

COMITÉ EVALUACIÓN DE LA LEY/OCDE
CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE

Lorenzini Basso, Pablo (Presidente)

Hernando Pérez, Marcela

Kort Garriga, Issa

Monsalve Benavides, Manuel

Núñez Arancibia, Daniel

Pérez Lahsen, Leopoldo

Santana Tirachini, Alejandro

Santibáñez Novoa, Marisela

Sepúlveda Orbenes, Alejandra



Enero, 2020

DEPARTAMENTO EVALUACIÓN DE LA LEY

Maryan Henríquez Ayala

Milenka Kegevic Romero

Paulina Maturana Arancibia

Milena Morales Bonich (colaboradora)

EDICIÓN

Milenka Kegevic Romero

Paulina Maturana Arancibia

IMPRESIÓN

Unidad de Diseño y Publicaciones de la Cámara de Diputados

Evaluación 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.

Es una publicación del Departamento Evaluación de la Ley/OCDE de la Cámara de Diputados de Chile.

ISBN 978-956-7699-33-9

Avenida Pedro Montt s/n Valparaíso

Teléfonos (56-32) 2505424 – 2505137

www.evaluaciondelaley.cl

PRESENTACIÓN PRESIDENTE DE LA CÁMARA DIPUTADOS DE CHILE

El año 2013 se publica 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”. A este cuerpo legal también se le conoce como “Ley Amor de Papá”, en atención a la organización que la impulsó y que lleva el mismo nombre.

La Ley tiene por objeto aplicar el *principio de corresponsabilidad*, el que busca promover que tanto padres como madres que viven separados, participen en forma activa, equitativa y permanente en el cuidado, la crianza y la educación de sus hijos e hijas. Asimismo, ésta visibiliza e impulsa el *principio del Interés superior del niño*, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño; con la finalidad de garantizar un desarrollo integral y una vida digna para niños, niñas y adolescentes (NNA).

El presente informe, recogió los principales cambios introducidos a través de la publicación de la norma. Para tales efectos además de considerar el reconocimiento del *principio de corresponsabilidad*, se analizó la eliminación de la obligatoriedad de que NNA deban quedar bajo el cuidado personal de la madre; la entrega de herramientas para establecer un régimen de cuidado personal compartido; y el establecimiento de criterios para ser ponderados por los jueces de familia, en la determinación del régimen y el ejercicio del cuidado personal del hijo o hija, destacándose la opinión expresada por ellos.

Es preciso reitar que dichos cambios corresponden a modificaciones realizadas al Código Civil, centrando el estudio por tanto, en determinar si éstos dan cumplimiento a los objetivos esperados por el legislador al momento de dictar la norma.



Cabe destacar que, antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.680 las expectativas que tenía la ciudadanía de ésta, eran superiores a las alcanzadas con su publicación y posterior implementación; razón que motivó la solicitud de su análisis al Comité de Diputados del Departamento de Evaluación de la Ley/OCDE.

La labor de la Cámara de Diputados y Diputadas es acoger las inquietudes y preocupaciones provenientes de la ciudadanía y es por lo anterior que, iniciativas como éstas son respaldadas por las autoridades de la Corporación a fin de dar cumplimiento con las exigencias que nos demanda la población chilena.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Iván Flores García'.

H.D. IVÁN FLORES GARCÍA

Presidente de la Cámara de Diputados.

PRESENTACIÓN PRESIDENTE DEL COMITÉ EVALUACIÓN DE LA LEY/OCDE

La dictación de la Ley N°20.680, nace de la necesidad de actualizar la legislación chilena, adaptarla a la nueva configuración de las familias del país, y así aproximar la norma a lo establecido por los instrumentos internacionales ratificados por Chile.

En razón de esto, su evaluación viene corroborar si el contenido de la Ley es suficiente para tratar materias de corresponsabilidad, como un principio facilitador de un esquema equitativo y participativo de las funciones parentales, protegiendo así la integridad de los NNA en caso de que sus padres vivan separados.

De tal modo, y en atención a las expectativas que su publicación había generado en la ciudadanía, el informe concluyó entre otros aspectos que éstas hasta a la fecha no han sido alcanzadas, debido, principalmente, a que la cultura nacional continúa en el proceso de superar los roles tradicionales asignados a madres y padres en el funcionamiento de la dinámica familiar.

Otro de los aspectos identificados durante el estudio, guarda relación con el conocimiento que tiene la población sobre la Ley N°20.680, advirtiendo que los conceptos utilizados en ella generan confusión en la ciudadanía, ignorando los derechos y deberes que entrega la norma, lo que podría vulnerar el *principio de interés superior del niño*.

Este punto fue uno de los primeros temas que se abordó durante la ejecución de los focus group para el levantamiento de información en la Fase II. de la metodología de investigación del Departamento de Evaluación de la Ley/OCDE, relativa a la percepción ciudadana.



