

CORRESPONSABILIDAD PARENTAL: UN CAMBIO DE ENFOQUE RADICAL.

GLORIA NEGRONI YERA *

Hace más de 12 años comenzó a cambiar radicalmente nuestro entorno jurídico judicial a partir de las reformas procesales implementadas en Chile: en primer término, la reforma procesal penal, luego la reforma de la justicia de familia y la laboral.

El estado de cambio constante se ha impuesto en la esfera de lo jurídico-judicial, a partir de un enfoque centrado en la garantía del ejercicio de los derechos de las personas. Sin embargo, que los institutos jurídicos se modifiquen no es ajeno al cambio permanente que observamos en todo ámbito de la vida.

ALGUNAS HERRAMIENTAS DESDE LA FILOSOFÍA

Ya Heraclito, discutiendo respecto del concepto ontológico del ser y el devenir, señala que "no existe en la realidad nada que sea siempre igual, porque lo único real es el cambio", concepto recogido por Nietzsche al señalar que "la realidad no es algo estático, permanente, inmutable; ni la consecuencia de algo estático, permanente, inmutable. Siendo el fruto de la voluntad ha de ser múltiple y cambiante, como aquella. La realidad es devenir; cambio.

La voluntad, el querer; no se somete a lo querido, sino que se sobrepone a todos sus posibles objetos. No quiere 'esto' o 'lo otro', sino sólo su propio querer". Se trata de una voluntad libre y absoluta a la que Nietzsche denomina "voluntad de poder": "es una voluntad vital, expansiva, dominante... una voluntad que se engendra a sí misma y que quiere su propio querer".

Por su parte, los budistas hablan de la impermanencia: "El budismo afirma que tanto nuestra realidad interior como la del mundo externo, están siempre en un estado de cambio permanente. La estabilidad, sea en los átomos, en las cordilleras montañosas, o aun en nosotros mismos es una ilusión. Según la doctrina budista,

* Jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.

ninguno de nosotros es física, emocional ni mentalmente la misma persona que éramos hace años. Ni siquiera hace minutos o un solo instante. Todas las situaciones, todas las entidades, todos nuestros pensamientos y todos nuestros estados de ánimo nacen, ganan fuerza, se deterioran y desaparecen. Somos seres cambiantes en un mundo cambiante. El cambio es inevitable y sin embargo podemos reaccionar frente al cambio de diferentes formas. Para algunos, el cambio puede ser aterrador, intimidante o triste. Para otros, el cambio puede ser excitante y alegre. Algunas veces aceptamos el cambio, otras veces nos resistimos a él¹.

De lo anterior es posible colegir que los cambios se imponen por sí mismos y la actitud que adoptemos frente a ellos dará cuenta del grado de bienestar que seamos capaces de alcanzar, esto es, a mayor aceptación y fluidez más armonía y equilibrio.

Como todo está determinado por la interpretación de la realidad que cada uno haga de los hechos, es importante reconocer la importancia de aprender los cambios, sin embargo, pareciera que centramos nuestra estabilidad en factores condicionantes externos, y por tanto si aquellos cambian, lo interno se mueve y se afecta.

Especial relevancia cobran entonces las modificaciones que se suscitan en el ámbito de los vínculos, los principales referentes afectivos: la familia, y la regulación jurídica que se adopte respecto de dichos institutos.

UN POCO DE HISTORIA

Desde el derecho romano se designó con el nombre de familia el patrimonio de una persona, particularmente el transmitido por herencia. La familia romana se nos revela como nacida para fines de orden y de defensa social, o sea como un organismo político, como un pequeño Estado, con un sistema político económico y religioso cuyo jefe absoluto era el *paterfamilias*.

Era un régimen patriarcal donde el jefe de familia tenía la capacidad absoluta de excluir a sus descendientes por emancipación, de disponer en vida del patrimonio único, de hacer ingresar extranjeros a la familia por medio de la adopción y resolvía todos los asuntos judiciales, religiosos y políticos que se presentasen en la familia.

La familia es sinónimo de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad, o personas que tenían un origen común y estaban ligadas por un vínculo natural—cognación—. Podemos ver que el término de familia, dentro del derecho romano y a través de su tratamiento por autores contemporáneos, tiene acepciones diversas, derivadas básicamente de que la definición se refiera a veces a las cosas o al patrimonio.

En cuanto a la patria potestad, concepto que aún en nuestra legislación prevalece, el derecho romano determinaba que el ejercicio del derecho del *paterfamilias* era privativo a los ciudadanos romanos varones sin pertenecer nunca a la madre. La patria potestad no era modificable en razón de la edad o por el matrimonio de los hijos; mientras hubiese un ascendiente vivo y capaz por vía masculina, a éste era a quien correspondía la patria potestad. Así, por ejemplo, en una familia

integrada por abuelo, hijo, nieto, etc., era el abuelo a quien le correspondía ejercer la patria potestad y sólo al morir éste o al perder su capacidad, el padre adquiría el ejercicio de ese derecho sobre su hijo. Los derechos de la patria potestad incluían además: 1. el derecho de vida y muerte sobre los hijos; 2. el *ius vendendi*, el cual consistía en el privilegio del *pater* de vender a sus hijos, si lo vendía lo hacía esclavo; en caso de no venderlo sino cederlo *in mancipium*, o sea, colocarlo bajo autoridad de otro *paterfamilias* por un tiempo limitado, era considerado cuasi esclavo, o sea, que no perdía su condición de libertad¹.

Se regulan entonces desde el derecho romano, las cosas que pertenecen a las *personas*, entendiendo por tales las que pueden ejercer derechos y contraer obligaciones. Por tanto, el concepto "*persona*" es una categoría estrictamente jurídica que permite que el ser humano entre en el derecho, y mientras no esté en dicha categoría se mantendrá fuera de él, existirá en la naturaleza, pero no como *persona natural o individual*. Tanto es así, que los esclavos no eran sujetos de derecho sino objetos de él, tal como se indica en el párrafo anterior respecto del derecho que tenía el *paterfamilias* de constituir a sus propios hijos en esclavos mediante su venta; o cuasi esclavos, en caso de ser cedidos y quedar bajo la autoridad de otro *paterfamilias*.

La evolución del concepto de familia y de hijo, en nuestra cultura jurídico occidental está basada en los derechos que esta categoría jurídica llamada persona podía ejercer, desde el *paterfamilias*.

El *paterfamilias* era un integrante de la clase social de los patricios. El nombre viene de *pater* (padre), en referencia a que son descendientes de los primeros padres de Roma. En orden a los derechos privados, gozaron de *Ius Connubio*, aptitud legal para contraer matrimonio legítimo (*Ius Nuptiae*); *Ius Commerci*: o derecho de realizar toda clase de negocio jurídico; *Ius Actionis*: o facultad de hacer valer en la justicia sus derechos por medio de una acción (*actio*).

