los usuarios tengan la voluntad y disposición de poder acordar un régimen a favor del interés superior del niño, para lo cual, es transcendental comprender que el Principio de Corresponsabilidad parental no implica la titularidad de algunos deberes como

padres, ni que el cuidado personal es una apropiación del hijo en común. En razón de lo anterior, es que la información en la sociedad es de vital importancia para que logren tomar una decisión consciente, siendo esta una de las falencias que el centro de mediación observó.

Si bien, encontramos tantos tipos de acuerdos de mediación como tipos de familia, algunos (como los descritos), no parecen ser razonables para la crianza de un hijo, pues, debemos considerar primero el beneficio del niño, antes que las prioridades de los padres.

Finalmente, considero esencial que el Centro de Mediación mantenga una relación de trabajo directa con el Tribunal de Familia de Valparaíso, pues, esto le permite conocer más de cerca los criterios jurisprudenciales con que los jueces toman sus decisiones al momento de fallar, proyectando en definitiva, que tipo de acuerdo son idóneos para que los usuarios los convengan.

III.3 Mirada de los Tribunales de Familia de Valparaíso³⁷

Se realizaron entrevistas a cuatro magistrados del Tribunal de Familia de Valparaíso para verificar cómo aplican la ley en comento. A partir de lo anterior, se pudo inferir dos corrientes, que si bien no representan una tendencia notoria, las diferencias entre ellas merecen un análisis diferenciado.

III.3.1 Constatación en terreno: Primera perspectiva

Esta primera tendencia señala que la ley ha tenido aspectos positivos, destacando la adecuación de la legislación nacional a los criterios internacionales, entre ellos la Convención Internacional del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto San José de Costa Rica, Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, etc. El fundamento principal de lo señalado, es que vino a regular un tema pendiente que nadie puede desconocer, la igualdad entre los padres, ya que “existía una desigualdad que tenía vicios arbitrarios de acuerdo al nuevo contexto que existe dentro de la organización de las familias y los roles del hombre”.

Un segundo aspecto positivo, según esta línea de opiniones, sería la amplitud de criterios que otorga el listado del artículo 225 del Código Civil, ya que le otorga más posibilidades a las partes, en términos de estrategia procesal, a la hora de determinar qué es lo que cada una quiere probar. Sin embargo, hay que hacer un alcance, pues, según afirman los magistrados, la forma de tramitar sería la misma, pero no la resolver.

³⁷ Se reserva el nombre de los magistrados para evitar las opiniones personales y los posibles conflictos de intereses.

Los medios de pruebas que deben presentarse, deben guardar directa relación con los criterios que estableció la Reforma al Código Civil, los dos grandes medios de pruebas que se utilizan para generar convicción en el juez, son: las pericias y la entrevista confidencial con el niño afectado, y lo que *“el juez hace es ponderar las circunstancias y concluye con cuál de los padres el niño va a estar mejor, aunque los dos sean hábiles, el límite es el interés superior del niño”* y ya no la inhabilidad de alguno de los padres.

Entre los criterios que el juez pondera, se encuentra la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, la actitud que éstos han tenido con el otro para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de otorgarle un entorno adecuado según su edad, si hubo cumplimiento en el pago de los alimentos, la colaboración de cada uno de los padres entre sí para asegurar el régimen comunicacional con el otro que no tiene el cuidado personal y los acuerdos que existían con anterioridad al juicio.

Se critica el criterio residencia como factor de atribución, pues, cuando se pensó la Reforma (imitando al sistema español), se tuvo en mente el cuidado personal compartido como un sistema donde quienes se alternaban eran los padres, lo cual es un tanto ilógico y difícil de concretar en la realidad chilena.

Visto desde la realidad práctica-jurídica, los magistrados concluyen que el Principio de Corresponsabilidad es uno de los puntos a favor dentro de la Reforma, pero cuando las partes colaboran en virtud de este principio, no existe intervención judicial, pues, ellos se limitan a aprobar los acuerdos de mediación para dar certeza jurídica a los usuarios. Sin embargo, cuando las partes no logran conciliar un acuerdo, los magistrados del Tribunal de Familia no visualizan la aplicación de esta ley, sino que, la mayoría de los casos, se utiliza a los hijos como “herramientas de presión” para perjudicar al otro padre.

III.3.2 Constatación en terreno: Segunda perspectiva

Esta segunda visión, resulta aún más crítica que la primera, al declarar que esta ley sería “ininteligible”, ya que es *“demasiado teórica, es una ley que buscaba satisfacer los intereses de un reducido grupo de personas en este país”*.

Según esta tendencia, dentro de los problemas que se suscitan diariamente en el Tribunal, las demandas por cuidado personal por parte de un padre, son las mínimas, las materias más vistas (al menos en la jurisdicción de Valparaíso) responden a violencia intrafamiliar y medidas de protección.

El fundamento de este último punto, radica en que, esta ley tendría un fundamento político, pensado para un grupo minoritario de padres, que si bien, destaca su interés en ser parte de la vida de sus hijos, la ley en concreto no responde a la realidad social machista chilena, las leyes tienen que reconocer situaciones de hecho generales que respondan a necesidades sociales. Según afirman, si se hubiese realizado un estudio sociológico previo al proyecto de ley, los resultados habrían demostrado que *“hay un buen porcentaje de padres en esta posición que realmente lo que quieren es no pagar pensión de alimentos... o que el hijo no conviva con la pareja actual de la madre, pero efectivamente no quieren hacerse cargo de sus hijos”*.

Esta postura afirma que la ley no vino a solucionar nada en concreto (salvo la igualdad entre los progenitores, cuestión que no es posible desconocer), pues un régimen de cuidado personal compartido, se veía subsidiado con los amplios regímenes de relación directa y regular que se otorgan a los padres, siendo el régimen comunicacional un cuidado personal encubierto.

La ley es tan amplia e ininteligible que, *“desde una mirada ideologizada o...una perspectiva más bien política”*, paso a ser *una declaración de principios*, pero desde los problemas de carácter

práctico, para tener un rol activo en la crianza, bastaba con regular un régimen comunicacional definido, pero amplio, es decir, que tuviese obligaciones concretas, determinadas y exigibles.

“La ley no puede ser un prospecto de lo que queremos que sea el rol de los hombres, si la sociedad no está preparada para que el hombre ocupe ese rol, o sea efectivamente los hombres actualmente, como papás, tienen una participación más activa, pero no es la mayoría de ellos quienes reclaman efectivamente esa igualdad de derechos”.

En cuanto a los factores de atribución, estos serían indeterminados y abstractos como el mismo Principio del Interés Superior del Niño, lo que permitiría adecuarlos caso a caso, en base al sistema de la sana crítica. En razón de ello, los medios de prueba que se considerarían relevantes son las pericias y la entrevista confidencial. El primero de ellos, cumple un rol decisivo por su carácter objetivo y rol científico, pues hay una metodología de por medio que legitima las conclusiones que obtiene. Esto permite ponderar la prueba, en base a los conocimientos científicamente afianzados, construyendo el fallo a través de argumentaciones que se basen directamente en lo que es la pericia.

La entrevista confidencial, es un aporte siempre que se considere la madurez y edad del niño así lo permitan, pero hay que considerar el contexto en el que se da la entrevista, comprender que dentro de la valoración y la opinión del niño, es muy difícil en base a lo que dicen los expertos en el ámbito de la psicología, poder recibir un relato que no se encuentre contaminado por los padres o por el entorno familiar. Es por ello, que este medio de prueba que permite forjar opinión, pero no afecta lo sustantivo del fallo.

Finalmente, en cuanto al factor residencia, respecto de la generación y la historia de la ley, se señala el mismo argumento que la tendencia anterior, esta ley está relacionada al derecho español, un país que no tiene la realidad jurídica-práctica chilena. Desde la perspectiva

psicosocial y la mirada del niño de forma integral, se advierte que la estabilidad es un factor protector en relación a la crianza de cualquier niño, la norma de la residencia trata de responder a la necesidad de estabilidad en la crianza. El ideal psicosocial es que el domicilio lo tenga el niño y sean los padres los que se intercalan la estadía, eso requiere recursos, por lo tanto el factor residencia, como estaba ideado, no se condice con la realidad.

IV. CONCLUSIONES

La Ley N° 20.680, vino a solucionar la incongruencia que existía en nuestra legislación con el Principio de Igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la CPR y en diversos tratados internacionales de derechos humanos, siendo éste, el primer aspecto positivo rescatado, según lo afirma la doctrina y la práctica jurídica, ya que contribuye a erradicar un prejuicio histórico, económico, sociológico y jurídico, que reforzaba el rol de la mujer como ama de casa y madre conjuntamente con la dependencia económica del marido, siendo una ventaja para la madre pero también una carga. A su vez, se limitaba al hombre a su rol de padre proveedor, creyéndose que no tenía las facultades parentales necesarias para tener el cuidado personal del hijo en común.

Hoy, se concluye que el afecto que necesita un niño es independiente del género del progenitor que lo provea, así, la ley trata de evitar la idea de la existencia de un derecho de propiedad sobre el hijo, centrando la atención en las necesidades emocionales del niño por sobre las de los padres.

En este mismo sentido, el Principio de Corresponsabilidad consagrado por primera vez en nuestro ordenamiento, se configura como el principio rector de las relaciones de familia, pues permite a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, las ventajas de este sistema son tales que permiten siempre anteponer los intereses del niño por sobre el de los padres, velando por su íntegro desarrollo.

Pese a lo señalado, y las buenas intenciones de la Reforma, la práctica jurídica nos revela que aún existe desconfianza y duda respecto a las habilidades parentales del género masculino, la razón de ello se justifica porque las demandas de cuidado personal, en donde se

invoca esta ley, son mínimas, pues los problemas que se suscitan dentro de los tribunales y entorno a las relaciones familiares, tienen relación con problemática mucho más severas (violencias intrafamiliares, medidas de protección).

Si bien, los mediadores evalúan positivamente la ley, mientras que los magistrados tienen una opinión totalmente contraria, ello se debe a que los primeros son quienes regulan los acuerdos a que los padres han convenido, percibiendo la buena o mala comunicación que hay entre los padres y, por ende, constatan el uso del Principio de Corresponsabilidad. Por otro lado, los jueces, revelan la realidad de padres que no tienen la comunicación suficiente para llegar acuerdos, por lo que, en su práctica, no se verifica el Principio de Corresponsabilidad, sino que los conflictos de padres que buscan un cuidado personal unipersonal. Como consecuencia de lo anterior, son los magistrados quienes pueden analizar de cerca los criterios de atribución que se utilizan para otorgar el cuidado personal a uno de los padres, siendo la residencia, no el factor de atribución preferente, pero sí el más útil, pues se trata de evitar que se otorgue un derecho de propiedad sobre el hijo, desconociendo sus derechos como persona y tratándolo como un objeto que puede ser trasladado de casa en casa.

Los medios de pruebas preferibles para otorgar el cuidado personal a uno u otro padre, son las pericias y la entrevista personal con el niño o niña afectado, el primero de ellos permite evidenciar y constatar hechos a través de los conocimientos científicamente afianzados; mientras que el segundo, otorga al juez la percepción de la realidad de los niños y niñas afectados, dándole a ellos, a su vez, el derecho a ser escuchados, según lo señalado por los magistrados durante las entrevistas.

La práctica de esta ley, nos demuestra que vino a solucionar solo dos problemas concretos: la igualdad entre los progenitores y el derecho de padres responsables a ser partícipes en la crianza de sus hijos. Este último punto, no se condice con la realidad

económica, social y jurídica que tiene nuestro país, pues pocos son los padres que lo solicitan (pero hay que reconocer que esta cifra va cada vez más en aumento) y, para algunos, era innecesario, pues ya los Tribunales de Familia otorgaban regímenes comunicacionales de relación directa y regular lo suficientemente amplios que le permitieran al padre (que no tenía el cuidado personal), ser partícipe activo en la vida de sus hijos, incluso un cuidado personal unilateral y un régimen de relación directa y regular amplio, pasan a ser un cuidado personal compartido encubierto.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK Manasevich, René: "La filiación y sus efectos", Tomo I. La Filiación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
2. ACUÑA San Martín, Marcela: "El principio de corresponsabilidad parental". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Sección Estudios Año XX- N°2*, 2013.
3. AGUILAR Cavallo, Gonzalo: "El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6 N°1*, 2008.
4. ALASCIO Carrasco, Laura y Marín García, Ignacio: "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo Art. 92 CC". Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2007.
5. ALMEIDA, Susanna: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia. Curso Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia", En *Red Europea de Formación Judicial, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.*, 2010, disponible en: https://www.academia.edu/2269451/Jurisprudencia_del_Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos_en_relaciones_de_familia
Última consulta: 4 de diciembre de 2014
6. ÁLVAREZ González, Andrea: "Tesis para Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile: Necesidad de un Tratamiento único de la Responsabilidad Parental tanto en lo Personal como en lo Patrimonial. Antinomias frente a la falta de

unificación". Santiago, 2006, disponible en:

http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/de-alvarez_a/html/index-frames.html

Última consulta: 4 de diciembre de 2014.