Es relevante indicar que bajo este contexto, existe un arduo trabajo por parte de los intervinientes de la Ley en implementar durante el proceso de determinación del cuidado personal que tanto padres como madres se involucren en el cuidado, la crianza y la educación de sus hijos o hijas, con miras a proteger y garantizar el *principio de interés superior del niño*.

Los estudios que elabora el Departamento de Evaluación de la Ley/OCDE, facilitan, a través de espacios participativos, el acercamiento de la ciudadanía a la labor parlamentaria. En este sentido, la Unidad propició el debate para que la comunidad discutiera conceptos relacionados con la corresponsabilidad parental, para enriquecer el presente informe.

H.D. PABLO LORENZINI BASSO

Presidente Comité de Evaluación de la
Ley/OCDE.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA EVALUACIÓN DE LA LEY N°20.680	8
CAPÍTULO II. CIFRAS NACIONALES EN EL CONTEXTO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL	16
CAPÍTULO III. MARCO NORMATIVO DE LA LEY N°20.680.....	30
CAPÍTULO IV. INSTITUCIONALIDAD.....	54
CAPÍTULO V. PERCEPCIÓN CIUDADANA.....	74
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	96
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102

INTRODUCCIÓN

La evaluación de la Ley N°20.680 fue solicitada vía oficio al Departamento de Evaluación de la Ley/OCDE, por el H. Diputado Manuel Monsalve, impulsada por la organización “*Amor de Papá*”, con el objeto de identificar las posibles falencias que haya tenido la implementación de la norma.

El presente estudio buscó determinar si las modificaciones al Código Civil, realizadas por medio de la normativa en comento, cumplieron con los objetivos esperados por el legislador al momento de dictar la norma, a saber: promover el principio de corresponsabilidad con miras a garantizar el principio del interés superior del niño; resguardar el principio de igualdad de los padres ante la ley; entregar herramientas para determinar de común acuerdo el cuidado personal de los hijos al padre, a la madre o a ambos en forma compartida; entre otros.

En razón a lo anterior, el estudio centra su atención en el ejercicio del principio de corresponsabilidad parental, en el conocimiento de la ciudadanía sobre las implicancias que éste tiene, y en la aplicación del mismo por parte de las instituciones que intervienen en el proceso de determinación del cuidado personal compartido.

Para el desarrollo de aquellas materias, la investigación se estructuró en base a un análisis de las cifras nacionales en el contexto de corresponsabilidad parental; al estudio del marco normativo de la Ley N°20.680, en consideración a boletines atinentes a los principios de corresponsabilidad parental e interés superior del niño, y a tratados internacionales ratificados por Chile.

Asimismo, el informe se encuentra sustentado en el trabajo que desarrolló el Departamento con los entrevistados relacionados con la materia, la mayoría de éstos son parte activa de los procesos de determinación judicial para el establecimiento del régimen de cuidado personal compartido.

Un acápite relevante en este estudio, lo constituye la percepción ciudadana, aspecto que considera la evaluación que hace la población sobre el impacto de la norma respecto de cómo los padres llevan el cuidado, la crianza y educación de sus hijos e hijas.

Con lo anterior, se propone visualizar los impactos o efectos no previstos al legislar, además de constatar cómo las instituciones interpretan y operan la norma. De ese modo, la evaluación efectuada, aporta en su última fase, conclusiones y recomendaciones a este instrumento legal para de ese modo realizarle medidas correctivas en caso que proceda.

Finalmente, es preciso señalar que una de las principales conclusiones a las que llega la investigación, da cuenta que la norma no se encontraría en sintonía con los cambios culturales nacionales requeridos para poder comprender los vínculos familiares en la forma en que lo propuso el legislador, de ese modo, más que un cambio legal, el ejercicio del régimen de cuidado personal compartido requiere un cambio cultural. Es menester que el Estado desarrolle para ello no solo una legislación como la analizada, sino que además, propenda a difundir y educar a la ciudadanía sobre las implicancias de la corresponsabilidad parental.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES DE LA EVALUACIÓN DE LA LEY N°20.680

El proyecto de ley que dio origen a la Ley N°20.680 inició su tramitación mediante dos mociones parlamentarias que buscaban introducir modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales: la primera, presentada el 12 de junio de 2008, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, boletín N°5917-18 y, la segunda, ingresada con fecha 29 de junio de 2010 con la finalidad de regular el cuidado personal de los hijos, boletín N°7007-18.

Los principales fundamentos para la tramitación de las referidas mociones se originan por la necesidad de actualizar la norma en función de la nueva configuración de las familias chilenas, y así proteger y propender a lo establecido por los instrumentos internacionales adscritos por Chile como la Declaración Universal de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, se busca fortalecer la integridad del *menor*¹ y garantizarles una mejor calidad de vida en caso de que sus padres no vivan juntos, consagrando nuevas obligaciones para estos últimos, con miras a respetar la autonomía de los padres en razón al interés superior del niño, niña o adolescente.