La condición de hijo estaba ligada a los derechos del *pater*, por tanto, sólo podían constituir familia aquellos que gozaban de esa calidad, de lo cual se desprende que el derecho se cimenta sobre la base de la regulación de los bienes a los que pueden acceder aquellos que pueden ejercer derechos sobre esos bienes y contraer obligaciones respecto de los mismos, estimándose como parte de esos bienes o cosas, incluso a otros seres humanos desprovistos de esa calidad jurídica de persona, los hijos y los niños.

Desde los comienzos de la cristiandad, los obispos de Roma, hicieron valer su autoridad religiosa, el Papado fue, poco a poco, reforzando dicha autoridad tanto religiosa y civil, los Papas intervendrán en lo sucesivo como príncipes políticos independientes, a la cabeza de Roma y su población. La jefatura de la Iglesia se convirtió en un verdadero trofeo de la nobleza, y el derecho

¹ Scamnapico, Antonio (s/f), El derecho romano, disponible en: www.ameritalia.it.usb/ve/piazza.studi.storia.002.roma.diritto.htm [fecha de consulta: 14/04/2014].

no estuvo ajeno a esa influencia, motivo por el que en la regulación de la familia y los hijos se mezclan ambas visiones, tanto la patriarcal desde la nobleza como la cristiana.

Es así como en nuestro país, como parte de la Corona española, se aplicaba el Derecho Indiano, cuyas bases se remontan al derecho romano, y las fuentes más importantes del derecho civil en estos territorios estaban constituidas por las Leyes de Toro, el Fuero Real y las VIII Partidas. Las VII Partidas de Alfonso X, el Sabio, es uno de los textos de carácter jurídico que más aplicación tuvo en los Reinos de Indias.

La clasificación de hijos legítimos, ilegítimos y naturales viene de aquella época, luego la naciente República de Chile heredó el derecho que, como reino de España, había tenido hasta iniciar el proceso de independencia. De esta forma, en Chile se siguieron aplicando las leyes provenientes del Derecho Indiano en todo cuanto no fueran contrarias a las nuevas normas y, al no existir modificaciones en las leyes que regulaban las materias relativas a la familia y los hijos, éstas permanecieron vigentes hasta 1857.

Si bien la codificación permitió una nueva y refrescante mirada del derecho, no es menos cierto que los nuevos juristas tuvieron que estudiar y comprender los textos codificados a la luz del derecho romano común, por tanto, su influencia desde la obligatoriedad de su uso en la interpretación, no disminuye.

Lo mismo que en la actualidad, la nueva forma de gobierno centró sus esfuerzos en lo que se consideró las modificaciones más urgentes, en materia de enjuiciamiento, penalidad y algunas leyes civiles como la de 14 de julio de 1814 sobre habilitación de edad y la ley de 6 de septiembre de 1844 sobre matrimonio de los no católicos, postergándose una modificación acerca de otros institutos, lo que solo se materializa en 1855 con la aprobación del Código Civil, el que entró en vigencia el 1° de enero de 1857.

El Código Civil clasifica a los hijos en legítimos o ilegítimos, y a estos últimos en naturales, o de dañado ayuntamiento, o simplemente ilegítimos.

En 1884 la Ley de Matrimonio Civil que regula la secularización del matrimonio constituye un primer paso en cuanto a regular las relaciones de familia, sin embargo, no determinó una modificación de fondo a dicha institución de familia patriarcal que el Código Civil recoge.

La Ley N° 5.521 mejora la regulación de la mujer casada en sociedad conyugal respecto de la administración de los bienes que obtenga producto de su trabajo y la posibilidad de renuncia a los gananciales, y la posibilidad de ejercer la patria potestad en subsidio del padre. Con la Ley N° 10.271 de 1952, se comienza a atisbar la necesidad de igualdad en esta materia, lo que continúa con la Ley N° 18.802 de 1989 que suprime la incapacidad relativa de la mujer casada y la potestad marital, lo que constituye la necesaria antecala de las modificaciones aún en discusión respecto del régimen de sociedad conyugal.

En cuanto a la clasificación de hijos, lo propio ocurrió, en 1935, con la entrada en vigencia de la Ley N° 5.750 sobre "Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias" que introdujo un cambio sustantivo en la clasificación de hijos ilegítimos, ya que desapareció la distinción que se hacía de ellos entre adulterinos, incestuosos y sacrilegos, y los simplemente ilegítimos y, por tanto, se reconoce el derecho para darle el carácter de hijo natural a cualquier niño. Es decir, el origen del niño no podía continuar siendo lo determinante para su clasificación ya que atentaba contra su dignidad, y se trataba de una gran mayoría de niños, hijos de la clase trabajadora y obrera, la cual había adquirido una importancia social y política que no tenía en la época de la entrada en vigencia del Código Civil, clase en la que más abundaban los hijos naturales e ilegítimos. Todo ello como consecuencia de que el artículo 16 de esta ley en su letra b) derogó los artículos 37, 38 y 39 del Código Civil donde se hacía esta distinción, de forma tal que la definición de hijos ilegítimos corresponde a la que señala el artículo 274 inciso 2°, esto es, "aquellos que nacidos fuera del matrimonio, no han sido reconocidos por sus padres como naturales". La Ley N° 5.750 modificó también mediante su artículo 16 el artículo 280 del Código Civil, estableciendo seis casos en los cuales se permitía investigar la paternidad para el solo efecto de que el hijo pueda exigir alimentos del padre.

Resulta especialmente significativo cómo ya en 1935 una ley especial destinada a asegurar el pago de alimentos introduce modificaciones al Código Civil, situación que hasta el día de hoy es resistida por los civilistas. Somos jurídicamente muy cuidadosos de nuestro Código y aún en nuestros días cualquier modificación a dicho cuerpo legal resulta compleja, cuando a estas alturas y luego de esta reseña histórica aparece prístino, que nuestra normativa recibió influencias que aún persisten desde el derecho romano común y posterior derecho romano, castellano-indiano, con todas las modificaciones que la influencia de la Alta Edad Media en vertiente eclesiástica tuvo, y las codificaciones que impactaron, como las Siete Partidas y otros *corpus iuris*, además del Código Napoleónico y otros Códigos de la época.

Finalmente, la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, que reformó el Código en materia de filiación y derechos sucesorios y que tuvo por objeto suprimir la distinción entre hijos legítimos y naturales e igualar la condición jurídica de todos los hijos, al mismo tiempo que abrió la investigación de la paternidad o maternidad regulando la presentación en juicio de las nuevas pruebas biológicas, constituyó un gran avance en términos de superar la discriminación en materia de filiación en función de hechos no imputables a los sujetos, y fortalecer el derecho de identidad, incorporando derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales de derechos humanos a partir de las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar y suscribir dichos tratados. Dicha modificación, junto a la Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil del 2004, constituyen los dos más importantes hitos de regulación en materia de familia, de los últimos 50 años.