7. BARCIA Lehmann, Rodrigo: "Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado" en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N^o. 20-1, 2013.
8. BARCÍA Lehmann, Rodrigo: "Principios en los que se inspira el Derecho de Familia. En especial, del matrimonio y de la infancia". En *Libro en homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911-2011) Nos ad justitiam esse natos*. Valparaíso: EDEVAL, 2011.
9. BEE Hellen. y MITCHELL Sandra: "El desarrollo de la persona en todas las etapas de su vida" Editorial Harla, México, 1987.
10. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL : "Cuidado Compartido de los Hijos: Derecho Comparado y Regulación chilena", disponible en http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/14870/1/2012713112650565_Cuidado%20compartido%20de%20los%20hijos_Derecho%20comparado%20y%20legislacion%20chilena_final.doc.
Última consulta: 23 de abril de 2014.
11. BÓRQUEZ Göpel, Loreto: "El desinformante". 2014, disponible en: http://www.eldesinformante.cl/contenido_1134.html
Última consulta: 4 de diciembre 2014.

12. CAAMAÑO Rojo, Eduardo: "Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora". En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso XXXIV*, 2010.
13. CAMPUZANO Tomé, Herminia: "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales". *Aranzadi Civil*, N° 22/2004, 2005.
14. CARBONELL Sánchez, Miguel: "El principio constitucional de igualdad: Lecturas de introducción". Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F, 2003, disponible en: <http://cedh-chiapas.org/documentos-dh/02-%20Derechos%20Humanos%20en%20MEXICO/05-Grupos/Igualdad.pdf>
Última consulta: 4 de diciembre de 2014.
15. CENTRO DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES DEL COMPORTAMIENTO (CEIC): "Por Mis Hijos Lo Que Sea... O Casi. Identidades de Madres Y Padres Que Han Vivido Un Divorcio", disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/765/76530482003.pdf>
Última consulta: 4 de diciembre de 2014.
16. DELGADO Castaño, Priscila: "Cuidado Personal compartido: Una ley ilusoria" en Lex web, disponible en <http://www.lexweb.cl/cuidado-personal-compartido-una-ley-ilusoria>, última consulta el 23 de abril de 2014.
17. FREEDMAN, Diego: "Funciones normativas del interés superior del niño". En *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. 2005
18. GARCÍA Garnica, María del Carmen: "Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinaria. Capítulo II Protección de los Menores en

- los Procesos de Separación y Divorcio”, Editorial Aranzadi, España. 2008.
19. GIL Domínguez, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa: "Derecho Constitucional de Familia”. Tomo I. Editorial Edial Sociedad Anónima, Editora Comercial, Industrial y Financiera. Argentina, 2006.
 20. GÓMEZ de la Torre Vargas, María: "La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680". En *Revista de Derecho de Familia*, 2014.
 21. GROSMANN, Cecilia: "Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados". En *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N°43, 2009.
 22. HISTORIA DE LA LEY N° 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 (2013). disponible en: https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bcn.cl%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drecursoslegales%2F10221.3%2F44153%2F7%2FHLL20680.pdf&ei=CjGCVNqgLAGNgwSbh4GACw&usg=AFQjCNFgPcEv7q8Zw5bqGYXSnu5OZK8fw&sig2=_blTOaDeIHIF3FDzfq-okg&bvm=bv.80642063,d.eXY
Última consulta: 04 de diciembre de 2014.
 23. LATHROP Gómez, Fabiola: "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno". En *Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año. 16 N°2*, 2010.

24. LATHROP Gómez, Fabiola: "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y Sociológicas". Diario La Ley N° 7206, Sección Doctrina, año XXX, Ref. D-231, 29 junio, 2009.
25. LATHROP Gómez, Fabiola: "Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos" en *Revista chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri / Fundación Fernando Fueyo Laneri. N° 10*, Santiago, 2008.
26. LATHROP Gómez, Fabiola: "Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos". En *Gaceta Jurídica N° 330*, 2007.
27. LATHROP Gómez, Fabiola: "Cuidado personal de los hijos : análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia", Punto Lex S.A, Santiago, 2005.
28. LARUMBE Canalejo, Silvia: "Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo". En *Revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, N° 36*, 2002
29. LEIGHTON, Paula. Uno de cada tres hijos evalúa negativamente el rol de su padre en la crianza. El Mercurio, 19 noviembre de 2014. disponible en: <http://encuestabicentenario.uc.cl/wp-content/uploads/2014/12/EB-19-DE-NOVIEMBRE-EL-MERCURIO-Uno-de-cada-tres-hijos-eval%C3%BAa-negativamente-el-rol-de-su-padre-en-la-crianza.jpg>
- Última consulta: 02 de diciembre de 2014
30. LÓPEZ Díaz, Carlos: Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Librotecnia, 1° ed. Santiago, 2005.

31. NEGRONI Vera, Gloria: "Amor de Papá". disponible en:
<http://www.amordepapa.org/uploads/articulo225.pdf>
[Último acceso: 22 noviembre 2014].
32. NEGRONI Vera, Gloria: "Corresponsabilidad parental: Un cambio de enfoque radical". En *Revista de Derecho de Familia, Vol 1*. 2014
33. NEGRONI Vera, Gloria: " El Rol de los operadores del Derecho en la resolución de los conflictos jurídicos derivados de la crisis de la pareja". En *Revista del Magister y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, N°4*. 2011
34. ORREGO Acuña, José Andrés: "Consideraciones en torno al cuidado personal de los menores y su relación con la patria potestad". En libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich Estudios de Derecho Privado, Editorial Jurídica de Chile y Universidad Andrés Bello, Santiago , 2011.
35. PÉREZ Portilla, Karla: "Principio de igualdad: alcances y perspectivas". En Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 2005.
36. QUINTANA Villar, María Soledad: "Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él". En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Vol. XXXIII*, Valparaíso, Chile, 2009.
37. RAMÍREZ Bernasconi, Andrés: "El carácter científico de la dogmática jurídica". En *Revista de Derecho, Vol. XX - N° 1*, 2007.
38. RAMOS Pazos, René: "Derecho de Familia", Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2010.

39. RIVERO Hernández, Francisco: "Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores, Incidencias y Protección". En *Revista del Magister y del Doctorado en Derecho N°4, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, 2011.
40. RODRÍGUEZ Pinto, María Sara: "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". En *Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 3*, 2009.
41. RODRÍGUEZ Pinto, María Sara: "El cuidado personal de niños y adolescentes: en el nuevo Derecho Chileno de Familia", Ed. AbeledoPerrot, Santiago, 2010.
42. RODRÍGUEZ Pinto, María Sara: "Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en dos Proyectos de Ley que introducen 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 separ", disponible en: <http://camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=15642&prmTIPO=INFORMEPLY> última consulta: 04 de diciembre de 2014.
43. RODRÍGUEZ Pinto, María Sara, "Nuevas normas sobre tuición y patria y potestad II", publicado en *El Mercurio Legal* el 30 de julio de 2013.
44. TAPIA Rodríguez, Mauricio: "Comentarios críticos a la reforma el cuidado personal de los hijos (Ley N° 20.680)". En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°21, 2013.

45. TURNER Saelzer, Susanna: "Sentencia Sobre Determinación de la Titularidad del Cuidado Personal de los Hijos Menores (Corte de Apelaciones de Santiago)". En *Revista de derecho*, vol.17, Valdivia, 2004.
46. VALDÉS, S, Ximena: "El lugar que habita el padre en Chile contemporáneo: Estudio de las representaciones sobre la paternidad en distintos grupos sociales. En *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, Volumen 8, N° 23, Santiago de Chile, 2009.
47. VERGARA, Alejandro: "Medición de la calidad de las publicaciones jurídicas chilenas" En *Revista Chilena de Derecho 30(3)*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.
48. VIVANCO Martínez, Ángela: "El Principio Constitucional de Igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo". En *Anuario de Derecho Público, Universidd Diego Portales*, Santiago, 2012.
49. WALLERSTEIN, Judith. y. KELLY. Joan: "Effects of divorce on the visiting father-child relationship. *American Journal of Psychiatry*", Basic Books, New York, 1980.

VI. ANEXOS

ANEXO I

OBJETIVOS

Sistema de objetivos

Objetivo General

Analizar, desde un punto de vista práctico, el nuevo modelo de cuidado personal (denominado custodia compartida) como una nueva alternativa de organización de las relaciones parentales luego de la separación y/o el divorcio.

Objetivos Específicos

1. Comparar y analizar brevemente el cuidado personal del niño antes y después de la Ley N° 20.680.
2. Analizar la percepción de los magistrados (de forma particular), la dogmática, la doctrina y la jurisprudencia ostentan respecto a:
 - a) La aplicación de la Ley N° 20.680.
 - b) La igualdad material y jurídica entre los progenitores a la hora del debate por el cuidado personal del hijo en común.

- c) El cambio producido en nuestra judicatura a propósito de la dictación de la Ley N° 20.680.
3. Determinar si, desde la perspectiva de los magistrados, viene la Ley N° 20.680 a generar el cambio jurídico-cultural necesario para que el cuidado personal compartido sea íntegramente aplicado en nuestra sociedad, y si, esta nueva normativa, establece efectivamente la igualdad entre los progenitores al momento del conflicto por el cuidado personal del niño.

Objetivos específicos de la entrevista.

- 1. Conocer, en definitiva, cuál es la opinión que los magistrados del Tribunal de Familia de Valparaíso mantienen respecto a:
 - a) Si la Ley N° 20.680 vino a establecer un cambio (positivo o negativo) al momento de determinar cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal del niño.
 - b) Existe, en concreto, la igualdad entre los progenitores y la tuición compartida.
 - c) Si la nueva normativa instauró el cambio jurídico (y cultural) requerido para que la tuición compartida sea íntegramente aplicada, fundando, efectivamente, la igualdad entre los progenitores al momento del conflicto por el cuidado personal del niño.
 - d) Realizar un análisis en retrospectiva, y, a su vez, visualizar la eficacia de la ley.

ANEXO II

CARTA A CENTRO DE MEDIACIÓN SINERGIA

Valparaíso, 18 de junio de 2014.

Sr(a). Administrador(a)

Centro de Mediación SINERGIA

Cochrane 867, 5to piso, Valparaíso.

Estimado (a) Sr(a). Administrador(a) del Centro de Mediación SINERGIA:

Junto con saludarla cordialmente, y esperando que tenga un buen día, quisiera solicitar su permiso y colaboración para poder realizar el proyecto de tesis de pregrado: “*Cuidado Personal del niño: Análisis práctico y dogmático de la Ley N° 20.680*”, del cual estoy a cargo. Este proyecto pretende analizar, desde un punto de vista práctico, el nuevo modelo de cuidado personal como una nueva alternativa de organización de las relaciones parentales luego de la separación y/o el divorcio. Para ello, es esencial conocer la perspectiva y visión que tienen los mediadores de la jurisdicción de Valparaíso respecto a si la Ley N° 20.680 vino a establecer el cambio requerido para determinar la igualdad entre los progenitores al momento del conflicto por el cuidado personal del niño.

En razón de lo anterior, es que solicito su colaboración y permiso para que la estudiante de Derecho Nancy Valenzuela Méndez, pueda entrevistar a los mediadores del Centro de Mediación Sinergia de Valparaíso que traten estas materias, dentro del tiempo que sus horarios les permita, pues su opinión es fundamental para poder realizar este proyecto con éxito. Además, para complementar esta petición, adjunto los objetivos del proyecto y de la entrevista y la síntesis del problema a investigar.