Ambas mociones fueron refundidas el 13 de octubre de 2010, mediante oficio acordado por la Comisión de Familia y Adulto Mayor. Luego de indicaciones sustitutivas presentadas por el Ejecutivo en marzo de 2011 y tras una larga discusión, la Ley se promulga el 16 de junio de 2013 y se publica en el Diario Oficial el 21 de junio del mismo año.

1. POBLACIÓN OBJETIVO DESTINATARIA

La Ley N°20.680 se enfoca principalmente en niños, niñas y adolescentes cuyos padres viven separados, con el objeto de proteger su integridad. A su vez, centra su atención en los padres que requieren regular tanto el cuidado personal de sus hijos, como la relación directa y regular. La norma también considera como público objetivo a los abuelos que quieran mantener una relación directa y regular con sus nietos.

Por otra parte, se dirige a aquellos órganos encargados de dar cumplimiento con lo estipulado en la Ley, como los Tribunales de Familia, el Servicio de Registro Civil e Identificación y las Notarías.

¹ Aun cuando el término “menor” sea utilizado en las normas vigentes, en la actualidad se opta por hablar niños, niñas y adolescentes con la finalidad de no hacer uso peyorativo del término y así atender a su etapa de desarrollo y relevar su calidad de sujetos de derechos.

2. OBJETIVOS DE LA LEY

La Ley N°20.680 modifica el Código Civil y otros cuerpos legales para alcanzar los siguientes objetivos:

- Promover el principio de corresponsabilidad con miras a garantizar el principio del interés superior del niño.
- Promover o resguardar el principio de igualdad de los padres ante la ley.
- Entregar herramientas para determinar de común acuerdo el cuidado personal de los hijos al padre, a la madre o a ambos en forma compartida.
- Garantizar la relación de los niños, niñas y adolescentes con sus abuelos.
- Propender a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal, se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

3. HERRAMIENTAS DE LA LEY

La Ley N°20.680 establece instrumentos con el fin de lograr la consecución de los objetivos propuestos, entre los que se encuentran:

- Introducción de la corresponsabilidad parental con la finalidad de incentivar la participación de forma activa, equitativa y permanente en el cuidado, la crianza y la educación de los hijos cuyos padres vivan juntos o separados.
- Ampliación del contenido del acuerdo establecido en el artículo 225° del Código Civil, que incorpora la posibilidad de que ambos padres puedan adoptar un régimen de cuidado personal compartido.
- Regulación de la situación de ausencia de un acuerdo entre los padres, fijando el cuidado personal del o los hijos en el padre o madre con quien estén conviviendo.
- Entrega al juez criterios y circunstancias para ponderar el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal.

4. SOLICITUD DE EVALUACIÓN DE LA NORMA

La evaluación de la Ley N°20.680 fue solicitada al Departamento de Evaluación de la Ley/OCDE por el H. Diputado Manuel Monsalve. Junto al Diputado, firmaron la solicitud el fundador de la organización “Amor de Papá”, Sr. David Abuhadba y su director, Sr. Cristián Cornejo, con el objeto de identificar las posibles falencias que haya tenido la implementación de la norma.

5. OBJETIVO DEL ESTUDIO

El presente estudio busca determinar si las modificaciones al Código Civil, realizadas por medio de la Ley N°20.680, dan cumplimiento a los objetivos esperados por el legislador al momento de dictar la norma. Asimismo, la investigación se enfocó en el análisis del marco jurídico nacional e internacional, particularmente en los principios de corresponsabilidad parental e interés superior del niño, principios rectores de la Ley en estudio. Con lo anterior, se propone visualizar los impactos o efectos no previstos al legislar, además de conocer la percepción ciudadana que se tiene sobre la misma y recomendar medidas correctivas en caso que proceda.

Para la evaluación de la Ley N°20.680, el estudio contempló el análisis de los siguientes objetivos:

- Determinar la suficiencia de las herramientas para ejercer el principio de corresponsabilidad parental.
- Constatar el resguardo y garantía al principio del interés superior del niño.
- Identificar las vías para regular el cuidado personal del hijo o hija.

11

En el caso de la percepción ciudadana los objetivos estuvieron centrados en el análisis de la corresponsabilidad parental:

Objetivo general

- Conocer la percepción ciudadana sobre la corresponsabilidad parental a partir del proceso de implementación de la Ley N°20.680.

Objetivos específicos

- I. Describir el conocimiento de las y los actores clave sobre los principios legales, la aplicación de procedimientos en materia de acuerdos de corresponsabilidad y funcionamiento de la mediación familiar.
- II. Identificar las creencias, opiniones y actitudes de las y los actores clave, respecto del funcionamiento del sistema judicial y la articulación de recursos, instituciones y programas para la correcta aplicación de la Ley N°20.680.
- III. Analizar los aspectos culturales vinculados a la participación de padres y madres en las distintas esferas del cuidado, crianza y educación de las hijas y los hijos.