CAUSAS PRÓXIMAS DE LA MODIFICACIÓN AL ENFOQUE DESDE EL HIJO/A

Es posible deducir, entonces, cómo desde las primeras regulaciones del derecho hasta nuestros días, los institutos jurídicos que regulan las relaciones de familia, no han sido priorizados, pues sus miembros por sí solos no eran valorados, y los cambios se han suscitado desde la necesidad de los grupos sociales, no necesariamente minoritarios, sino más bien, aquellos despojados de la toma de decisiones, que van requiriendo de regulación para sus relaciones y protección frente al Estado, lo que comenzó a verse más nitidamente en el siglo XX a partir de las graves y masivas violaciones a los derechos humanos en el marco de las guerras mundiales, donde la persona humana aparece despreciada en su esencia.

Es así, entonces, que en las últimas décadas la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, centrando la mirada en los derechos de las personas, ha sido determinante para las modificaciones y el debate en materia de regulación de obligaciones entre personas, padres e hijos, concepción del derecho de familia, divorcio, filiación, adopción, uniones de hecho, violencia intrafamiliar, protección a los niños y otras.

Atendido el deber de cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas al ratificar nuestro país Convenciones de derechos humanos, se hace necesaria la adecuación de nuestro ordenamiento interno. Convenciones como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención para la erradicación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, las cuales contienen disposiciones claras en términos de igualdad de derechos, e igualdad de derechos y obligaciones respecto de los hijos, igualdad de género y respeto por los derechos de los hijos sin perjuicio de las decisiones de sus padres, encontrándose estos en pareja formal o informal, y especial protección y prioridad en su consideración a los derechos del niño; todos ellos son instrumentos fundamentales a la hora de modificar la legislación.

Ya desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), realizada en 1948 después de las dos guerras, se señala que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.* (art. 1) y en el artículo segundo se refiere que los derechos y libertades que la declaración proclama para las personas no admiten distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Refiriéndose en su artículo 25 a la igualdad de los hijos dentro o fuera del matrimonio en cuanto a su protección social, la DUDH señala que *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.*

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) reproduce el artículo 1 de la Declaración Universal, sin embargo, agrega en parte de su preámbulo: *El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.*

En su artículo 24, la CADH plasma la Igualdad ante la Ley y establece que *Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.* Lo propio establece el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que *todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

En cuanto al hombre y la mujer, la DUDH señala que *aquellos en edad núbil tienen derecho a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el mismo y a su disolución* (art. 16), y en el numeral 3 de ese artículo, se establece que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.* Es decir, los conceptos de matrimonio y familia aparecen relacionados directamente, sin embargo, luego la DADH, no trata el concepto del matrimonio, ni el derecho al matrimonio y no lo relaciona con el fundar una familia, al señalar en el párrafo titulado *Derecho a la constitución y a la protección de la familia*, Artículo VI: *Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.*

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su artículo 17 que denomina *Protección a la Familia*, pareciera hacerse cargo de esta distinción efectuada por la DADH entre familia y matrimonio, ya que trata en primer término a la familia, reconociendo la posibilidad que la familia no provenga solo del matrimonio, ya que en el numeral número 1, la define como *el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.* Y luego el numeral 2, posterior a la definición de familia, reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. Y en el numeral 4, señala la obligación de los Estados Partes en cuanto a *tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equitativa 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.* Y finalmente en el numeral 5, indica que: *la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.*

En el mismo sentido, se pronuncia en su artículo 23 el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, respecto en primer término a familia y luego a matrimonio y finalmente a los hijos.

En cuanto a la igualdad de género en lo que refiere a la parentalidad la CEDAW dispone en su artículo 5, que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el objeto de eliminar prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, y garantizar que la educación familiar incluya el reconocimiento de la responsabilidad de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. En el mismo sentido el artículo 16 prescribe que 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, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

Asimismo, la Convención de Belém do Pará, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, establece en su artículo 8 letra b) la obligación de los Estados partes de adoptar en forma progresiva, medidas específicas e inclusive programas para modificar patrones socioculturales estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.

Ambas convenciones exigen la implementación de medidas que contribuyan a la igualdad de los géneros en el ejercicio de derechos en el marco de roles parentales y contribuyen también a la adopción de una legislación que supere la mirada estereotipada de las funciones del hombre y la mujer en cuanto a las relaciones familiares y a la educación y desarrollo de los hijos centrándose en el interés superior de éstos.

En la mirada desde ese interés superior o mejor interés del hijo y del niño, donde todos los hijos tienen los mismos derechos y por tanto sus padres iguales obligaciones, y derechos a su respecto, donde aparece como gran influencia la Convención de los Derechos del Niño.

Desde su preámbulo la Convención de los Derechos del Niño regula los parámetros que se deben tener en cuenta para regular relaciones familiares desde ese enfoque, teniendo presente indica *la necesidad de proporcionar al niño una protección especial enunciada ya desde la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Considerando a la familia como un grupo fundamental de la sociedad y*

medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en especial de los niños, se señala que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y que debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de la paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

En su artículo 3, se indica que en todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial será el interés superior del niño y en el numeral 2 agrega que 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 en primer término. Luego en el artículo 5, se enfatiza en que los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad. El artículo 7 establece el derecho de todo niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Luego se indica su derecho a la identidad y a las relaciones familiares (art. 8); que el niño no sea separado de sus padres y el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (art. 9); y el máximo empeño que los Estados partes pondrán en garantizar el reconocimiento del principio que ambos padres tienen obligaciones comunes en cuanto a sus hijos (art. 18), y el deber de los padres de proporcionar condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño (art. 27).

En todas las normas citadas se indican derechos y obligaciones comunes para ambos padres, la familia ampliada y la comunidad en beneficio del hijo y del niño sin distinción alguna, atendiendo a su interés superior, esto es, a su mejor interés, el que siempre aparece ligado a la necesaria corresponsabilidad. Se pone de manifiesto, entonces, la mirada y el enfoque desde los derechos del niño, por la especial protección que requiere de acuerdo a su condición de vulnerabilidad.

EN LO INTERNO

Nuestra Carta Fundamental reconoce derechos humanos fundamentales establecidos en los tratados internacionales ya mencionados, y es así como señala en su primer artículo que *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, enfatizando que el Estado está al servicio de la persona humana.*

Se incorporan asimismo, a través de nuestra Constitución, dichos derechos establecidos en los tratados internacionales a partir de su modificado artículo 5°, que permite establecer una jerarquía de normas, dándole preeminencia y rango superior, esto es, a juicio de la suscrita, rango constitucional, a aquellas que refieren a derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, al señalar

en su inciso tercero que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes².

En el mismo sentido, en el capítulo de derechos y deberes constitucionales, se plasma la igualdad ante la ley, estableciendo que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

Es así, que nuestro derecho interno en cuanto al derecho de familia, necesariamente se ha ido adecuando a la legislación internacional en materia de derechos humanos a fin de dar cumplimiento a obligaciones internacionales y nuestra ley de tribunales de familia no ha sido la excepción, al establecer el principio de interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído, señalando que la ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran 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 (art. 16 Ley N° 19.968).