De antemano, agradezco desde ya su colaboración y disposición con nuestro trabajo.

Se despide cordialmente.

Inés Robles Carrasco

Abogado

**Coordinadora Consultorio Jurídico
y Seguimiento de Egresados
Profesora Clínica Jurídica**

**Escuela de Derecho
Universidad de Valparaíso.**

**Prat 856, 6to. piso Edificio Rapa Nui
Valparaíso**

**(032) 2507721
Ines.robles@uv.cl**

ANEXO III

CARTA A ADMINISTRADORA DEL TRIBUNAL DE FAMILIA DE VALPARAÍSO

Valparaíso, 18 de junio de 2014.

Sra. María Cristina Cosma Hinojosa

Administradora del Tribunal de Familia de Valparaíso

Tomas Ramos N° 98, Valparaíso.

Estimada Sra. María Cristina Cosma Hinojosa Administradora del Tribunal de Familia de Valparaíso:

Junto con saludarla cordialmente, y esperando que tenga un buen día, quisiera solicitar su permiso y colaboración para poder realizar el proyecto de tesis de pregrado: “*Cuidado Personal del niño: Análisis práctico y dogmático de la Ley N° 20.680*”, del cual estoy a cargo. Este proyecto pretende analizar, desde un punto de vista práctico, el nuevo modelo de cuidado personal como una nueva alternativa de organización de las relaciones parentales luego de la separación y/o el divorcio. Para ello, es esencial conocer la perspectiva y visión que tienen los Magistrados del Tribunal de Familia de Valparaíso respecto a si la Ley N° 20.680 vino a establecer el cambio requerido para determinar la igualdad entre los progenitores al momento del conflicto por el cuidado personal del niño.

En razón de lo anterior, es que solicito su colaboración y permiso para que la estudiante de Derecho Nancy Valenzuela Méndez, pueda entrevistar a los Magistrados del Tribunal de Familia de Valparaíso que traten estas materias, dentro del tiempo que sus horarios les permita, pues su opinión es fundamental para poder realizar este proyecto con éxito. Además, para complementar esta petición, adjunto los objetivos del proyecto y de la entrevista y la síntesis del problema a investigar.

De antemano, agradezco desde ya su colaboración y disposición con nuestro trabajo.

Se despide cordialmente.

Inés Robles Carrasco

Abogado

**Coordinadora Consultorio Jurídico
y Seguimiento de Egresados
Profesora Clínica Jurídica**

**Escuela de Derecho
Universidad de Valparaíso.**

**Prat 856, 6to. piso Edificio Rapa Nui
Valparaíso**

**(032) 2507721
Ines.robles@uv.cl**

ANEXO IV

PREGUNTAS UTILIZADAS PARA LAS ENTREVISTAS³⁸

Preguntas:

1. ¿Existe creación jurisprudencial que apruebe el cuidado personal compartido?
2. ¿Existen criterios en común para aprobar o desaprobar el cuidado personal compartido?
3. ¿Existen criterios unificadores entre los centros de mediación y los tribunales de justicia al momento de aprobar los acuerdos de cuidado personal compartido?
4. ¿Cuáles son las razones principales para no aprobar un acuerdo de cuidado personal compartido? (Entiéndase que ya pasó por mediación).
5. ¿Se han superado los prejuicios que aún existen en la conciencia social respecto al que por “derecho” debería tener el cuidado personal?
6. ¿Existe claridad de lo qué es y significa, por parte de los involucrados, el cuidado personal y la corresponsabilidad parental?
7. ¿Se cumple y se implementa la normativa por parte de la jurisprudencia?
8. Críticas positivas y negativas a la Ley N° 20.680
9. ¿Son suficientes los requisitos o criterios que establece la ley para establecer y regular el cuidado personal? ¿cómo se implementan los mismos?
10. Proyecciones de la ley.
11. ¿Vino a establecer esta ley mayores estándares probatorios al momento de establecer el padre que tendrá al niño bajo su cuidado? O ¿Cuáles son los mayores problemas que genera la ley al momento de establecer el cuidado personal a favor de uno u otro padre?
12. Me gustaría saber si la entrevista confidencial y las pericias en qué grado aportan para formar su convicción.

³⁸ Estas solo fueron preguntas referenciales.

13. ¿Es la residencia el requisito idóneo para implementar la corresponsabilidad parental?

ANEXO V

ENTREVISTA A MEDIADORA DEL CENTRO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

SINERGIA

Entrevista a la mediadora Karen Quintanilla.

¿Considera que se aplica el sistema de cuidado personal compartido?

Creo que, si bien no existen precedentes judiciales, pues los magistrados se limitan a probar o rechazar los acuerdos, lo que corresponde a la competencia de los Tribunales de Familia de Valparaíso, el cuidado personal compartido ha tenido un gran protagonismo, y los padres, están cada vez más abiertos a la posibilidad de llegar a consenso en cuanto al cuidado de sus hijos, siendo ambos partícipes de la crianza.

¿Ocurre lo mismo en otras jurisdicciones?

No, al menos, dentro de los datos estadísticos que manejamos, como centro de mediación, tenemos conocimiento que la Ley N° 20.680 no ha podido ser aplicada, sobre todo en lo que es cuidado personal, pues las mediaciones entre los padres han sido, en su mayoría, infructíferas.

¿Cuál sería la razón por la que la ley si es aplicada en Valparaíso y en otros lugares no?

Por un lado, es porque el Tribunal de Familia de Valparaíso y este Centro de Mediación, mantienen reuniones de coordinación periódicas para analizar diversas situaciones, en ellas, se establecen criterios en común tanto en la aplicación de las normativas, como al momento de fallar, pues, la idea es que, cuando un mediador o mediadora ayuda a establecer un acuerdo entre las partes, se rija por los criterios que tiene el Tribunal para aprobarlos, así, no le generamos falsas expectativas a los padres. De hecho, las mayores incertidumbres se ven con los magistrados suplentes, pues conocemos el criterio de los magistrados del Tribunal de Familia de Valparaíso. Y, por otro lado, los padres tienen una visión distinta actualmente.

¿Cuáles son los cambios que nota en los padres de hoy?

Por una parte, encontramos a padres más comprometidos e interesados con la crianza de sus hijos, o aparentemente interesados, pues, muchas veces, llegan a un acuerdo que se incumple en reiteradas oportunidades, desembocando en diversos procedimientos judiciales, siempre relacionados con lo mismo, sean alimentos o visitas. Sin embargo, y como dije en un principio, hay padres que sí manifiestan un interés de ser parte de la crianza y desarrollo de sus hijos, pese a que, inclusive, no mantengan relación sentimental alguna con la madre. Por otra parte, podemos ver a madres que son mujeres, ya no tradicionales como antes, sino mujeres que desean desarrollarse profesionalmente, y que por estar abocadas a la crianza de sus hijos, no pueden dedicarse a ello tanto como quisieran, o mujeres que también desean sentirse íntegras personalmente y no quieren ser madres tiempo completo. Así, por ejemplo, hay madres que acuerdan salir a “carretear”, mientras el padre se compromete a cuidar al hijo, pues no se sienten obligadas al tema de la crianza.

Quiero destacar que, lo anterior, se da siempre pensando que estamos ante posibles casos de cuidado personal compartido, pues las situaciones de padres con problemas de comunicación, de violencia, entre otras situaciones que puedan presentarse, termina siempre ante los tribunales.

¿Los padres que llegan solicitando acuerdos de cuidado personal compartido conocen el significa del mismo?

En este aspecto, el conocimiento que traen es más bien teórico, o derechamente vienen confundidos, desinformados, aunque si plantean, generalmente, que no quieren una regulación basada en la residencia, como plantea la Reforma. Cuando la desinformación es muy grande, y ya no es posible explicarles cómo funciona, se les pide que busquen asesoría en la materia y que luego vuelvan al Centro de Mediación.

En todo caso, dentro de las conversaciones que hemos mantenido con el Tribunal de Familia, hemos concluido que el cuidado personal compartido no basta con el simple título de “custodia compartida”, ni se traduce en que un padre lo tenga una semana y el otro la siguiente, sino que es un cambio importante en la estructura familiar, y solo, una vez interiorizado aquello, los padres que tienen interés real, propondrán un sistema en que ambos se hagan cargo de las labores de crianza.

Por lo tanto, cuando los padres desconocen de qué se trata, les explicamos en qué consiste, cómo es el sistema, etc., y una vez llegado el acuerdo, el Tribunal solamente lo aprueba.

¿Qué proyecciones podrá dilucidar de esta reforma?

En mi opinión, no se sabe cómo va a funcionar, porque es esencial la comunicación entre los padres. Hasta el momento, hemos encontrado acogida, pero hay que esperar un par de años más, porque es frecuente que después de que los padres lleguen a acuerdos, si no hay buena comunicación, el acuerdo se incumpla y vuelva el conflicto que desembocará en definitiva, en un procedimiento judicial contencioso.

Además, esta reforma va en concordancia con una movilización de prejuicios y posturas sociales que de a poco, creemos, van superándose.

¿Cómo cuáles?

Las madres ya no se sienten las únicas obligadas a la crianza, los padres quieren ser parte del desarrollo de sus hijos, hay corresponsabilidad, y el tabú de ser solo la madre la encargada de los hijos y el padre solo un proveedor, se ha ido liberando.

En la actualidad, la realidad social obliga a que ambos padres trabajen, por ende, tanto en el seno de una familia, como cuando el vínculo se rompe, los padres necesitan de una red de implementación que los ayude en el cuidado de sus hijos.

En este sentido, la autora Fabiola Lathrop habla de la discriminación contra la mujer que tiene que trabajar y hacerse cargo del hogar, lo que es un estrés enorme y deteriora el sistema familiar. Es por ello que, si existe la real posibilidad de que ambos colaboren, como responsables de la crianza de los hijos, incluso se evitarían algunas rupturas familiares.

¿Ustedes proponen las bases de acuerdo?

No, los padres generalmente llegan con algo previamente acordado, de lo contrario, ellos mismos buscan una solución, nosotros solo intervenimos buscando un punto de conciliación en base a lo que ellos presentan. Así, encontramos tantos sistemas de cuidado personal como separaciones. Por ejemplo, hemos encontrado a padres que proponen que uno cuidará al hijo durante el día (la madre) y el otro durante la noche (el padre), argumentando que la madre, al ser tan joven, tenía derecho a seguir viviendo su adolescencia y hacer las cosas que le gustaban, entre ellas “carretear”, lo que obviamente no podía hacer con un hijo, el padre le encontraba razón, y decidieron que él cuidaría al hijo en común durante las noches para que la madre saliera; éstos argumentos habrían generado más de algún conflicto en un tribunal, pero en el Centro de Mediación solo nos podemos limitar a orientar a los padres y establecer el acuerdo de mediación que luego se envía al Tribunal para que se pronuncie.

Además, es posible encontrar casos de padres que proponen dividirse la mitad de los días a la semana, otros que tenían domicilios alejados porque uno de los padres se cambió de residencia por trabajo, se dividían las semanas del mes, pero cuando los hijos empezaron a ir al colegio, debieron buscar otra solución, pero en verdad, todo depende de la voluntad de los padres, y a nosotros nos interesa respetar dicha voluntad.

Críticas a la ley:

Por un lado, puede y suele ocurrir, que muchos padres a partir de la nueva ley, buscan el cuidado personal compartido como una forma de pagar menos alimentos, señalando generalmente como argumento principal, que al tener al niño la mitad del tiempo o igual tiempo que la madre, no tienen por qué pagar una pensión de alimentos, o que al menos, debe disminuirse lo que ya pagan por concepto de alimentos. Por otro lado, el factor residencia

como nuevo criterio de atribución preferente genera algunos conflictos entre los involucrados, por ello creo conveniente que deberían analizarse otros aspectos, quizás más determinantes, y no ser la residencia el factor principal.

Por último, debiera verificarse si existe un interés real de ambos padres por la corresponsabilidad, no que simplemente deseen el título de cuidado personal compartido o se utilice como un medio para otro fin que no sea el interés superior del niño.

ANEXO VI

ENTREVISTA A MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DE FAMILIA DE VALPARAÍSO

I. Entrevista a Jueza Ruth Angélica Alvarado Villarroel

¿Se suelen aprobar los cuidados personales compartidos que llegan de mediación?