6. DESCRIPCIÓN METODOLÓGICA

El estudio desarrollado por el Departamento de Evaluación de la Ley/OCDE de la Cámara de Diputados es de carácter exploratorio – descriptivo y consta de tres fases:

FASE I. Estudio técnico de la Ley

El estudio técnico consideró el análisis jurídico de la Ley y la normativa asociada, los instrumentos elegidos por el legislador para alcanzar los objetivos y la institucionalidad vigente. También fueron aspectos considerados en esta fase el derecho comparado y las experiencias internacionales sobre la intervención psicosocial con implementadores de la Ley, así como el análisis de las estadísticas que las distintas instituciones intervinientes en el proceso generan sobre el tema. Otra de las materias que se aborda en esta primera fase, guarda relación con la identificación de las instituciones involucradas en la implementación de la norma, el rol que éstas desempeñan, los principales beneficiarios y/o afectados por la Ley y los posibles efectos no previstos por el legislador. En base a lo anterior, se determina el objetivo del estudio.

Se efectuaron un total de 21 entrevistas semi-estructuradas. En ellas fueron consultadas las instituciones públicas mandatadas por la Ley para implementar la norma, además de expertos del área judicial, de la salud y de la academia. Los antecedentes recabados en ellas dan sustento a la redacción del estudio.

Entrevistados durante la Evaluación

MINISTERIO DE JUSTICIA
Unidad de Mediación Familiar
Mauricio Salazar – Coordinador
Laura Meza – Encargada de la Administración de Contratos
Pamela Donoso – Abogada Mediadora
SERVICIO NACIONAL DE MENORES Dirección Regional Valparaíso
Hugo Chacón – Director Regional (s) Sename
Claudia Mella – Supervisora Técnica de la Unidad de Protección y Restitución de Derechos
Daniela León – Abogada de la Unidad de Protección de Derechos
Consuelo Lagos – Abogada de la Unidad de Protección de Derechos
Luisa Araya – Abogada de la Unidad de Protección de Derechos
MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA División de Promoción y Prevención. Chile Crece Contigo
Jeanet Leguas – Encargada Nacional (S). Sistema Protección a la Infancia
UNICEF
Patricia Núñez – Oficial de Primera Infancia de UNICEF Chile

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ
María Luisa Montenegro – Jefa Gabinete, Defensora Nacional de la Niñez
Giannina Mondino – Sub-Directora Unidad de Protección de Derechos y Representación Judicial
ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS
María Soledad Piñeiro – Presidenta Nacional
María Soledad Santana – Presidenta Regional de Los Lagos
TRIBUNAL DE FAMILIA
Luis Jorquera – Magistrado, Presidente Tribunal de Familia Arica
Sara Covarrubias – Magistrada, Tribunal de Familia Viña del Mar
Felipe Pulgar – Magistrado, Tribunal de Familia Viña del Mar
Katharine Paredes – Consejera Técnica, Tribunal de Familia Viña del Mar
MUNICIPALIDAD DE VIÑA DEL MAR Departamento de Asistencia Judicial Comunitaria
María de los Ángeles Cereceda – Psicóloga
Pablo Zavala – Abogado
Sebastián García – Abogado
INSTITUTO CHILENO DE TERAPIA FAMILIAR
Claudia Cáceres – Miembro del Directorio del IChTF. Past-Presidente
Ana Margarita Maida – Psiquiatra Infantil Miembro del IChTF
Cecilia Sostin – Psiquiatra Infantil Miembro del IChTF
Unidad Terapia Familiar en Proceso de Separación y Familias Ensamblada
Berta Carvajal – Psicóloga. Coordinadora Unidad
ONG PAPÁS POR SIEMPRE
Carlos Michea – Director Jurídico
OFICINA PROTECCIÓN DE DERECHOS (OPD) Comuna de Concón
Solange Dubreuil – Abogada
ACADÉMICOS
Marcela Fernández – Coordinadora Programa Postítulo Diplomado Mediación Familiar, Universidad de Valparaíso
María Soledad Quintana – Experta en Derecho de Familia y académica de la Escuela de Trabajo Social, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Marcela Acuña – Doctora en Derecho y académica Universidad de Talca
Centro de Mediación, Negociación y Arbitraje Universidad Central
Isabel González – Directora
Catherine Valdebenito – Directora Magíster en mediación: Gestión colaborativa de conflictos
Mauricio Córdova – Psicólogo. Mediador del Centro

FASE II. Percepción ciudadana

La evaluación llevada a cabo, estructura el trabajo de campo entendiendo que es posible conocer y comprender las distintas percepciones en torno a la implementación de una ley. De esta forma, se afirma que la *percepción* pertenece al ámbito de las representaciones sociales e imaginarios colectivos, describiéndose “*como una instancia mediadora entre el estímulo y el objeto exterior y el concepto que de él nos hacemos*” (Mora, 2002, pág. 18). Al amparo de aquel concepto se reunió información proporcionada por actores e implementadores de la Ley, buscando integrar conocimiento técnico con experiencias sensibles que pudiesen aportar profundidad a los resultados.