Al decir de Miguel Cillero, el interés superior del niño se lee como la garantía del ejercicio y goce pleno y efectivo de todos sus derechos, esto es, todos los reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño, y se trata, entonces, de un imperativo, una clave de interpretación y un límite a las facultades jurisdiccionales.

No siendo suficiente, la inserción del principio del interés superior del niño en la Ley de Tribunales de Familia, al producirse las modificaciones necesarias tanto en materia orgánica, como sustantiva y procedimental a dicha ley, en el año 2008, se incorporó directamente en el Código Civil, como límite al derecho de los padres de corregir a sus hijos, la Convención de los Derechos del Niño, es así entonces que la Ley N° 20.286 introduce en el artículo 234 del Código Civil la siguiente frase: "Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño".

El escenario dado por un nuevo procedimiento en materia de familia, con principios específicos como: el de interés superior del niño, con sus vertientes del derecho del niño a ser oído, y al respeto de sus opiniones conforme a su edad y madurez, lo que Cillero ha denominado como autonomía progresiva; el de colaboración (durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán

alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas, y oficialidad (especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar), y principios aplicables a todas las jurisdicciones reformadas, como la inmediación, la oralidad y la desformalización, ha propiciado no sólo la mayor visibilización de las relaciones de familia y la necesidad de profundizar en la protección y cuidados de la infancia, sino también el cómo en dichas relaciones, los niños, los hijos y sus derechos, deben ser el prisma a partir del cual se resuelvan situaciones que a ellos les afectan y en las que están inmersos por conflictos entre sus padres o adultos responsables, con el fin de aminorar los efectos de dichos conflictos priorizando su mejor interés.

Sin embargo, es importante poner de manifiesto que sólo unos cuantos años antes se planteó una situación muy distinta desde el enfoque, al modificarse el Código Civil en virtud de la Ley N° 19.585, pues en el Mensaje del Ejecutivo que acompañaba el proyecto, en el numeral 5.5 de la historia de la ley, se indica que en relación a la tutela de los hijos de padres que viven separados, se mantiene la norma que entrega el cuidado de los hijos menores a la madre, pero se establece que el juez podrá decidir de otro modo, por motivos calificados, pretendiendo de esa forma corregir, según se indica, distorsiones que generaba la norma según la cual para la madre pierda la tutela, debía ser acreditada su deprivación y consiguientemente versión de los hijos menores, y agrega que, no es posible ignorar que existen muchas otras causas que ameritan el cambio de la regla general y que no son indicativas de tal inhabilidad moral.

Lo anterior deja ver que para la época el enfoque estaba centrado en los adultos y en la mayor o menor habilidad o inhabilidad de los padres para el cuidado de sus hijos, y es por ello que la prueba en este tipo de casos se concentraba en acreditar dicha inhabilidad, lo que hacía del juicio un escenario de lucha encarnizada en que el niño quedaba totalmente invisibilizado y en muchos casos se convertía en el trofeo, o mecanismo de venganza de uno de los padres respecto del otro, se radicalizaban las posiciones y se intentaba dejar de manifiesto que uno de los padres era quien estaba en mejores condiciones de quedarse con el hijo, y el otro era descalificado completamente. Si bien dicha perspectiva de interpretación comenzó a decaer con el correr de los años, al irse instalando la mirada de protección integral de los derechos del niño lo que se estableció con mayor fuerza a partir de la implementación de los nuevos tribunales de familia, era necesaria una modificación legal que impulsara el cambio de enfoque de manera radical hacia los derechos del niño o del hijo/a.

También la Ley de Matrimonio Civil (LMC) ha introducido a través de sus normas, y como consideración primordial, el interés superior del niño y es así como en su artículo 3° dispone que las materias de familia reguladas en dicha ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos. Luego, para la solicitud conjunta del divorcio o separación judicial, se dispone la

² Cfr. Nash Rojas, Claudio (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile*. Facultad de Derecho (Universidad de Chile) - Centro de Derechos Humanos.

presentación de un acuerdo que regule de forma completa y suficiente las relaciones entre los cónyuges y con los hijos comunes, dicho acuerdo debe resguardar el interés superior de los hijos (arts. 21, 27 y 55 LM C)³.

Pasamos, entonces, de un derecho romano común que regula las relaciones, posibilidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, de aquellos considerados personas, los patricios, en que los hijos son parte del patrimonio del *pater familia*, esto es, son cosas, que el *pater* puede vender o ceder, a un derecho que incorpora o vuelve al enfoque desde la persona más vulnerable y menos visible, pero un derecho en el que aún perviven muchas de las normas de nuestro Código Civil, consideraciones de ese romano común-indiano y canónico, pasando por unas miradas de esos hijos con estatus diferenciado, según su origen y la relación de sus progenitores, a hijos y niños, ya no como no objetos valiosos de protección para la sociedad, sino como personas humanas, sujetos de derecho, a los cuales hoy, en el caso de los niños o adolescentes, tanto las normas nacionales como internacionales obligan a su especial protección, cuidado y consideración.

RADICALIDAD DEL CAMBIO DE ENFOQUE HACIA LOS HIJOS

En la reciente modificación legal que se introduce a través de la Ley N° 20.680, que lleva por título *Modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso que sus padres vivan separados*, se plasma precisamente este cambio de enfoque, que resulta radical a la luz de la interpretación de la legislación que hasta ese momento regulaba la temática.

Ya el título de la modificación habla de "Proteger la integridad del menor en caso que sus padres vivan separados", y al definir "Proteger", entendemos según la Real Academia Española, amparar, favorecer, resguardar del peligro; y en cuanto a "Integridad" encontramos que la misma Academia lo atribuye a "aquello que posee todas sus partes intactas".

Si nos referimos al concepto jurídico establecido en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 1 al señalar que se asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, el Tribunal Constitucional ha establecido que "el Constituyente chileno aseguró el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona, pues el derecho a conservar la vida como un todo incluye la posibilidad de exigir que ella no sea menoscaba, física o psíquicamente. De esta manera se trata de dos derechos que, aunque diferentes, se relacionan y complementan de manera inescindible" (Tribunal Constitucional, 18 de abril de 2008, cons. 56, Rol N° 740-07).

³ Cfr. Isler Soto, Erika (2009), "Los principios en la ley 19.947: Análisis y desarrollo", Ars Boni et Aequi, N° 5, pp. 81-114.

Anecdóticamente, es en el momento que se cerraba la discusión del Proyecto de Ley en Comisión Mixta, cuando el senador Hernán Larraín Fernández destaca la necesidad de un cambio en el orden de los incisos del artículo 222 del Código Civil, y es de esta manera como se incorpora expresamente la preeminencia del interés superior del niño en el capítulo de nuestro Código Civil destinado a regular los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, al señalar en su texto actual, que *la procuración fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo harán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades*.