Sí, no hay problemas, siempre y cuando vengán regulados con el régimen comunicacional, porque a veces vienen y dice “tenemos el cuidado personal compartido de mi hijo Pedrito”, y eso no dice nada, por esta razón se les piden más detalles.

¿Existe algún criterio para aprobar o desaprobar las tuiciones compartidas?

Solo lo que mencioné anteriormente, para mí deben venir con el régimen comunicacional detallado.

¿Cree que se han superado estos prejuicios en lo social de cuidado personal para la madre y régimen comunicacional para el padre o más que prejuicio es una realidad social?

Es lo que ocurre en la práctica, la regla general es que los niños siempre se quedan con la mamá, lo que sí ahora hay más posibilidades de discutir con quien está mejor el niño, hay un avance bastante grande de que efectivamente se establece la igualdad de ambos padres.

¿Existe claridad para los usuarios de lo qué es el cuidado personal?

No mucho, hay un problema de educación a la comunidad, no nos corresponde a nosotros como jueces en particular, porque la gente cuando llega acá viene con el problema armado, sino que hay que educar a la gente en cuanto a estos conceptos de cuidado personal, patria potestad, medida de protección, corresponsabilidad parental que no es lo mismo que el cuidado personal compartido. Es distinto porque un papá llega acá solicitando el cuidado personal compartido porque quiere participar en las reuniones del colegio, quiero estar más con su hijo, quiere participar en la elección del colegio, esto es corresponsabilidad parental, no cuidado personal compartido.

Críticas a la ley:

Sería la falta de educación a la comunidad acerca de cuáles son los significados de los conceptos que tiene la ley. Asimismo el título “Ley amor de papá”, ya le da otra connotación, podría haber tenido otro nombre, no solo es político, sino que hay un grupo detrás que hace

presión, puede generar un poco de rechazo el nombre, aunque la ley ha sido buena porque lo que hace es adecuar la legislación nacional a criterios internacionales.

Además el listado de criterios que hace el artículo 225, en la práctica es muy amplio, porque eso depende de lo que cada una de las partes quiere probar, de la estrategia que tiene una de las partes y muchas veces no llegamos a los criterios, y llegamos a utilizar otros criterios que se usaban antes.

¿Cree que la ley era necesaria?

Sí, aunque no el nombre, porque habían muchas mujeres que decían que el niño es mío y por ley me corresponde el cuidado de él, a pesar que no todas cumplían su rol de mamá de manera adecuada, por lo que el tribunal tenía una carga muy pesada para darle el cuidado personal al padre o a otro familiar. Además, por otra parte se adecua la legislación nacional a los parámetros internacionales, en materia de derechos humanos, principalmente en el interés superior del niño.

En Chile tenemos problemas con la aplicación del derecho de familia, mientras no exista un código de familia, siempre habrá leyes para esto y para otro, en todas las leyes sobre esta materia tienen que incorporar expresamente el derecho internacional, tanto así que en materia de modificación de derecho de alimentos, tienen que incorporar como principio rector el Principio del Interés Superior del Niño, lo que no sería necesario con un código de la familia.

¿Se cumple y se está cumpliendo por parte de la jurisprudencia la normativa nueva?

Sí.

¿Cree que son suficientes los criterios de la nueva normativa?

Son muy amplios e intangibles.

¿Cómo se implementan?

En cada caso se ve, se fija el objeto del juicio y se pide que las partes rindan prueba acerca de cuáles son los antecedentes fácticos que acrediten los supuestos del 225-2, y queda abierto, dejando a las partes en la libertad de elegir a cuáles de esos criterios se va a avocar, hay que ver con lo que las partes llegan. De repente, hay que resolver con un informe social muy escueto y la opinión del niño, ésta es muy relevante, porque te da más información acerca de cuáles son realmente los fundamentos de la disputa del cuidado personal, se aclaran muchas cosas, hay veces en que no se logra concretar cuál es la razón de la disputa, uno ve si hay otras causas anteriores.

¿Y las pericias en qué grado aportarían para formar su convicción?

Depende de la pericia y lo otro depende de la razón por la cual se está demandando el cuidado personal, si están diciendo que tiene antecedentes penales o hay veces en que las partes tienen una conducta que pone en riesgo al niño, hay personas que tienen una serie de

antecedentes penales, por robo hurto, robo, micro tráfico a los 18 años y ahora tiene 24, y te das cuenta del contexto, por lo que no necesito un peritaje psicológico que me diga si tiene o no un tipo de problemas.

¿La nueva ley establece mayores estándares probatorios?

No, en cuanto a las pruebas en general, en cuanto a la tramitación de antes y ahora, es exactamente lo mismo, lo que pasa es que ahora hay normas que te permiten resolver de manera distinta.

Proyecciones de la ley a futuro en términos de aplicación:

Se está aplicando, hay una serie de cuidados personales compartidos al menos en papel, pero no sé lo que ocurre en la realidad. Lo que sí, los papás ahora se han atrevido a demandar el cuidado personal, por lo que ahora hay más causas en que los papás si están demandando.

¿Es la residencia el requisito idóneo para implementar el cuidado personal compartido? Por ser el papá lo tiene una semana y la mamá otra.

Creo que es perjudicial para el niño, porque le cambian sus amistades, su entorno, el solo hecho de que le cambien la luz de posición afecta al niño, él necesita su espacio. Esto se discutió, como definían compartir, en otras partes era que el niño quedara en su casa y los que alternaban eran sus padres, es un tanto ilógico y difícil de concretar en la realidad.

¿Cree que la ley corresponde a una necesidad actual?

Sí era necesario modificar el tema constitucional de que el cuidado personal sólo se le entregaba a la mamá.

II. Entrevista a Jueza Lucía Aurora Gatica Illanes

Sobre la nueva ley:

La nueva Ley “Amor de papá” es buena, en el sentido de que antes se pensaba que el solo hecho de que la mujer, por ser mujer, tenía que quedarse con el cuidado personal del hijo. Donde el papá, si salía con sus hijos era solo para pasarla bien con los niños, y donde la mamá era la que ponía las reglas. También, he visto casos en que el papá es un excelente padre, no siempre la mamá es la buena y el papá el malo. Cuando ellos están de acuerdo, pueden establecer cuidados personales compartidos, en que si el niño está una semana con uno y la otra con otro, se deben compartir los derechos y obligaciones, en que si el niño permanece con la mamá igualmente el papá comparta las obligaciones y tareas del niño, a lo mejor es más fácil que vivan con uno.

Los hombres pensaban que, no dándoles alimentos a los hijos perjudicaban a la mamá, y las mamás, cuando no dejaban que el niño viera al padre perjudicaban al papá, pero en realidad, quien se veía perjudicado era el niño. Pero ahora, desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño, está presente el interés superior del niño, es muy relevante, es el principio rector, en la práctica hay que tratar de pensar siempre en el interés superior del niño, de que tenga una buena relación con ambos padres, a los niños los utilizan muchas veces como herramientas, no puede ser que un niño sufra por eso.

La tuición compartida se puede dar cuando hay común acuerdo, no la piden mucho. El juez no fija la tuición compartida.

Lo que también es bueno, es que el padre que ponga obstáculo a la visita del otro progenitor, es un antecedente a quien le das el cuidado personal del niño.

¿Existen criterios en común con los centros de mediación en cuanto al cuidado personal compartido?

No existen muchos criterios en común entre el centro de mediación y los Jueces de familia, si se han hecho reuniones, pero no hay criterios establecidos. Falta todavía, aquí es muy poco lo que se ve de cuidado personal compartido, es poquísimo, lo que sí los padres tienen mayor poder de injerencia.

¿Existe el prejuicio de que el cuidado personal la mamá y el régimen comunicacional el papá?

No, de mi parte no hay prejuicios. A lo mejor si el niño es un bebé y la mamá trabaja en la casa y el papá en la construcción, entonces en este caso es mejor que se quede con la mamá porque con el papá está el problema de quien lo va a cuidar.

Críticas a la ley:

Está recién implementándose, en cuanto al cuidado personal, que la tuición compartida no está muy clara, que es difícil de llevar, salvo que las partes lo acuerden, si las partes no lo acuerdan, no. Y lo otro, qué es lo que implica la tuición compartida, que si necesariamente implica vivir la mitad del tiempo con el padre y la mitad del tiempo con la madre, ¿cómo se congenia? Y el tema de los alimentos, estoy más días con el niño tengo que pagar la mitad, el 50% que pasa si el padre tiene otras cargas y a los otros le da el 5% y a otro el 50%, hay que tratar de que haya equivalencia.

¿Son suficientes los criterios que establece la ley?

La ley es bastante amplia, a lo mejor precisar un poco más, pero los parámetros son bastantes.

¿Hay mayores estándares probatorios al establecer que el cuidado personal quedará con el padre por el vínculo afectivo que tiene el niño con el padre?

Si queda con el padre el niño, tienes que colocar las razones de por qué se queda con él, que generalmente es por el interés superior del niño, la ley lo dice muy claro.

¿En qué grado las pericias y la entrevista confidencial ayudan a formar su convicción?

En las pericias depende del perito, con perito particulares es más difícil, con la nueva ley se privilegian los acuerdos entre los padres, a falta de acuerdo se privilegia al padre o madre con quien los hijos conviven, puede muchas veces pasar que el padre de mala forma se quede con el niño y solicite el cuidado personal y hay que probar. Antes de la nueva ley, en caso de maltrato de la madre, por causa justificada se le quitaba el cuidado personal, ahora es diferente, porque no es necesario que uno de los padres esté inhábil para otorgar el cuidado personal al otro. El juez lo que hace es ponderar las circunstancias y concluye con cuál de los padres el niño va a estar mejor, aunque los dos sean hábiles, el límite es el interés superior del niño.

¿Considera que la residencia es el requisito idóneo para implementar el cuidado personal compartido?

Primero hay que ver lo que se estima por “compartida”, si la mitad del tiempo tiene que estar con la madre y la otra con el padre y ellos viven lejos, no se podría, pero si se podría si viven cerca donde el padre por ejemplo va a poder ir a las reuniones del colegio del hijo,

pero las vacaciones las va a pasar con el otro padre, no importa que de lunes a viernes el niño esté al cuidado de la mamá.

Ahora, el juez tiene que ponderar la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, la actitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de otorgarle un entorno adecuado según su edad. El pago de la pensión de alimentos mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo, también lo pondera, la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro para garantizar la estabilidad y garantizar la relación directa y regular con el otro padre que no tiene el cuidado personal, también se pondera cuestión que antes no se hacía. Asimismo, la dedicación afectiva que cada uno de los padres le dio al niño antes de que se separaran, la opinión del hijo, ahora es importante, los acuerdos que existían con anterioridad al juicio, el domicilio de los padres y el resultado de las pericias.

III. Entrevista al Juez Francesco Ildemaro Carretta Muñoz

Críticas a la ley en relación al cuidado personal:

Primero es inentendible, en segundo lugar, no he visto ninguna demanda -yo por lo menos- en todo este tiempo de la ley de cuidado personal, de la manera como la ley lo señala. Es demasiado teórica, es una ley que buscaba satisfacer los intereses de un reducido grupo de personas en este país. Creo que la ley es muy mala y que no cumple el fin que al parecer se tuvo en cuenta al instaurarla.

¿Sabe si son suficientes los requisitos o los criterios que establece la ley para regular el cuidado personal?

Son amplios, son cláusulas muy amplias que actualmente en el derecho para el juez ya no se están ocupando.

¿Existen todavía los digamos prejuicios de que el cuidado personal es a favor de la mamá y la relación directa irregular del papá?

No, yo creo que no existe el prejuicio, sino que lo existe es una realidad social, lo cierto es que yo no veo tantos papás dispuestos a hacerse cargo del cuidado real y efectivo de un niño ¿Me entiendes? Yo creo que eso es más discurso que realidad. Porque en la realidad, si el niño

trae problemas y todo, los otros piensan, y con su cultura machista en realidad la mamá se tiene que hacer cargo, entonces eso es lo que yo veo y digo que no concuerda con la realidad.

¿Le ve proyecciones a la ley?

No, ninguna.

¿Una posible reforma?