- **Técnica de producción de información: *focus group***

La aproximación al conocimiento de la percepción se realizó mediante la aplicación de *focus group* como técnica cualitativa de producción de información. La justificación de su uso responde, en primer lugar, a que mediante éste es posible obtener una “*comprensión de fenómenos en términos de sus significados*” (Juan & Roussos, 2010, pág. 3) atendiendo con esto al modo en que las y los participantes conciben y valoran los temas presentados en la conversación, coherente con el objetivo general propuesto.

Un aporte de esta técnica representa “*la interacción propia de los grupos de discusión [la que] puede generar nuevas ideas o conexiones en base a comentarios que en un primer momento podrían parecer azarosos, y que pasarían desapercibidos en modelos cuantitativos de preguntas cerradas*” (Juan & Roussos, 2010, pág. 7). Ese es el espacio para la emergencia de aristas que, aun cuando no están presentes en el diseño inicial de la actividad, logran ser recogidas e integradas.

- **Definición del período**

La producción de datos para el análisis de la percepción ciudadana se realizó entre los meses de junio y septiembre de 2019 mediante la convocatoria, realización y sistematización de información.

- **Definición del territorio**

Se propuso la organización de dos Foros de Percepción Ciudadana, seleccionando para lo anterior dos regiones del país: una, de acuerdo al indicador que informa sobre la problemática legal regulada mediante la Ley N°20.680 y la otra, conforme a criterios de acceso a la información, tal como se desarrollará en los siguientes párrafos:

Descentralización de los fenómenos: objetivo y orientación metodológica

Para llevar a cabo los *focus group*, se definió como indicador de impacto el porcentaje de hogares de tipo monoparental, definido como aquel “*tipo de hogar que se compone solo por la jefatura de hogar y sus hijas o hijos*” (Instituto Nacional de Estadísticas, 2017). Lo anterior atendiendo a descentralizar las problemáticas que afectan a todas y todos los habitantes del país.

Con el fin de conocer la situación sobre la monoparentalidad en Chile, se trabajó con las estadísticas producidas para la categoría *tipo de hogar* del CENSO 2017, lo que permitió identificar y seleccionar la región en el que este tipo de hogar alcanza su porcentaje más elevado.

Respecto a los hogares monoparentales, la región que concentra un mayor porcentaje de ellos en relación al total de hogares por región, es la XV Región de Arica Parinacota con un 15,1% (equivalente a un total de 10.093 casos de hogares nucleares monoparentales con respecto al 66.842 total de hogares de la región).

Acceso a la información y contraste de datos

Por otra parte, en virtud de la aplicación del criterio de acceso a la información, se procedió a seleccionar la Región Metropolitana de Santiago para aplicar un segundo *focus group* de medición de la percepción ciudadana. Asimismo, la información proporcionada por el Foro Ciudadano de la Región Metropolitana, opera como un soporte para el contraste de los datos y la identificación de particularidades asociadas a cada territorio.

En el contexto del estudio, se acudió nuevamente a datos del CENSO 2017 para caracterizar a la población regional en función del indicador monoparentalidad. Los resultados señalan que existiría un **12,1% de hogares monoparentales** en la región metropolitana con respecto al porcentaje total de hogares en dicha región (Instituto Nacional de Estadísticas, 2017), cuestión que en términos numéricos corresponde a 271.187 hogares monoparentales respecto de un total de 2.238.179 hogares censados en la región metropolitana.

FASE III. Informe Final

Finalmente, se realizó el cruce de información obtenida del estudio técnico, entrevistas y *focus group*, para la elaboración del análisis, las conclusiones y las recomendaciones en base a los consensos y disenso de los actores que participaron de la evaluación.

7. DOCUMENTOS APORTADOS (CIFRAS Y ESTUDIOS)

Oficios recibidos

El Servicio de Registro Civil e Identificación, a requerimiento del Departamento de Evaluación de la Ley/OCDE, envió respuesta mediante oficio 494 con fecha 06 de junio de 2019.

CAPÍTULO II.

CIFRAS NACIONALES EN EL CONTEXTO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

CAPÍTULO II. CIFRAS NACIONALES EN EL CONTEXTO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

El presente capítulo entrega las principales cifras en materia de cuidado personal de las y los hijos en Chile, siendo aquel punto, el primero al que se refiere el acápite. Para lo anterior, se consideraron los datos arrojados por el Censo 2002, el Censo 2017 y el Registro Social de Hogares (RSH), con el objeto de considerar para el contexto nacional, los tipos de hogares que existen en el país y las jefaturas según sexo que predominan en cada uno de ellos. Asimismo, se trabajó con las causas de cuidado personal terminadas en Tribunales de Familia y con la intervención que realizan los curadores ad litem en estos tipos de causas.