Es así, que se incorpora en el primer inciso del artículo destinado a la regulación de derechos y obligaciones entre padres e hijos, no solo el concepto del interés superior del niño, sino el cómo deben concretar los padres dicha obligación, considerándolo como procuración fundamental debiendo procurar su mayor realización, en primer término, espiritual y luego material posible, sirviéndoles de guía en el ejercicio de sus derechos, resaltando que ellos son los esenciales que emanan de la naturaleza humana, es decir, todos aquellos que consagran derechos humanos, conforme a la evolución de sus facultades, estos, considerando su autonomía progresiva como una de las aristas del interés superior.

Los padres en su condición de guías darán cumplimiento a su obligación de manera conjunta, ya que se habla de ambos padres, en igualdad de condiciones, tal y como se señala en el articulado ya citado, de la Convención de los Derechos del Niño, por tanto, si bien, luego el artículo 224, el cual ya establecía el principio de corresponsabilidad, de manera tácita al señalar que *loca de consumo a los padres, o al padre o madre sobreniente, el cuidado personal de sus hijos acorde con el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño*, agrega, ahora de manera expresa, dicho principio. Señalando que el cuidado personal de los hijos 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.

Se trata, entonces, de derechos-deberes o derechos funciones de los padres, en pro de la satisfacción del bienestar de los hijos⁴.

La modificación deja atrás la mirada desde los adultos, poniéndolos en igualdad de condiciones, especialmente en el cumplimiento de sus deberes parentales, e impone el enfoque desde el hijo, a quien se debe proteger especialmente, amonando los efectos de las decisiones de sus padres, quienes continúan ejerciendo su parentalidad más allá de la vida de pareja.

⁴ Cfr. Acuña San Martín, Marcela (2013), "El principio de Corresponsabilidad parental", RDUCN, vol. 20, N° 2, pp. 21-59.

La norma necesariamente fortalece los vínculos por sobre la concepción de familia tradicional que parecía imponerse como nacida solo desde el matrimonio, y permite superar la diferencia que aún hoy subsiste entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, para comenzar a fortalecer el vínculo filiativo desde las obligaciones parentales.

Muy por el contrario a lo que se discuta sobre esta modificación, esta legislación viene a fortalecer a la familia desde la mirada del niño, para quien sus padres, sus abuelos, sus tíos y primos, no dejan de serlo, por la ruptura de pareja de sus padres, más bien se suman nuevas figuras y nuevos vínculos, las nuevas parejas de los padres, otros hermanos, etc., el entorno afectivo crece en favor del hijo y no se debilita en su perjuicio.

La participación activa, equitativa y permanente, pone de manifiesto la necesidad de colaboración entre los padres, y supera la noción de régimen comunicacional ordinario centrado en un fin de semana por medio y un día o dos a la semana.

Se imponen desafíos en el ejercicio de la corresponsabilidad, tales como el reconocer a ambos padres el derecho a participar de las decisiones más importantes en la vida del hijo/a, y distribuir equitativamente responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales, siempre en función del interés superior del hijo/a, esto es, respetando sus derechos. Los padres se encuentran en mejores condiciones para arribar al acuerdo que resultará más beneficioso para sus hijos, y en esta línea de acción, la intervención judicial, debe relegarse a un segundo plano y funcionar como mecanismo de control. Se requiere comunicación permanente entre los padres, distribución de los tiempos de cada uno de los padres con los hijos, distribución de los gastos en la medida de sus posibilidades económicas, dejándolos fuera de las desavenencias de la pareja, garantizando la permanencia de los cuidados de ambos padres, y con ello un mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas. Es así que en las decisiones importantes se toman en cuenta la opinión de ambos padres, en igualdad de condiciones en cuanto a los aspectos de educación, crianza y cuidado de los hijos, obligando a los padres a conciliar y armonizar sus actitudes personales a favor del mejor y mayor bienestar de los niños, lo que pone a prueba su actitud y aptitud en sus roles parentales⁵.

La corresponsabilidad implica asumir en conciencia, dándose cuenta, responsabilizándose, es decir, haciéndose cargo ambos padres de las consecuencias que cada una de sus decisiones y acciones genera en el bienestar de su hijo, y por eso es una responsabilidad que se comparte, puesto que ambos están llamados a ser guías del hijo en el ejercicio de sus derechos, ambos deben asumir que no hay acciones sin consecuencias frente a los hijos. Por tanto, esa perspectiva también

⁵ Cfr. En relación a la tunción compartida, Gil Domínguez, A.; Pama, M.V. y Herrera, M. (2006), *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Edear, T. I.

permite deducir que en la medida que tengo a otro u otra con quien compartir esa responsabilidad, lo mejor será apoyarse y actuar cooperativamente en el desarrollo de las acciones hacia la finalidad común de procurar la mayor realización espiritual y material posible de los hijos.

A fin de resolver conflictos de interpretación que comienzan a plantearse como desafíos que impone la aplicación del principio de corresponsabilidad desde este enfoque en el niño, resultará fundamental acudir a las OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, las cuales se han pronunciado detalladamente sobre temáticas como la que hoy nos ocupa.

Es el caso de la Observación General N° 7 de 2005, que en su Título IV refiere a las Responsabilidades de los Padres y Asistencia de los Estados Partes, y en su Párrafo 15 establece que "El Comité reconoce que *familia* aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. Y continúa el Párrafo 16, señalando que el artículo 5 de la Convención establece que "la función de los padres es ofrecer dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los *derechos reconocidos en la presente Convención*". Agrega el mismo párrafo que: "En circunstancias normales los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos".

En cuanto a la evolución de facultades, el párrafo 17 lo señala principio habilitador, y lo precisa como referido a "procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos, y cómo esos derechos pueden realizarse mejor", en el mismo sentido, señala que los padres tienen responsabilidad de ajustar continuamente los niveles de apoyo y orientación que ofrecen al niño. Estos ajustes tienen en cuenta los intereses y deseos del niño, así como su capacidad para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Agrega que la evolución de facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión... *Los padres deberían ser alentados a ofrecer una "dirección y orientación" centrada en el niño, mediante el diálogo y los ejemplos, por medios que mejoren la capacidad del niño pequeño para ejercer sus derechos, en particular su derecho a participar (art. 12) y su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14).*

El párrafo 18 toca la temática del respeto a las funciones parentales, y refuerza el contenido del artículo 18 de la Convención, y precisa que los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores y son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación. Repetente muy negativamente en los niños pequeños la negligencia y la privación de cuidados parentales adecuados; la atención parental en situaciones de gran presión maternal o psicológica o de salud mental menoscabada; atención parental en situación de aislamiento; la atención que es incoherente, acarrea conflictos entre los padres o es abusiva para los niños; situaciones en las que los niños experimentan trastornos en sus relaciones (incluso separaciones forzadas), o atención institucional de escasa calidad.