Ni siquiera reforma, yo creo que esa ley va caer simplemente en una mera declaración de poca utilización práctica, creo que eso es, y así se va a quedar. Y que los jueces van a usarla discrecionalmente. Pesimista mi mirada, pero es una ley idealista, demagógica. Es una ley que a mi juicio se inserta en una realidad social que no corresponde a la actualidad, hay que pensar que estamos en Chile un país subdesarrollado, eso no se adecua a la realidad del país.

¿Vino a establecer la ley mayores estándares probatorios? Por ejemplo, si el padre está peleando el cuidado personal del niño ¿Se tiene que realmente probar ese vínculo?

Sí, yo creo que finalmente ha establecido mayores márgenes probatorios, por lo menos.

Ahora la entrevista confidencial, es lo que mayor aporta para formar la convicción del magistrado ¿O no?

De acuerdo a la autonomía progresiva sí, es decir, no da lo mismo que un niño de tres años te diga una cosa y otro de dieciséis te diga otra. No, no creo que sea el margen mayor para fallarle la declaración del niño, porque hay que verla en su contexto, si claro que es importante, pero no el margen mayor.

¿Y las pericias son relevantes para formar la convicción del Juez?

Las pericias igual tienen relevancia, siempre que estén bien hechas y que sea por un profesional competente. Y eso uno se da cuenta rápidamente, y fácilmente.

¿Considera que la residencia es el requisito idóneo para implementar la corresponsabilidad parental? En el sentido que si los dos padres tienen el cuidado personal compartido del niño. ¿Tendrían que necesariamente vivir cerca? ¿Para tener ese cuidado personal?

Si hablamos de la tenencia material de un niño dividida, eso a mi juicio es inaceptable y creo que la ley no tenía esa finalidad, mucha gente se confundió con eso.

A su juicio entonces ¿Cuál habría sido la finalidad?

Es hacer copartícipes a los padres de forma por así decirlo, efectiva, de todas las decisiones y todos los pormenores que al niño le corresponda en lo futuro, llámese colegio, llámese religión que va a profesar, llámese equipo de fútbol, llámese deporte que va a hacer, porque antiguamente eso estaba radicado absolutamente por parte de la madre. Ahí va, ahí sí te creo, pero eso de tener al niño un mes un padre y al otro mes el otro padre no. Esa es una mirada obtusa de la ley.

Si no se hubiese creado la ley ¿Existiría otra posibilidad para otorgarle el cuidado personal al padre que lo solicitaba?

Había más salidas, como elevar la igualdad material y jurídica como principio constitucional y la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Lo que ocurre, es que la gente confunde la tenencia material de un niño con el cuidado personal, entonces muchos lo que reclamaban a través de esta capacidad de tener a sus hijos, era de tenerlos materialmente con ellos. Pero como no se hizo un estudio sociológico de la situación previo a la ley, se hubieran dado cuenta de que hay un buen porcentaje de padres, que en esta posición, realmente lo que quieren es no pagar pensión de alimentos, pero no quieren hacerse realmente cargo de sus hijos, lo que quieren es que el hijo no conviva con la pareja actual de la madre, pero efectivamente no quieren hacerse cargo de sus hijos. El porcentaje de padres altruistas en ese sentido a mi juicio, es menor.

IV. Entrevista al Juez Germán Manuel Núñez Romero

¿Cuál es su opinión sobre la Ley “Amor de papá” En cuanto al cuidado personal?

Creo que no era una necesidad, existía la alternativa de poder llegar a un resultado similar en la práctica por la vía de la regulación de un régimen comunicacional. Sin embargo, hay un factor constitucional que no se puede desconocer, que efectivamente existía una desigualdad que tiene vicios arbitrarios de acuerdo al nuevo contexto que existe dentro de la organización de las familias y los roles del hombre. Pero la fórmula, la verdad me parece que no responde a resolver nada práctico en concreto.

Nosotros, ya llegábamos a regímenes comunicacionales tan amplios que eran un cuidado personal, no se pronunciaba con respecto al fondo, claramente no se pronunciaba directamente con respecto a la figura del representante legal, eso se mantenía de la misma forma, pero creo que es un factor protector de todas maneras en la vida de los niños, el definir. Porque la gente que llega a tribunales, son personas que tienen problemas, por lo tanto, si están en tribunales es difícil que puedan ponerse de acuerdo que verifiquen la crianza en conjunto, si es que la relación de pareja está fracturada. Requiere un nivel de maduración y de desprendimiento del problema tan alto, que si lo tuviesen no estarían en el tribunal.

¿Cree que hubiese bastado con elevar la igualdad material y jurídica como principio constitucional y la convención Internacional de los Derechos del Niño?

Completamente.

Respecto a esto, entrevisté a los centros de mediación y en los centros de mediación no pensaban lo mismo.

Es que yo creo que los operadores jurídicos, dependiendo de cuál es el operador que le toca tratar el tema, tiene aproximaciones que son distintas. Hay una mirada como ideologizada o como la perspectiva más bien política, una declaración de principios, que suena bastante bien. Pero nosotros, al ser jueces y aplicar la ley, nos damos cuenta de problemas que son de carácter práctico, y en estricto rigor, para mí, es tener otro problema, porque si yo efectivamente quería velar por la igualdad del hombre y la mujer para el efecto de que tuviera un rol activo en la crianza, bastaba con regular un régimen comunicacional definido, pero amplio. Me refiero definido, a que tienen que ser obligaciones concretas determinadas y que puedan ser exigibles, porque también estos regímenes comunicacionales que se regulan “amplios”, pero no dicen nada, no puedo exigirlos.

Pero si efectivamente podríamos haber resuelto un conflicto de estas características determinando, por ejemplo, que un niño permaneciera al menos tres veces a la semana con un padre de tal hora a tal hora, y que en ese momento, el padre dice que se va a hacer responsable llegamos a un resultado bastante práctico, similar, delimitando la obligación, haciendo posible exigirla en el evento de que sea incumplida por el otro, y delimitamos también la figura del representante legal en el ámbito material y espiritual de una forma concreta. Que efectivamente, no se pusieron de acuerdo para poder ser pareja, muy difícil que se pongan de acuerdo para llevar un cuidado compartido.

Ahora, las instituciones, o a lo mejor, la mirada de los anfitriones del Ministerio de Justicia, ya sea abogados o consultorios jurídicos, o Corporaciones de Asistencia Judicial que es un poco más distinto a asesoría obligatoria, pueden verlo de una forma más política. Efectivamente se necesita una señal a la sociedad para equiparar estos roles, pero en la práctica no regulan nada. Además, la modificación del Código Civil, en lo que dice relación al artículo 225 no generó un cambio de paradigma, no género un aumento de demandas, creo que es una norma que se adelanta.

Creo que la ley tiene que responder a necesidades, y a necesidades masivas, la ley no puede ser un prospecto de lo que queremos que sea el rol de los hombres, si la sociedad no está preparada para que el hombre ocupe ese rol, o sea, efectivamente ahora nosotros como papás tenemos una participación más activa, pero no es el 60% de los hombres que tiene la misma opinión, no es que estén reclamando los hombres efectivamente esa igualdad de derechos.

Es una minoría que es importante, una minoría que yo diría que es ilustrada, personas que tienen conocimiento más transversal de la vida, que tienen una convicción distinta, pero siento que esta ley está adelantada a nuestras necesidades, y lo digo con conocimiento de causa, porque este tribunal está lleno de causas por cumplimiento de pensión de alimentos, y si hubiese un cambio de paradigma, o de convicción en el género masculino, de partida, se harían cargo de los hijos que tienen, y si no se hacen cargo de los hijos que tienen, entonces, creo que ésta ley, como un proyecto de sociedad muy plausible, muy interesante, pero la verdad que eso no es una necesidad.

Por ejemplo, la ley de divorcio era una ley requerida, porque existía en nuestra sociedad una situación de hecho, que no era reconocida por el ordenamiento jurídico, y eso cercenaba

los derechos de las personas, y eso sí imponía un modelo de sociedad y de familia que estaba retrógrado respecto a la situación actual. En cambio, la ley de modificación al Código Civil en el cuidado personal, efectivamente no responde a ninguna necesidad, sino que responde a una aspiración, una aspiración social, y ahí, existe una diferencia profunda con respecto a lo que es el legislador. Es que yo creo que la ley, no podemos enviar formas, la ley tiene que reconocer situaciones de hecho y las tienen que regularizar, pero no puede ser un proyecto que pretenda imponerse al resto, tiene que regular situaciones generales y que sean necesidades sociales, si no nos transformamos en un estado totalitario para cualquier lado, de derecha o de izquierda.

¿Existen criterios de unificación entre los centros de mediación y el tribunal al momento de aprobar los acuerdos de cuidado personal compartido?

En relación al cuidado personal, tenemos una discrepancia entre los jueces, primero, no todos los jueces tenemos la misma opinión con respecto a que tengamos que intervenir en relación a las mediaciones familiares por cuidados personales. Lo hemos conversado, y no tenemos la misma opinión, entonces, hago esta aclaración, porque considero que yo no debo probar la mediación. No debiera intervenir el tribunal, porque no es exigible, porque el régimen de cuidados personales compartidos yo entiendo que, en la manera que aparece redactado en la norma, no requiere la intervención de un tribunal. Es una instancia previa que a través de un acuerdo, una escritura pública se figura un régimen. Entiendo que el poder judicial interviene al momento que esto se fractura, y que ya no funciona. Entonces, en estricto rigor, lo que ocurre en la práctica en relación a ese punto es que, nosotros tuvimos un acuerdo entre los colegas, en que por un tema operativo, nosotros aprobamos las mediaciones en cuidados personales. Las sancionamos, para poder tener una mirada de tribunal en conjunto. Que

nosotros, en este tribunal, al menos de Valparaíso, siempre pretendemos no contradecirnos entre nosotros, tratar de operar como un cuerpo.

Es para el usuario, eso es esencialmente para el usuario, independiente de que nosotros somos, inamovibles, independientes todos jueces de la república, prestamos un servicio público, un servicio social, por lo tanto, no podemos generar incertidumbres, porque si hay una personas que cae en manos de un colega que piensa distinto, o yo en este caso por ejemplo, y yo no lo apruebo, perjudico certeza y nosotros tenemos una función social también dentro del rol que desempeñamos. Entonces, en base a eso, algunos renunciamos a nuestras posturas por tratar de pensar en un bien común del tribunal y un bien común también para el usuario. Ahora, también yo trazo en este punto, porque no es algo tan grave, porque a la larga si se incumple la mediación por cuidados personales compartidos, van a tener que presentar de todas maneras una demanda de cuidados personales, previamente mediada.

¿Cree que se han superado los prejuicios que existían digamos en la conciencia social de que el cuidado personal para la madre, la relación directa y regular para el padre por parte de la Jurisprudencia después de la ley?

No, no creo, y creo que la respuesta está dada por todo lo anterior, porque efectivamente el cambio de paradigma no se va a provocar por la ley. O sea, educación, deberíamos partir desde ahí, deberíamos partir que enseñando a que la crianza no es un tema de género, y que la responsabilidad con los hijos ya no pasa solamente por techo y comida, sino que tratar de implementar un modelo equiparado, sin discriminación, en donde haya igualdad de género, los primeros que enseñamos somos los papás.

¿Serían suficientes los criterios que establece la ley para regular el cuidado personal?

Sí, son bastante aceptables.

Proyecciones de la ley a futuro:

Yo no veo ningún cambio. No aumentaron las demandas por cuidados personales, no bajaron las causas por pensiones de alimentos. Siguen demandando los regímenes comunicacionales en el mismo estado y en la misma forma que antes.

¿Cree incluso que a lo mejor se ocuparía de mala fe, porque hay gente que dice, está bien yo tengo al niño una semana tú lo tienes la otra semana, pero también tengo que pagar la mitad de los alimentos?

Es que yo creo que esa mirada, no es una mirada de mala fe, es una mirada de justicia. Efectivamente, si hay un régimen comunicacional regulado de esta forma, el sustrato económico tiene que ser ponderado también a la forma de ejercer el régimen. Mirarlo de otra forma implica invisibilizar una situación que existe, que son las necesidades económicas. Toda separación conlleva un empobrecimiento, por lo tanto, hay que cautelar los recursos, y eso a mí, no me parece un aprovechamiento, me parece un sentido de realidad, me parece adecuado. La ley no genera cambios, a lo mejor lo resuelve para un gueto bien específico y limitado, pero no veo una necesidad y menos con las características de nuestros usuarios. Pero tenemos un nivel de usuario que tiene una fuerte privación educacional, económica, social, estructural y

desde esas perspectivas esta discusión está a un nivel, para poder sentarse a conversar de esto, hay que tener resueltos todos esos problemas. Entonces, con las características de los problemas que existen en nuestra comuna y que llegan a este tribunal, este tema no es un problema todavía.