El segundo punto trata sobre el principio de corresponsabilidad parental y su relación con el régimen de cuidado personal compartido, aludiendo específicamente a las herramientas que entrega la actual norma en análisis (Ley N°20.680) para regular los acuerdos, siendo ellas el acta extendida, realizada en el Servicio de Registro Civil e Identificación, y las escrituras públicas elaboradas en notarías.

Por último, el capítulo culmina con la situación del Sistema de Mediación Familiar en Chile; para este análisis se trabajó con cifras aportadas por la Unidad de Mediación Familiar del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quienes colaboraron con antecedentes sobre los beneficiarios del sistema, según causas ingresadas para mediación y aquellas terminadas, ya sea con acuerdo o frustradas. En este punto también se recoge la información sobre la cantidad de mediadores registrados a nivel nacional tanto públicos como privados.

1. EL CUIDADO PERSONAL DE LAS Y LOS HIJOS EN CHILE

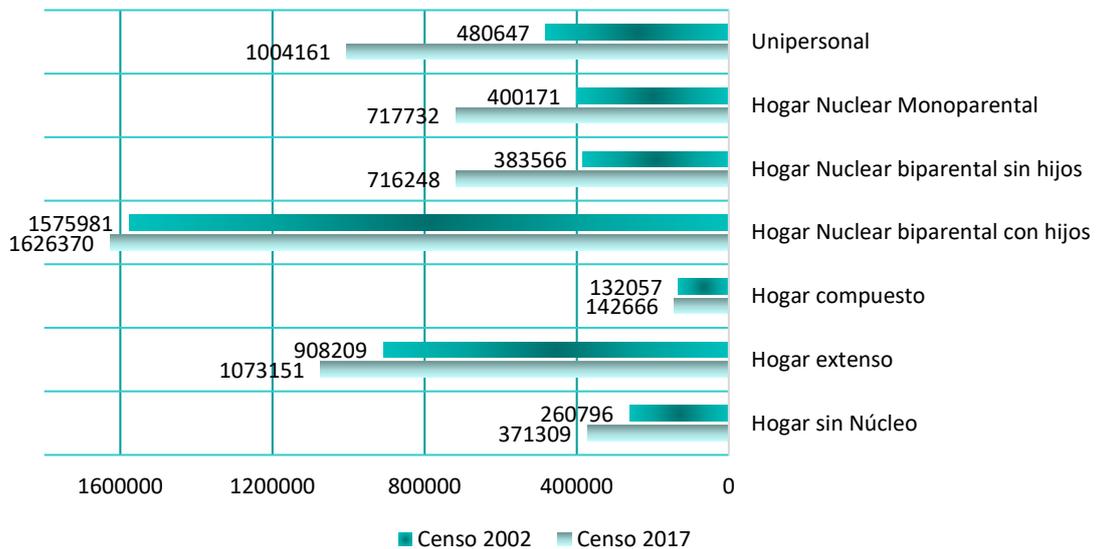
1.1 Tipos de Hogares en Chile

El CENSO 2017, fue aquel instrumento utilizado en Chile para contar y caracterizar no solo las viviendas sino que también los tipos de habitantes del territorio nacional, de ese modo, éste permitió registrar una cantidad de 5.651.637 hogares censados, además de otros datos que confirmaron que el país continuaría avanzando en una transición demográfica, es decir, un desarrollo con una población que va creciendo a un ritmo más lento, y que se va envejeciendo.

La realidad visualizada a partir de aquella información, modificaría entre otros, la evolución de los 'tipos de hogares en el país'², donde en un periodo de 15 años se observó como por ejemplo los del tipo unipersonal aumentaron desde un 11,6% el año 2002, a un 17,8% al año 2017, es decir un aumento de 523.514 hogares de este tipo; los hogares monoparentales por su parte, lo hicieron de un 9,7% a un 12,7%, alcanzando 717.732 hogares de este tipo; mientras que los del tipo nuclear biparental con hijos descendieron desde un 38,1% a un 28,8% en el mismo periodo observado.

Lo anterior, viene a sumar un antecedente para afirmar que las familias en Chile han ido cambiando con el transcurso de los años, experimentándose entre otros cambios, una evolución normativa del cuidado personal de las y los hijos.

Gráfico N°1. Tipos de hogar según Censo.



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas, Chile.

² Los tipos de hogares establecidos por Censo 2017 se clasifican en los siete siguientes: Unipersonal (17,8%), Nuclear Monoparental (12,7%), Nuclear biparental sin hijos (12,7%), Nuclear biparental con hijos (28,8%), compuesto (2,5%), extenso (19%), sin núcleo (6,6%).

En el caso de los hogares monoparentales, el gráfico n°2 proporciona el porcentaje de ellos a nivel nacional, en este contexto, la región que concentra un mayor porcentaje de hogares monoparentales en relación al total de hogares por región es la XV Región de Arica Parinacota, con un 15,1% (equivalente a un total de 10.093 casos de hogares nucleares monoparentales con respecto al total regional de 66.842 hogares).