De reforzar el que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, se ocupa el párrafo 19; reconociéndose a padres y madres como cuidadores en pie de igualdad (art. 18.1. Convención). El Comité observa que los modelos familiares son variables y cambiantes y existe una tendencia global a una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños. Reconoce, asimismo, que relaciones estables y afectuosas en combinación de madre, padre, hermanos, abuelos y otros miembros de la familia ampliada, profesionales especializados en atención y educación del niño, aportan a la realización de los derechos del niño y que diversos modelos familiares pueden ser compatibles con la promoción del bienestar del niño. Las separaciones y reconstituciones familiares repercuten en la primera infancia y las presiones económicas influyen en los niños, por ejemplo, cuando uno de los padres se ve obligado a trabajar lejos de su familia o comunidad. Y es por ello que, en sus párrafos 20 y 21, la Observación puntualiza en la necesidad de asistencia a los padres, representantes legales y familias ampliadas en el desempeño de sus responsabilidades de criar a los hijos (arts. 18.2 y 18.3), ayudando a los padres a ofrecer las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño (art. 27.2) y garantizando que los niños reciban a protección y cuidado adecuados (art. 3.2). Y refuerza, también, la necesidad de un *enfoque integrado* que incluiría intervenciones que repercutan indirectamente en la capacidad de los padres para promover el interés superior del niño, por ejemplo, prestaciones, vivienda adecuada, horarios de trabajo, educación de los padres, servicios de atención perinatal para madres y lactantes, educación de los padres, etc.

Hacia ese fin parecen estar orientados algunos de los criterios establecidos en el artículo 22.5-2, pues se indica que en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente criterios como *la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; la contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo; la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la*

máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.

Si uno de los padres, en el juicio de cuidado personal exclusivo, puede generar convivencia en el magistrado en torno al cumplimiento de los requisitos señalados, es altamente probable que estará en condiciones de llegar una solución colaborativa en beneficio del niño, puesto que habrá demostrado verlo y priorizarlo por sobre consideraciones de índole personal, desradicalizando su posición, salvo que precisamente en interés superior de un niño en un caso concreto no sea conveniente un acuerdo en relación al ejercicio de la corresponsabilidad.

La visión desde el interés superior del niño se nutre hoy a partir del fallo Atala e hijos contra el Estado de Chile, que contiene directrices claras para nuestro país, y refuerza los criterios contenidos en la Observación General N° 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado.

En cuanto al fallo, la Corte Interamericana Derechos Humanos señala que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (párrafo 109).

Asimismo, el citado fallo se pronuncia acerca del derecho a ser oído que forma parte esencial del concepto de interés superior que permite darle concreción y asegurar el ejercicio de su derecho a manifestar su opinión en cualquier asunto que le afecte y a que su opinión sea tomada en cuenta conforme a su edad y madurez o a la evolución de sus facultades, (autonomía progresiva), señalando que dicho derecho a ser oído debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, con el objeto que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino (párrafo 196). En el mismo sentido, refiere en el párrafo 197 a la *Observación General N° 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas que resalta la relación entre interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afectan su vida”.*

El fallo precisa en el párrafo 198 los términos descritos en el citado artículo 12 de la Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser

capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto"; iii) "el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado"; iv) "la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias"; v) "la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso"; y vi) "los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica", por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de "la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente".

En cuanto a la autonomía progresiva, la Corte señala que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, y establece que el aplicador del derecho, administrativo o judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto (párrafo 199).

Finalmente, en el párrafo 200 se establece que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones.

Por su parte, es importante dejar plasmado los criterios específicos que la Observación General N° 12 (2009), denominada *El derecho del niño a ser escuchado*, los cuales refieren específicamente a los casos de divorcio y separación, y es así que en su párrafo 51 señala que: *En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El*

MATIAS UDEJOA.

juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al "interés superior del niño". Luego se establece que toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño.

Es posible afirmar, entonces, que a partir de la modificación del artículo 222 y siguientes del Código Civil, el enfoque desde el interés superior del hijo se impone como una prioridad de los intervinientes y debe concretarse en cada uno de los casos, tomando en cuenta las directrices especiales revisadas, pues de esa manera se cumple con el deber de respeto y garantía de los derechos consagrados en tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile y se propicia que el Estado no vuelva a incurrir en responsabilidades internacionales por incumplimiento de obligaciones derivadas del cumplimiento de dichas Convenciones.

La modificación introducida por la Ley N° 20.680, fortalece también la resolución del conflicto mediante el acuerdo, dándole prioridad al mismo, de tal manera que si los padres quieren asumir un régimen de cuidado compartido, sólo lo pueden regular mediante un acuerdo, el juez no podría imponérselos. Si bien la modificación es muy reciente, junio de 2013, hoy a 10 años de la publicación de la Ley de Matrimonio Civil, las cifras hablan de un 62% de causas de divorcio tramitadas bajo la modalidad de divorcios de común acuerdo, lo que da cuenta de una sociedad que comienza a percibir los beneficios de la solución de sus conflictos vía los acuerdos, tanto respecto de la oportunidad de los mismos, ya que la solución colaborativa es más rápida, como por la disminución de la adversarialidad y la confrontación entre las partes, ya que para el niño la familia continúa a través de cada uno de sus padres y mediante ellos con sus respectivas familias extensas, los vínculos se refuerzan con los acuerdos y se debilitan o destruyen a través de los juicios.

Las diversas concepciones de familia, entonces, adquieren legitimidad para dar cabida a esa preocupación fundamental que es el interés superior de los hijos, o el del niño, respecto de los que ejercen roles parentales, hoy sin distinción por género, buscando a través de los criterios que se establecen en el artículo 225-2, cómo hacer concreto el mandato del legislador interno e internacional en materia del respeto de derechos esenciales.

Todos los criterios apuntan al ejercicio de una parentalidad sana, se incorporan conceptos psicosociales que deben nutrir necesariamente los conceptos jurídicos cuando hablamos de vínculos y relaciones de familia que se fortalecen o se debilitan conforme a la interpretación que se haga del ejercicio de la parentalidad.

En esta tarea el principio de colaboración que informa los procedimientos ante tribunales de familia resulta fundamental, puesto que es precisamente en el enfoque colaborativo de los padres, en igualdad de condiciones, donde anida más cómodamente la coresponsabilidad.

Cuando miramos desde el niño, desde nuestro hijo, en beneficio de su interés superior, no se puede pretender eliminar a una de las figuras parentales, puesto que cada uno de ellos resulta ser un pilar fundamental en la estructura de su personalidad, tanto si está presente o ausente, puesto que nuestra identidad se conforma de lo que cada figura representa para cada uno de nosotros, y en la medida que ambos tengan cabida, finidez y armonía en la vida de los hijos, más sano será ese adulto que se está formando y más estaremos respetando ese mejor interés.