Las personas que viven en Valparaíso tienen otro tipo de problema, hay una tremenda tasa de “cesantía”, hay un problema de droga, muy importante y la Constitución es completamente inversa, hay una negligencia con respecto a desplegar los cuidados personales, incluso por la persona que debería llevarlos, y hay un descuido con respecto a los niños, las niñas y todos los adolescentes bastante importante también. Es la experiencia que yo tengo en base a las causas que llegan al tribunal. Evidentemente, esto no representa un porcentaje alto, pero la tasa de judicialización de conflicto es alta porque nosotros tenemos muchos problemas de esas características que generan judicializaciones de temas que no son jurídicos, sino que son problemas sociales. Entonces, la verdad que esta discusión es un poco ficticia. Porque la verdad, es que hay otros problemas más graves, o sea, creo que es una discusión de países desarrollados. Y nosotros no somos un país desarrollado, somos un país pobre, y al menos la experiencia que tenemos nosotros en Valparaíso, es que este es un tribunal pobre también. Nuestros problemas son pobreza, de privación, esos son nuestros problemas. Hay un substrato de personas que evidentemente sí, tramitan esas causas y si están en esa condición. Pero nosotros tenemos la tasa más alta de medidas de protección de toda la región. Tenemos la cantidad de violencia intrafamiliar más alta, el 60% de las causas del tribunal, son violencia y son protecciones.

Esta es una causa que requiere: primero, la intervención del letrado; segundo, requiere un usuario que comprenda las consecuencias de esto, y que tenga esta necesidad; y como siento

que esta es una necesidad que es construida y que requiere un nivel intelectual abstracto no es un tema aún. Pero nuestras causas en general de violencia intrafamiliar no es violencia, por ejemplo, el gran problema no es de violencia de carácter económica, que se da y que existe, por lo general son violencias más concretas, golpes y malos tratos verbales, puede haber también violencia económica, pero eso requiere un cierto nivel de abstracción, una violencia más soterrada, más sutil. Y nuestros problemas no son sutiles, son más concretos, no está ese nivel más abstracto y nos pasa lo mismo con los temas personales.

¿La ley establece mayores estándares probatorios? Al momento de establecer por ejemplo que el padre tiene que tener, realmente un vínculo afectivo con el niño.

Sí, los factores a mí me parecen adecuados y estructuran bastante el procedimiento y eso no me parece inadecuado. Norman, sintetizan, estructuran. No me parecen inadecuados los factores a considerar. Lo construyen, es un poco lo que pasa con el interés superior del niño, que es indeterminado y abstracto y que hay que aterrizarlo a casos concretos. Es como la discusión que existió en torno al daño moral en sede civil, cómo lo construyo, como lo cuantifico, o lo que pasa con la compensación económica en materia de matrimonio civil, se construye. La jurisprudencia ha ido dando señales en ese sentido, se construye, los montos no son una convicción que se adquiere por subjetividades, sino que uno debería poder ser capaz de poder construirlo. Estos parámetros quedan legislados en el contexto del cuidado personal y el régimen comunicacional, y claro, te tienden a delimitar y a tener que justificar y hacerte cargo, y dado que las reglas que tenemos nosotros para valorar son efectivamente la sana crítica, son importantes para construir el concepto y me parecen un aporte, completamente.

Más que por analogía, se van a aplicar también a otras materias, entonces te permiten objetivizar lo subjetivo que es familia, en la competencia me refiero.

¿La entrevista confidencial y las pericias serían las que aportan en mayor grado a la convicción del juez para establecer el cuidado personal?

Yo creo que la entrevista viene a hacer patente una intención supraconstitucional de poder hacer partícipe al niño a través del derecho a ser oído en todo el procedimiento. Eso es un aporte efectivo en la audiencia. Ahora, el peso que uno como juez le puede dar, creo que valorando la edad y la situación es difícil sentar una regla. Es caso a caso, es relevante, porque es el derecho a la información que tiene el niño, el derecho a saber en qué consiste este procedimiento de lo que se está discutiendo. El efecto de que sea niño, no significa que no entienda, sino que solamente entienden de una forma diferente porque no son tan abstractos, entonces, uno tiene que hacer el ejercicio de poder acercarse a ellos desde otra perspectiva y te da luces con respecto a los contextos. Tienes que comprender un poco el contexto, aterrizar realmente cuando hay problemas. Es importante, pero no lo decisivo. Además, uno debe comprender que dentro de la valoración y la opinión del niño, es muy difícil en base a lo que dicen los expertos en el ámbito de la psicología, poder recibir un relato que no se encuentre contaminado por los padres o por el medio. Entonces, yo creo, que al tomar una entrevista teniendo claro esos factores, uno se hace una opinión, pero no es una opinión que afecte a lo sustantivo del fallo, sino que te permite tener otro factor.

Ahora, las pericias yo creo que son un factor más relevante, que cumplen un rol más decisivo por su carácter objetivo, tienen un rol científico, hay una metodología de por medio

que legitima las conclusiones en general. Y te dan un sustrato que es más acorde con la manera de ponderar la prueba, entonces sí puede ser más decisorio, la sana crítica te permite afirmarte en lo que son conocimientos científicamente afianzados, y desde esa perspectiva, uno poder construir un fallo a través de argumentaciones que se basen más directamente en lo que es la pericia, en este contexto, estamos hablando de los cuidados personales.

Ahora, hay que saber también pedir, me refiero a que uno tiene que tener un conocimiento acabado para saber realmente cuales son los factores que me podrían remitir a mí, obtener un resultado que construya una fundamentación, me refiero a que una pericia de carácter psiquiátrico no necesariamente te puede permitir concluir la pertinencia o impertinencia de que un cuidado personal se altere, sino que uno debería como poder solicitar evaluaciones de carácter de habilidades parentales en un caso concreto, respecto al rango etario, en relación al perfil del niño. Ahí de nuevo llegamos al caso concreto, o sea, saber pedir qué pericia, eso es lo difícil.

¿Cree que la residencia es el requisito idóneo para establecer la corresponsabilidad parental? Porque generalmente dicen: tienen que vivir los padres cerca para poder entrecomillas dividirse al niño. Incluso algunos hablan de la tenencia material del niño.

Estamos frente a una norma implementada dentro del ordenamiento jurídico de un país tercermundista con necesidades materiales relevantes, en donde una ley pretende resolver una necesidad que no es patente y que ese gesto refleja que tampoco es una norma que viene a recoger nuestra realidad. Las personas en general, al menos la referencia que tengo, no tienen

recursos económicos como para poder sostener un nivel de esas características. La doctrina en el ámbito que yo he podido acceder para estudiar acerca de la generación y la historia de la ley, hay mucha fundamentación que está relacionada al derecho español. Un país que no tiene los problemas que tenemos nosotros, y desde la perspectiva psicosocial y la mirada del niño de forma integral, se advierte que la estabilidad es un factor protector, por sobre todas las cosas en relación a la crianza de cualquier niño y la estabilidad. Creo que la norma de la residencia viene a tratar de responder eso, la necesidad de estabilidad en la crianza. El ideal psicosocial es que el domicilio lo tenga el niño, y sean los padres los que se intercalan la estadía, eso requiere recursos, por lo tanto, el factor residencia, como estaba ideado, no corresponde a la realidad.

En segundo lugar, la norma de la residencia si viene a resolver los conflictos que existen en relación a la entrega inmediata, la que tiene dos formas de ser tratada como competencia de tribunal de familia. Como un procedimiento, por decirlo de una manera de carácter sumario, y que tiene una forma de emplazamiento hacia la contraparte que implica rapidez e implica valoración de antecedentes y que significa el resultado de una sentencia. Así, fue tramitado el resultado de una entrega inmediata durante mucho tiempo en este tribunal, pero también existe el resolver la medida de una entrega inmediata por medio de una medida cautelar en una causa de protección, esta norma vino a afectar esa dificultad. El poder determinar si la entrega inmediata la vas a seguir tramitando como una especie de procedimiento independiente, o como un procedimiento accesorio o uno principal que vendría a ser la protección. Sea como cautelar dentro de un proceso, o como procedimiento autónomo, y entiendo que lo que resolvió fue que para poder concretar la norma deberían tramitarla como una medida cautelar dentro del proceso proteccional.

ANEXO VII



FAMILIA

- Evaluación de la paternidad en Chile

Piense en su hijo menor en el momento que este fue menor de edad, ¿qué tan satisfecha está (o estuvo) con las siguientes situaciones?

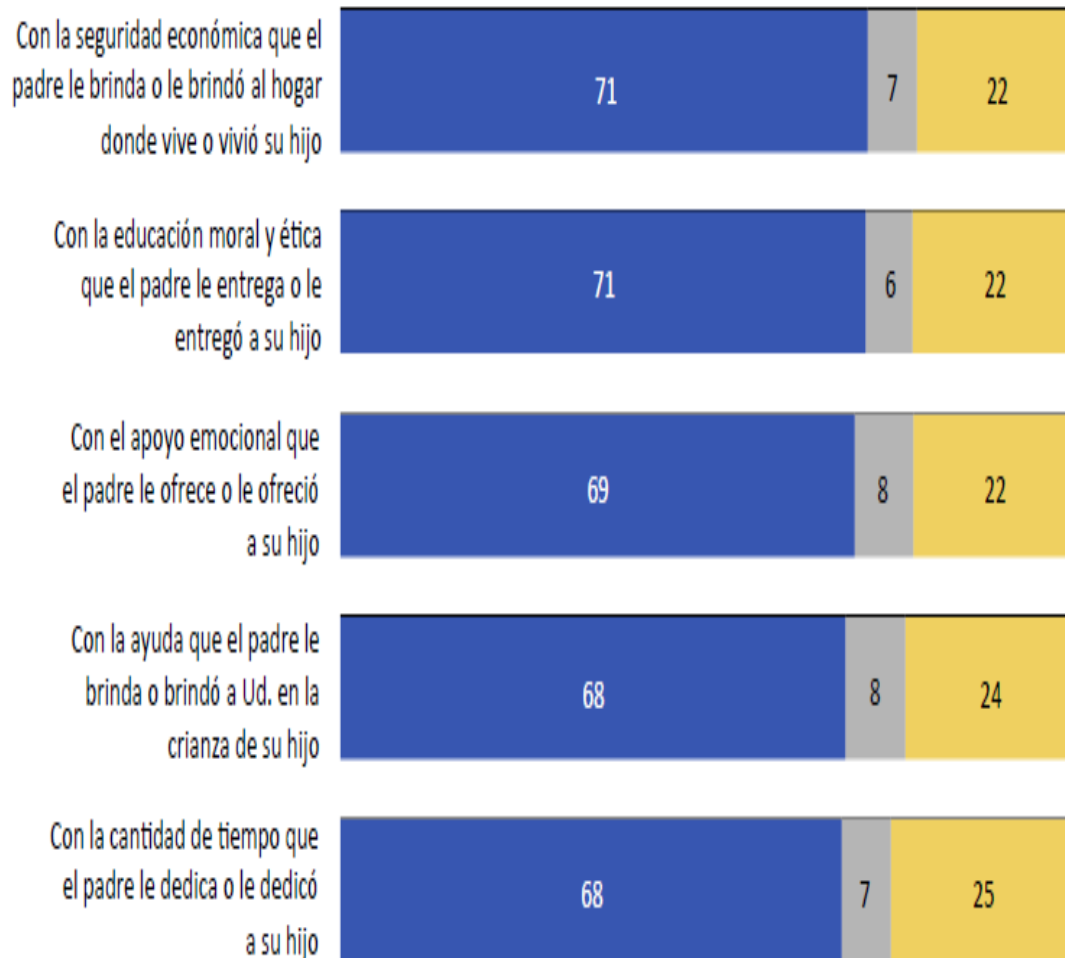


BASE: Mujeres que son o fueron madres alguna vez en la vida y cuyo hijo/a conoció al padre.