Gráfico N°2 Porcentaje de hogares monoparentales en Chile, según región.



Fuente: Elaboración propia, en base a CENSO 2017, Instituto Nacional de Estadísticas.

El anterior antecedente junto al indicador “total de hogares por tipo de hogar” aportado por el *Registro Social de Hogares*³, permitió seleccionar la región de Arica y Parinacota para la realización del ‘foro de percepción ciudadana’⁴.

Dicho indicador, agrupa las siguientes categorías de hogar: unipersonal, monoparental, biparental y extensos o compuestos⁵. De acuerdo a la revisión, la última medición realizada en el año 2017 registró un 26,4% de hogares monoparentales en Chile, lo que equivale a 1.278.175 hogares respecto del total nacional, el que corresponde a 4.837.058 hogares.

Los datos proporcionados por el RSH indican que el cálculo porcentual fue realizado en base al total de hogares por región, incluidos en el RSH. De esta manera, la Región de Arica y Parinacota se posiciona como aquella con mayor porcentaje de hogares monoparentales en Chile, con un

³ El Registro Social de Hogares (RSH), depende del Ministerio de Desarrollo Social y Familia y tiene la finalidad de informar sobre el total de hogares que solicitan beneficios sociales al Estado, el presente instrumento reemplazaría la anterior Ficha de Protección Social.

⁴ Ver Capítulo V. sobre ‘Percepción Ciudadana’.

⁵ El indicador considera los tipos de hogar siguientes: i) Hogares unipersonales: Constituido por una sola persona que es el (la) jefe(a) de hogar; ii) Hogares monoparentales: Constituido por jefe(a) de hogar con hijos o hijastros de cualquier estado civil, siempre y cuando estén solos, esto es, sin cónyuge o conviviente, hijos o hijastros; iii) Hogares biparentales: Constituido por matrimonio o unión de hecho sin hijos o hijastros y matrimonio o unión de hecho con hijos o hijastros de cualquier estado civil, siempre y cuando estén solos, esto es, sin cónyuge o conviviente, hijos o hijastros; iv) Hogares extensos o compuestos: Constituido por un hogar (monoparental o biparental) más cualquier otro pariente del jefe (a) de hogar. Estos hogares pueden incluir otros integrantes no parientes del (la) jefe(a) de hogar. Información extraída del sitio web:

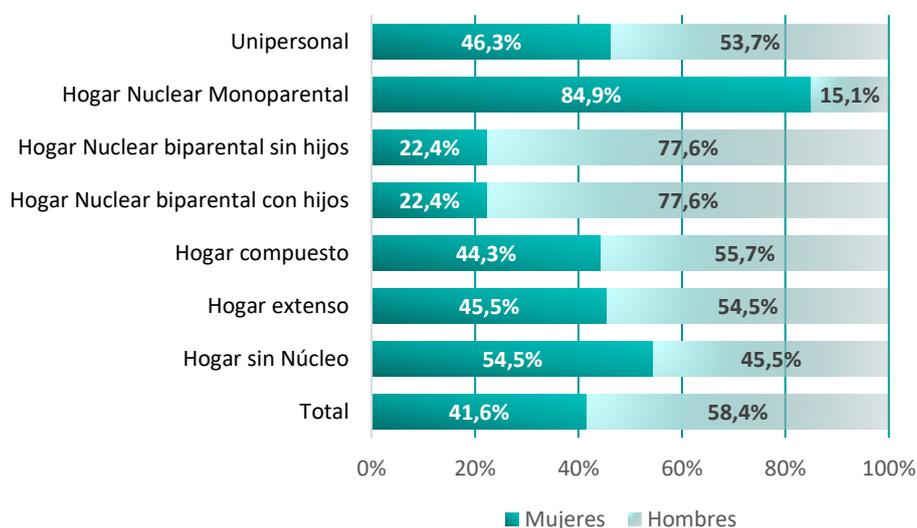
<http://siist.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/indicadorportada/130/201712>

34,2%. Otras mayorías regionales son: Tarapacá (29,6%), Región Metropolitana (29,3%), Atacama (27,7%) y Antofagasta (27,2%).

Las diferencias entre la medición del INE mediante el CENSO y la medición del RSH del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, responden a la diferente construcción del indicador “tipo de hogar” puesto que, tal como está mencionado, el RSH considera cuatro categorías de hogares, mientras que el CENSO considera un total de siete. No obstante, la comparación entre ambos pese a arrojar porcentajes distintos, refuerza la tendencia a la concentración de la mayoría de hogares monoparentales en la Región de Arica y Parinacota.

En cuanto a los tipos de hogares, es posible indicar además cómo se componen sus jefaturas según sexo, estableciendo de acuerdo al CENSO 2017 que, del total de hogares existentes, sus jefaturas correspondieron en un 58,4% a hombres, mientras que un 41,6% a mujeres.