Hoy, ante una ruptura puede parecer muy complejo el ejercicio de la coresponsabilidad, pero en la medida que asumimos la importancia del otro padre en la vida de nuestro hijo, vamos reconociéndolo en su integridad, y nos vamos reconociendo en nuestra propia historia familiar, podemos verlos, ver a nuestro hijo y sólo en esa medida, guiarlo en el ejercicio de sus derechos, cumpliendo con nuestro deber y preocupación fundamental.

En este marco entonces, y frente a discusiones puntuales en cuanto a la aplicación de las modificaciones, mirando la coresponsabilidad desde el enfoque de los ojos del niño, resulta menos complejo definirse por una línea determinada. Es así, por ejemplo, que frente a preguntas tales como si es posible demandar un padre al otro para hacer efectivo el principio de coresponsabilidad, y poder participar ambos, activa, equitativa y permanentemente en la crianza y educación de los hijos, es complejo no inclinarse por la afirmativa, en términos de una demanda cuyas peticiones debieran ser concretas y tendientes a reforzar la actividad parental de ambos padres, ya que siendo un principio que debe concretarse, es precisamente el ejercicio jurisprudencial, la actividad de los litigantes y la dogmática académica, la que irá desarrollándose con miras a dar efectividad al principio en atención al interés del hijo que lo requiere, especialmente en cuanto a las decisiones más importantes en la vida del hijo/a, sin perjuicio del ejercicio del principio de colaboración que permite las salidas no adversariales. Por ejemplo, será una forma de concretar el principio el solicitar que el colegio al que asiste el hijo/a informe a ambos padres de las actividades desarrolladas, evaluaciones, resultados, asistencia, etc.

Otros cuestionamientos se han referido a la posibilidad de regular un régimen comunicacional cuando se ha acordado cuidado compartido, lo que parece claro, si el acuerdo contempla más de una semana con uno u otro de los padres, y aun cuando se regule menor tiempo, parece no ser excluyente el ejercicio del derecho del niño a mantener contacto regular y directo con ambos padres. Mismo razonamiento en el caso de los alimentos. Y es en este punto en que las dudas aumentan, ya que pareciera que el ejercicio del cuidado compartido o tan sólo del principio de coresponsabilidad distorsiona la noción clásica que albergamos respecto de este concepto, cuando lo real es que habrán situaciones que exigirán revisión en aras a

la equidad y otras en las que se mantendrá la regulación judicial o extrajudicial que se maniere, puesto que desde el enfoque del niño y sus derechos, sus necesidades deben proveerlas sus padres, y si no hay grandes cambios en las circunstancias económicas que vengán aparejadas de una modificación sustancial en el ejercicio de los cuidados, no debiera modificarse lo relativo a este punto. Si dejar en claro, en el acuerdo regulatorio, cómo se llevará a efecto el régimen y cómo se pagarán o proveerán las necesidades económicas del niño, son condiciones básicas que a mayor claridad en la regulación, mayor facilidad para obtener su cumplimiento, entendiendo además, entonces, que es posible demandar el cumplimiento de lo acordado aun cuando se haya tratado de cuidado compartido, ya que se trata siempre de proteger el ejercicio de los derechos del niño y no de restringirlo.

Frente a la necesidad de pronunciarse respecto al procedimiento de entrega inmediata al que se acude cuando uno de los padres que detenta el cuidado personal se ve privado del mismo por una situación *de facto*, parece ser que recurrir al mismo, no resulta contradictorio con las nuevas normas, especialmente en casos de hijos más pequeños o con menor autonomía progresiva, ya que no resultaría acorde con el interés superior, privar de esta acción al padre que lo requiriera y al hijo de la posibilidad, acceso y cumplimiento de lo regulado o pactado. En este caso resultará necesario acreditar la convivencia a la que se refiere el inciso tercero del artículo 225 con el padre que incoó el procedimiento de entrega, por tratarse de un procedimiento que requiere premura y que debiera constar de esa sola y única audiencia, puesto que de otro modo, estaríamos ante un juicio de lato conocimiento, en que podría discutirse y fallarse en el fondo una alegación relativa a la legitimación activa del padre o madre demandante, o incidentalmente con necesidad de prueba, si se requiere, no así en examen de admisibilidad, ya que ello podría implicar decidir el fondo.

En el mismo sentido, siempre desde el niño y conforme también a la autonomía de la voluntad, parece procedente someter a la aprobación judicial una mediación en la que se ha regulado cuidado compartido, examinando el fondo sin desechar en admisibilidad, a pesar de que el primer párrafo del artículo 225 no lo mencione, puesto que queda clara la intención del legislador en torno a fomentar y favorecer los acuerdos entre los padres, siendo la mediación una de las fórmulas que se contemplan para alcanzar estos acuerdos.

VISIÓN INTERDISCIPLINARIA: DESAFÍO QUE SE IMPONE

Las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680 contienen variados conceptos que, si bien tienen un componente jurídico, claramente será necesario ir dotándolos de contenido psicosocial que guarde relación con el interés superior del niño, del hijo, de la familia, etc. Conceptos o criterios que permitan ponderar acabadamente los conflictos familiares, tales como: "*participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos*", "*sistema que*

asegure su adecuada estabilidad y continuidad”, “vinculación efectiva”; “entorno adecuado”, “la opinión de los padres para garantizar el bienestar del hijo”; “la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo”; “dedicación efectiva”; “contacto periódico y estable”; “relación sana y cercana”.

Es en el marco de los procesos judiciales en los que se dirimen conflictos familiares, en los que la psicología, la sociología, la asistencia social, neurología y otros saberes, confluyen con el derecho asumiendo enormes dificultades de forma y fondo para intentar dar respuesta, con exactitud científica y eficiencia metodológica, a las demandas y requerimientos de las personas afectadas. Si se entiende el derecho de familia como una especialización que se encierra en sí misma sin permitir su integración con una problemática global promueve un paradigma de fragmentación del humano en vez de abordarlo desde un ente totalizador, por el contrario, la extensión del derecho a otras disciplinas y saberes nutre y complementa una comprensión del ser humano integral, y permite decisiones judiciales más acertadas.

“Las crisis de conjugalidad o parentalidad están muy comprometidas desde lo emocional para las personas involucradas, ya que la familia, en tanto ámbito natural donde se dirimen dichas funciones, es sostenedora de expectativas y proyectos vitales, de allí que su constitución como su desintegración importan un impacto psíquico que el derecho no puede ignorar y que diferencia al derecho de familia de otras especialidades jurídicas, imprimiéndole al proceso judicial un patrón alterante de complejidad. Es por ello que la capacitación científica especializada y el entrenamiento interdisciplinario son aspectos técnicos objetivos para la resolución de los litigios familiares”⁶.

Es en este contexto en que el trabajo interdisciplinario cobra especial relevancia, ya que ofrece la posibilidad de un enriquecimiento profesional, creándose un área común, a partir de la interacción de sistemas como la familia que consulta, los abogados de familia consultados, la profesional desde el área psicosocial que interactúa con los abogados, y el juzgado de familia (con la asesoría del Consejo Técnico) que dirige el conflicto.