Encuesta Nacional Bicentenario 2014

(Base real: 910 casos)

■ % Muy satisfecho + satisfecho
 ■ % Ni satisfecho ni insatisfecho
 ■ % Muy insatisfecho + insatisfecho



* La diferencia para completar 100% en cada opción corresponde a la suma de las respuestas "no sabe, no contesta"

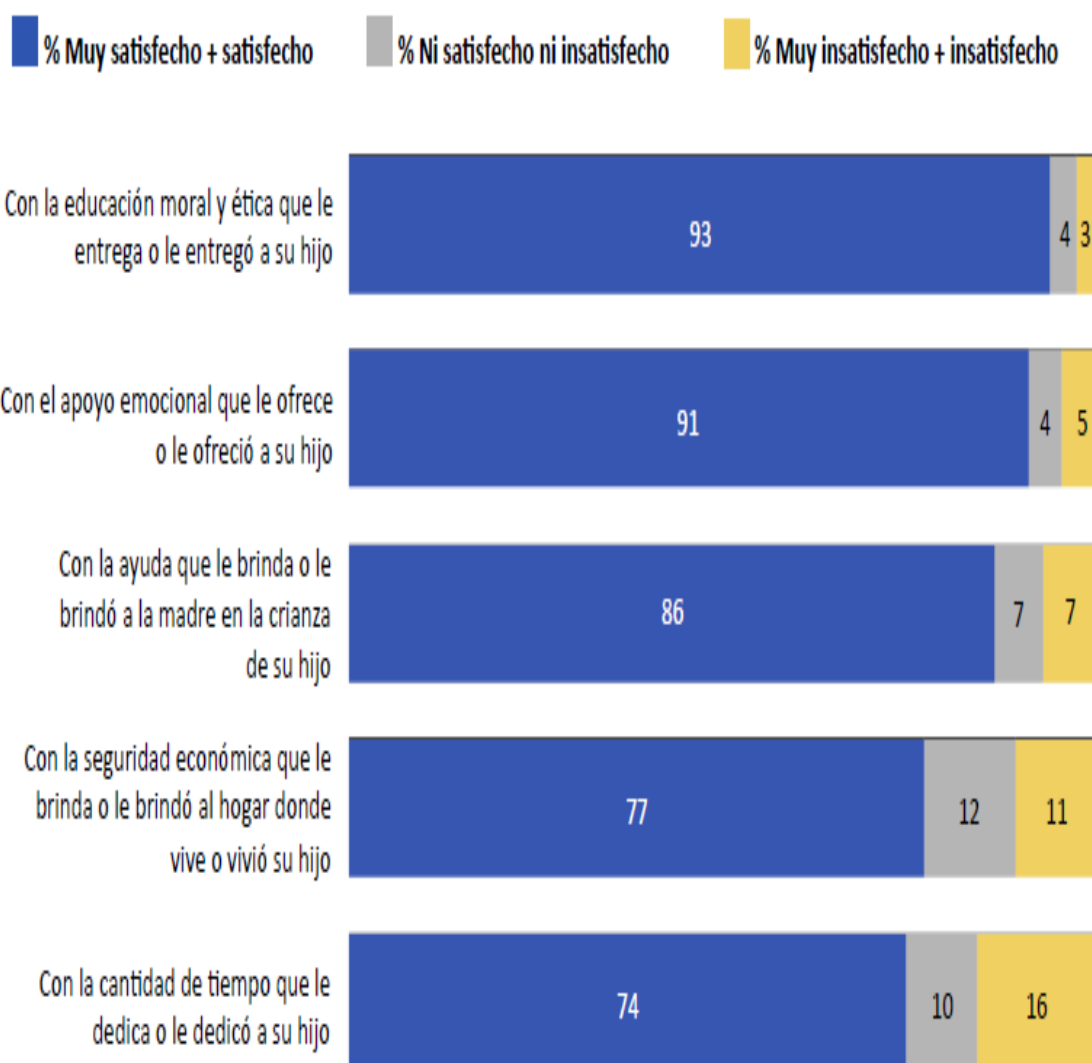
Piense en su hijo menor en el momento que este fue menor de edad, ¿qué tan satisfecho está (o estuvo) con las siguientes situaciones?



BASE: Hombres que son o fueron padres alguna vez en la vida y que conocieron a su hijo.

Encuesta Nacional Bicentenario 2014

(Base real: 638 casos)



* La diferencia para completar 100% en cada opción corresponde a la suma de las respuestas "no sabe, no contesta"

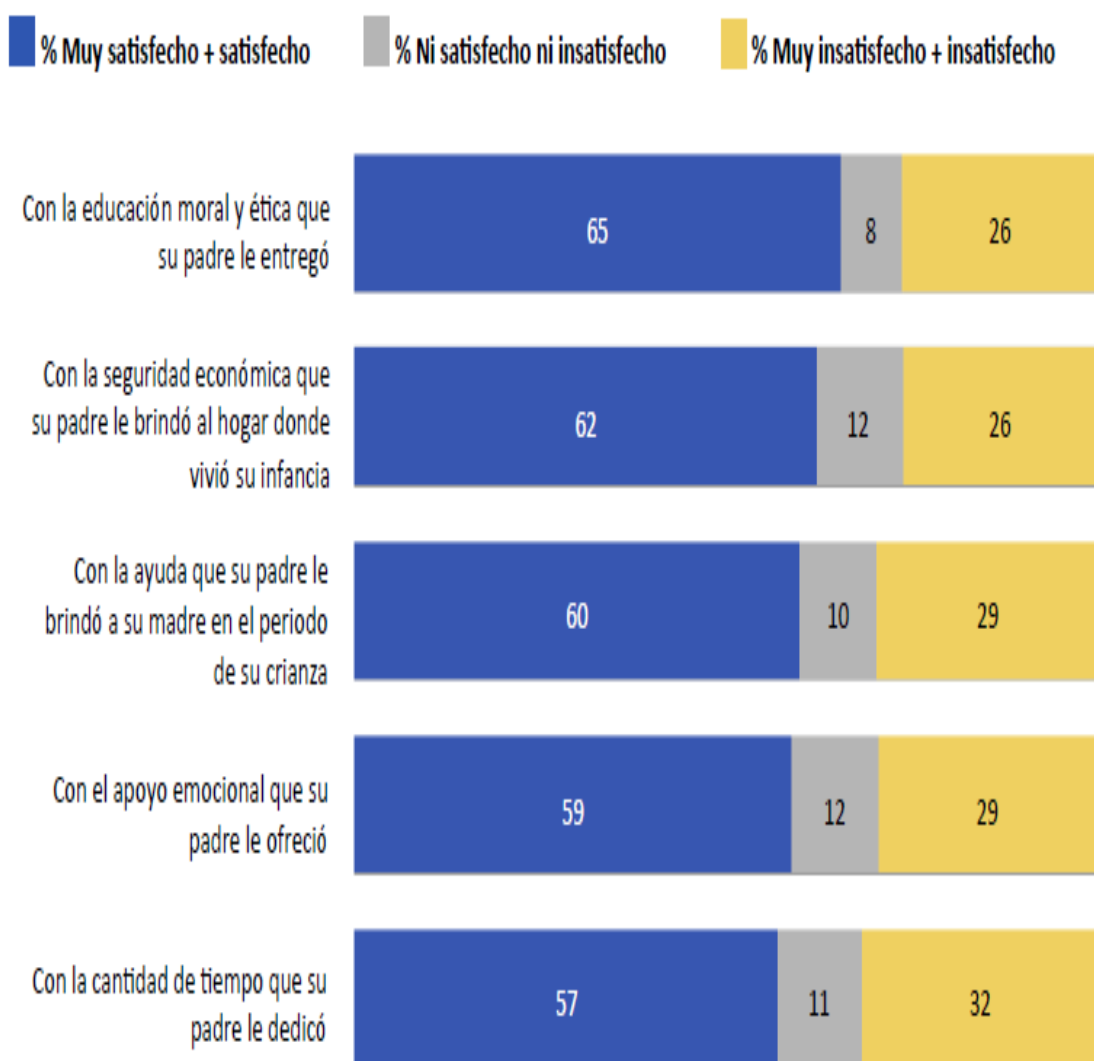
Piense en su infancia y adolescencia, en el periodo en que usted fue menor de edad, ¿qué tan satisfecho está con las siguientes situaciones?



BASE: Quienes conocieron a su padre.

Encuesta Nacional Bicentenario 2014

(Base real: 1.926 casos)



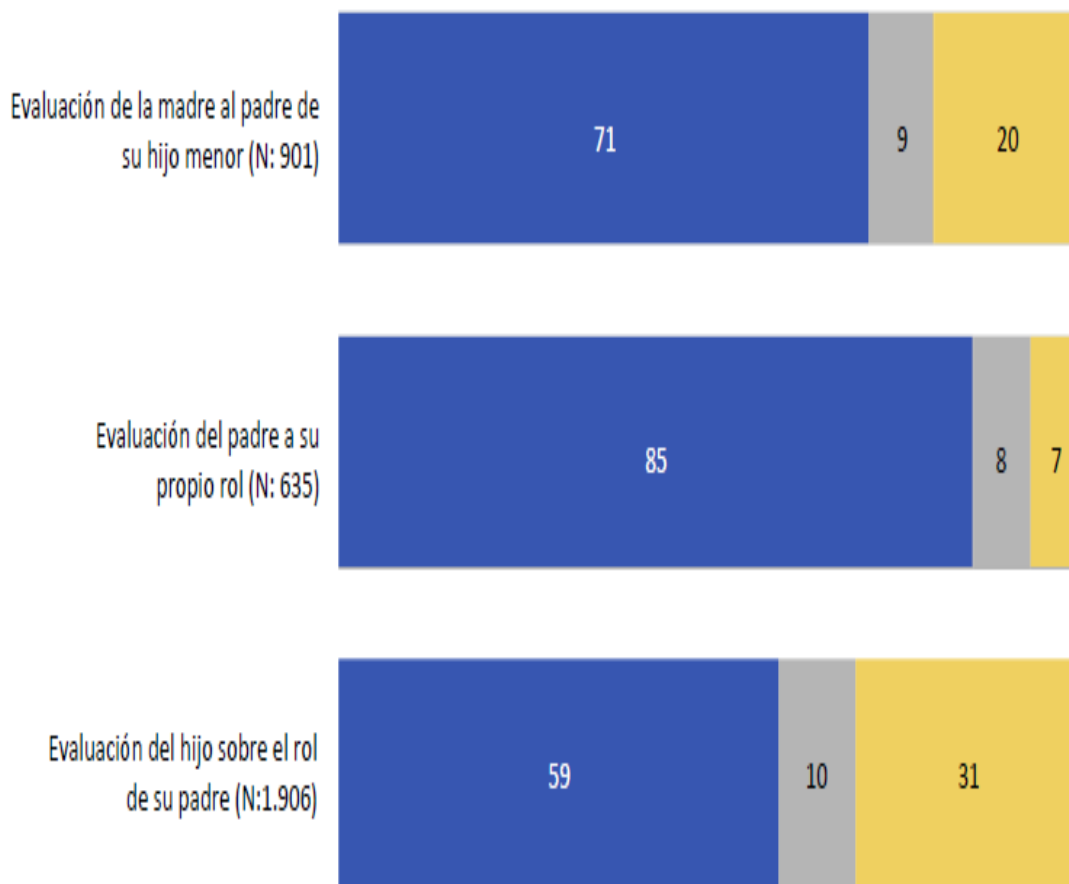
* La diferencia para completar 100% en cada opción corresponde a la suma de las respuestas "no sabe, no contesta"

Síntesis de las evaluaciones de la madre, el padre y el hijo con respecto al rol de la crianza del padre



Encuesta Nacional Bicentenario 2014

■ % Muy satisfecho + satisfecho ■ % Ni satisfecho ni insatisfecho ■ % Muy insatisfecho + insatisfecho