A través de conversaciones interdisciplinarias se va configurando el territorio del encuentro y el objetivo es analizar los conflictos familiares desde diferentes perspectivas para buscar caminos alternativos, encontrar recursos y opciones y ampliar la red profesional y familiar a través de un enfoque sistémico, relacional y comunicacional en que los seres humanos son considerados seres relacionales en contexto, organizados en sistemas socioculturales con creencias y valores configurados por sus propias narrativas, desde una premisa del ser constructor-creador

⁶ Ch. López Faura, Norma (2009), *Derecho y Psicología: una articulación pensante en los procesos de familia. La familia en el nuevo derecho*. Aída Kamelmajer (Dir.), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. I.

de realidades. Desde esa premisa es posible focalizar las propias observaciones de acuerdo con las distinciones que uno hace y de acuerdo con la teoría que elige. Por ejemplo en un sistema conyugal en conflicto, es posible distinguirlo y analizarlo en relación a diferentes contextos, en relación a ambas familias de origen, y sus diferentes culturas, reducir el sistema a la pareja en conflicto y observarlo en relación al contexto socioeconómico del país, con los valores y principios de cada miembro de la pareja con los conceptos que ambos tienen del género, etc. Si no es posible elegir que en cuanto humanos, estamos limitados por nuestra biología para acceder perceptual y neurofisiológicamente al mundo externo llamado realidad, aceptaremos también que somos, hemos sido y seremos constructores de múltiples realidades en consecuencia, ningún ser humano puede tener capacidad de acceder y poseer una única verdad y por lo tanto imponerla a los demás, lo que implica la posibilidad de una convivencia en el respeto por la legitimidad de los derechos de cada ser humano. De esta manera, es posible construir respeto por las opiniones de cada persona aun cuando difieran de las propias, respeto por lo que a cada persona le sucede. Se trata de una apertura a un nuevo paradigma que intenta el acceso a una cosmovisión que promueve y estimula la flexibilidad y la complejidad en el percibir, sentir, pensar y actuar⁷.

CONCLUSIONES

Si bien los cambios parecerían a veces complejos, si miramos la filosofía, la historia y las regulaciones jurídicas, nos damos cuenta cómo esos cambios han propiciado una mirada más igualitaria, más humana de lo que son nuestras relaciones, sin la necesidad de definirlas conforme a reglas externas, sino más bien en un retorno a lo que somos en esencia, seres humanos interdependientes, en un mundo en que nadie sobra y en que todos podemos construir una realidad mejor, en acuerdos, en armonía, asumiendo cada uno su responsabilidad, guiando a nuestros niños desde este ejemplo, y ojalá dejando atrás las diferencias y posiciones radicalizadas, que nos hacen creer que en el mundo están ellos y en otra posición muy lejana y distante, nosotros, cuando estamos en verdad todos.

El interés académico que genera actualmente el debate respecto a estas materias, se aprecia como un avance significativo en la perspectiva de visibilizar la importancia de las consecuencias que conlleva la aplicación práctica de nuestra reciente normativa de familia, lo que releva un interés dogmático creciente en las instituciones del derecho de familia, a fin de establecer una discusión seria y profunda del significado e importancia de las instituciones, avanzando a través del desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia hacia un abordaje más sistémico e

⁷ Ch. Autorán, Sara Beatriz (2009), “Espirando las semillas. Un territorio para la interdisciplinariedad”. *La familia en el nuevo derecho*. Aída Kamelmajer (Dir.), Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, T. I.

integral que permita visibilizar de mejor manera las necesidades y requerimientos de nuestra sociedad en la conceptualización interdisciplinaria de nuestras instituciones de familia.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña San Martín, Marcela (2013), "El principio de Corresponsabilidad parental", RDUCN, vol. 20, N° 2, pp. 21-59.
- Gil Domínguez, A.; Fama, M.V. y Herrera, M. (2006), *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, T. I.
- Isler Soto, Enka (2009), "Los principios en la ley 19.947: Análisis y desarrollo", Ars Boni et Aequi, N° 5, pp. 81-114.
- Jutorán, Sara Beatriz (2009), "Esparciendo las semillas. Un territorio para la interdisciplina". *La familia en el nuevo derecho*. Aída Kemelmajer (Dir.), Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, T. I.
- López Faura, Norma (2009), *Derecho y Psicología: una articulación pendiente en los procesos de familia. La familia en el nuevo derecho*. Aída Kemelmajer (Dir.), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. I.
- Nash Rojas, Claudio (2012), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile*, Facultad de Derecho (Universidad de Chile) - Centro de Derechos Humanos.

LA REFORMA DE LA PATRIA POTESTAD POR LA LEY N° 20.680:
UNA REVISIÓN TODAVÍA INCONCLUSA

PABLO CORNEJO AGUILERA*

1. INTRODUCCIÓN

Desde el pleno restablecimiento de nuestra institucionalidad democrática, el Derecho de familia chileno ha experimentado profundas transformaciones, las cuales han terminado por reemplazar el antiguo edificio construido por don Andrés Bello: dejando de lado una antigua visión jerárquica, la actual regulación de las relaciones familiares refleja cada vez más una nueva aproximación, estructurada en torno a las ideas de igualdad y solidaridad entre sus miembros¹, quienes comparten sus vidas. Esta idea ocupa un lugar fundamental a propósito de las relaciones paterno-filiales, donde la familia aparece como un espacio de protección de los niños, personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad en razón de su edad, por parte de sus padres, quienes asumen ciertas funciones tutivas sobre la persona y los bienes del hijo, en beneficio de este último. En este contexto, el interés superior del niño funciona como una guía general que debe justificar toda decisión que los concierne, de una manera acorde con los imperativos

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Becario gobierno suizo para estudios de postgrado. Actualmente cursando Master, Droit international et comparé, Universidad de Lausanne. Académico del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: pabloandres.cornejoaguilera@unil.ch. Dirección postal: General Jofré 100, departamento 308, Santiago. Número de teléfono: 0228801375. Mis agradecimientos a la profesora María José Arancibia Ojeda por sus valiosos comentarios.

¹ Si bien generalmente se destacan los deberes que corresponden a los padres respecto de sus hijos, no debe olvidarse que existen al menos dos instituciones que dan cuenta de la existencia de una solidaridad familiar que opera en sentido inverso: los alimentos debidos a los ascendientes (art. 321 N° 2 CC) y el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo no emancipado (art. 252 CC), cuyo sentido consiste en la contribución de las rentas de los bienes del hijo al levantamiento de las cargas de familia. Sobre este último punto, Rodríguez Pinto, María Sara (1998), "Una relectura de la patria potestad como función tutiva sobre la persona y los bienes de los hijos", *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, Universidad de Talca, p. 78.