* Las respuestas "no sabe, no contesta" fueron eliminadas del análisis

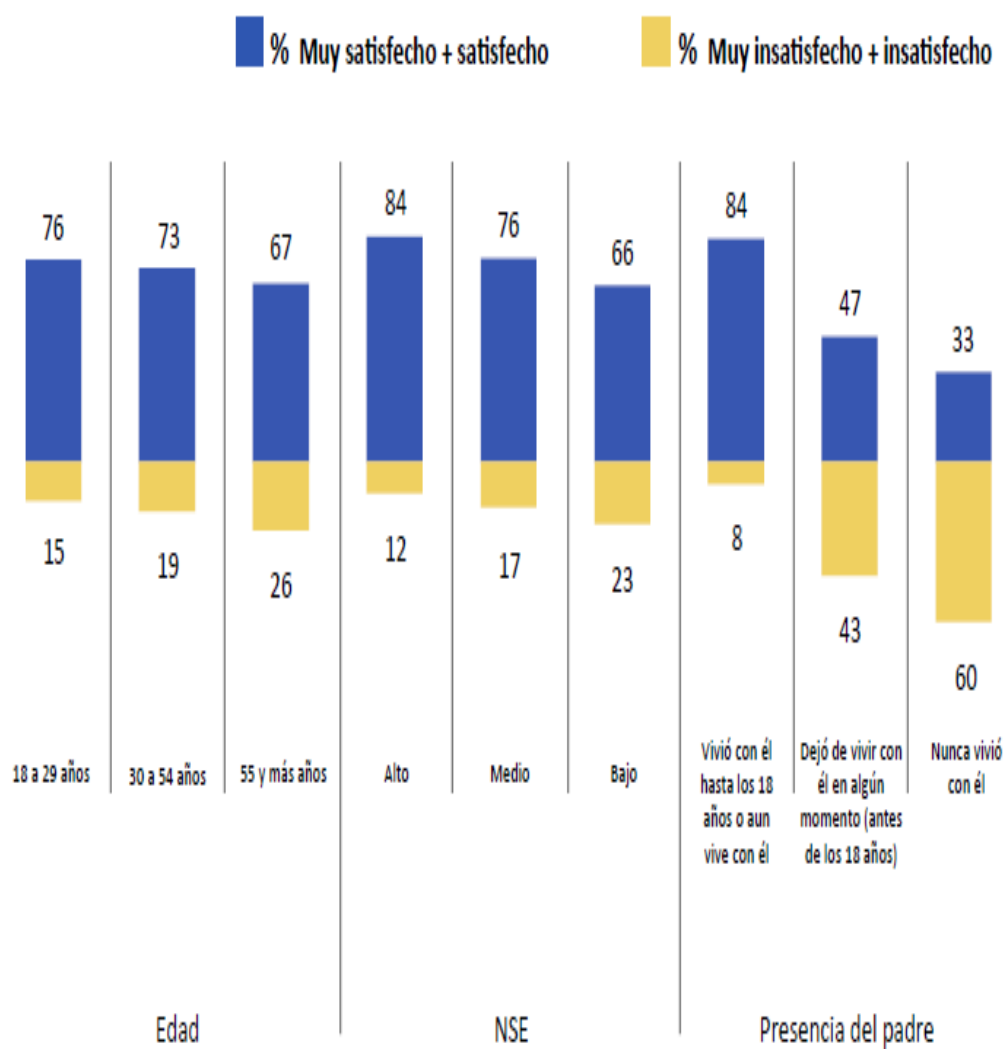
Nivel de satisfacción de la madre del rol del padre en la crianza del hijo menor

BASE: Mujeres que son o fueron madres alguna vez en la vida y cuyo hijo/a conoció al padre.

(Base real: 910 casos)



Encuesta Nacional Bicentenario 2014



* Las respuestas "no sabe, no contesta" fueron eliminadas del análisis. La categoría ni satisfecho ni insatisfecho fue omitida.

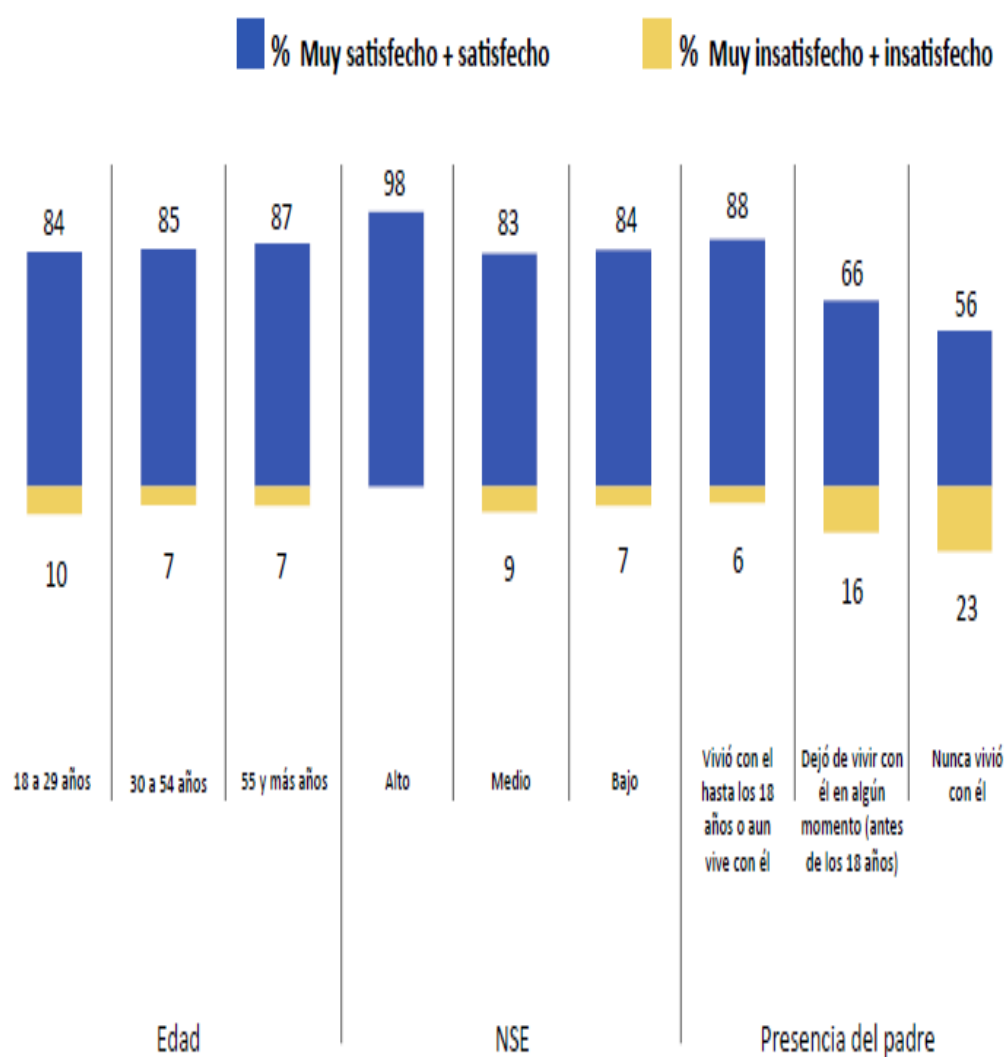
Nivel de satisfacción del padre con respecto a su rol en la crianza del hijo menor



BASE: Hombres que son o fueron padres alguna vez en la vida y que conocieron a su hijo.

Encuesta Nacional Bicentenario 2014

(Base real: 638 casos)



* Las respuestas "no sabe, no contesta" fueron eliminadas del análisis. La categoría ni satisfecho ni insatisfecho fue omitida.

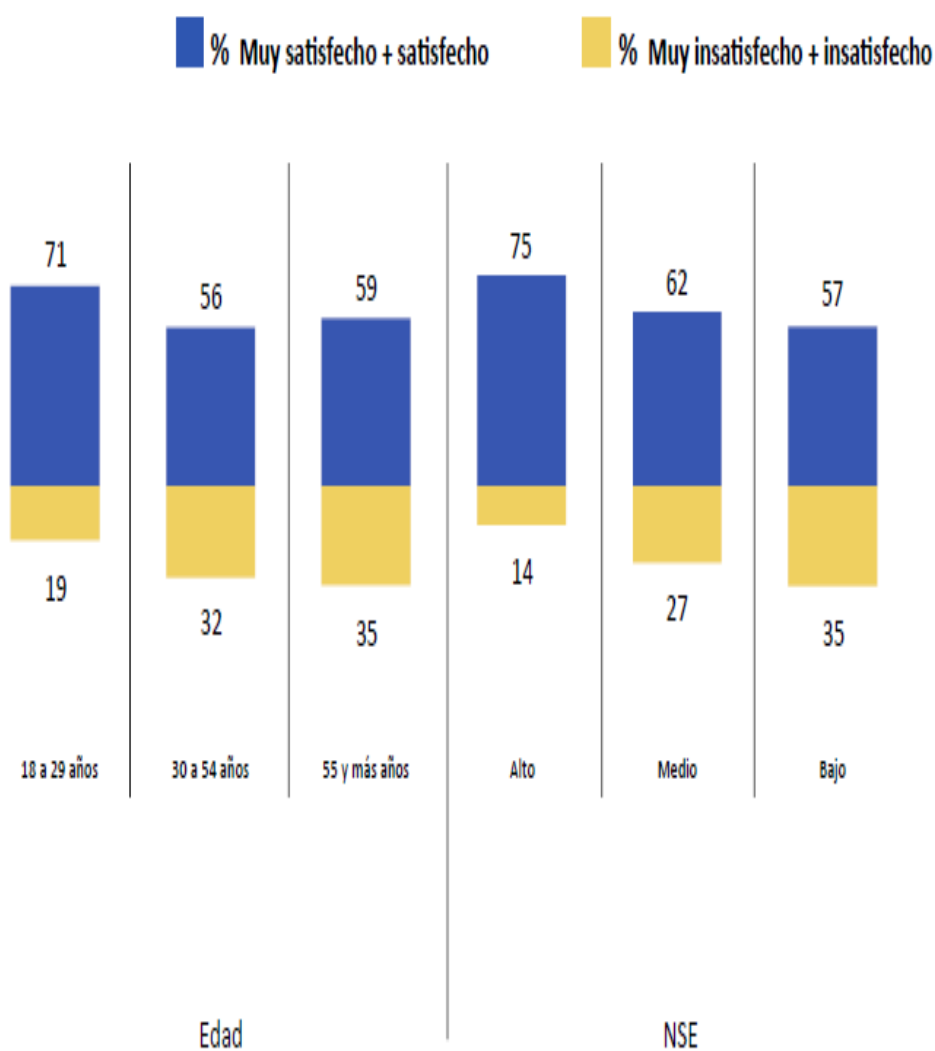
Nivel de satisfacción del hijo con respecto a rol que jugó el padre en su crianza

BASE: Quienes conocieron a su padre.



Encuesta Nacional Bicentenario 2014

(Base real: 1.926 casos)



* Las respuestas "no sabe, no contesta" fueron eliminadas del análisis. La categoría ni satisfecho ni insatisfecho fue omitida.

Evaluación de la paternidad



Encuesta Nacional Bicentenario 2014

El rol del padre en la crianza de los hijos está evaluado en proporciones dispares por la madre (72% de evaluación satisfactoria), el mismo padre (85%) y los hijos (61%).

Los padres salen mejor evaluados respecto de la seguridad económica que lograron brindar a sus hijos y con la educación moral que ofrecieron, pero la satisfacción disminuye con el apoyo emocional y el tiempo que les dedicaron a sus hijos.

Los padres se autoevalúan mucho mejor de lo que lo hacen las madres (-13 puntos porcentuales en promedio) y, sobre todo, los propios hijos donde la disparidad alcanza a -24 puntos porcentuales. Los hijos son los más críticos del comportamiento de sus padres: 1 de cada 3 evalúan insatisfactoriamente el rol que el padre cumplió en su crianza.

Evaluación de la paternidad



Encuesta Nacional Bicentenario 2014

Los jóvenes tienden a evaluar mejor a sus padres que los de mayor edad. ¿Está aumentando la calidad de la paternidad en las nuevas generaciones? ¿O el tiempo tiende a volver más insatisfactoria la evaluación que se hace del padre?

La evaluación de la paternidad es muy sensible al nivel socio-económico: mejora mucho conforme aumenta el nivel de escolaridad o de ingresos de las personas.

La satisfacción con el rol paterno se desploma cuando el padre se ausenta. El padre que ha dejado de vivir con los hijos menores o que nunca ha vivido con ellos, ofrece evaluaciones mucho más insatisfactorias.