Gráfico N°3. Porcentajes de hogares según jefatura del hogar.



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas, Chile.

En el caso de las y los jefes de hogares nucleares biparentales con hijos, un 77,6% de las jefaturas correspondió a hombres y un 22,4% a mujeres, en contraste con estas cifras, se observa en el gráfico N°3 que las jefaturas ejercidas en los hogares nucleares monoparentales, correspondieron a un 84,9% a mujeres y tan solo un 15,1% a hombres.

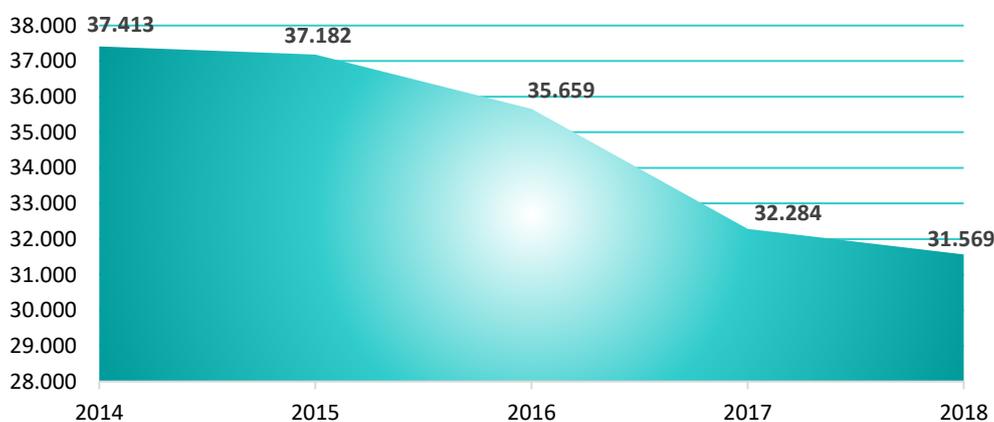
1.2 Causas sobre Cuidado Personal

Con el objeto de obtener cifras a nivel nacional sobre causas de cuidado personal, el Subdepartamento de Estadísticas dependiente del de Desarrollo Institucional de la Corporación de Administración del Poder Judicial, colaboró con antecedentes para el estudio, con datos correspondientes al tipo de término de aquellas causas sobre materia de cuidado personal.

Para lo anterior, se trabaja con el Sistema de Tramitación de Familia (SITFA)⁶, el que recoge la información por periodos, aportando para el presente, aquel correspondiente al periodo entre los años 2014 – 2019 (hasta el mes de agosto). Cabe precisar que, la información está segregada por corte, ‘materia y tipo de término de la causa’⁷.

En relación a la cantidad de causas terminadas en materia de cuidado personal a nivel nacional, se observa en el gráfico n°4 que, con el transcurso de los años, los términos por estas causas fueron disminuyendo, así en el año 2018 se contabilizó un total de 31.569 causas terminadas, donde el mayor motivo de término, representado con un 59% fue por “mediación” (18.708 causas terminadas por este tipo).

Gráfico N°4. Cantidad de causas terminadas en materia de cuidado personal, por año, a nivel nacional.



Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por el Sub-departamento de Estadísticas dependiente del de Desarrollo Institucional de la Corporación de Administración del Poder Judicial.

1.3 Causas de Cuidado Personal con intervención de *Curador ad Litem*

La Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, en su artículo 19°, señala que en todos los asuntos de competencia de los Juzgados de Familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes, el juez deberá velar para que éstos se encuentren debidamente representados, designando un abogado o abogada, que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos. Esa persona, será por tanto el *Curador ad Litem*, cuya representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales.

⁶ El SITFA es un software informático utilizado en los Tribunales de Familia, cuyo funcionamiento comienza en el año 2005, a partir de la reforma efectuada en familia.

⁷ Entre las materias categorizadas se incluyen: cuidado del niño, otros; cuidado personal del niño; cuidado personal del niño con declaración, cuidado personal del niño con modificación. En tanto entre los tipos de término de las causas se encuentran: abandono del procedimiento, avenimiento, conciliación, desistimiento, incompetencia, mediación, no da curso a la demanda, retiro, sentencia y transacción.

El tipo de litigante *Curador ad Litem*, se incorpora en dicha ley el año 2008, mediante la Ley N°20.286 que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N°19.968, sin embargo, se introduce al Sistema de Tramitación de Familia recién en junio del año 2019, por lo tanto, se distingue que todos los registros de Curador que aparecen antes de aquella fecha se debe a que la causa aún se encuentra en tramitación y se le ha realizado el ingreso de este tipo de litigante.

Sobre el mencionado aspecto, se destaca en los antecedentes aportados por la Corporación de Administración del Poder Judicial que, de las 19.749 causas terminadas durante el año 2019 (contabilizadas hasta el mes de agosto) en materia de cuidado personal, 19.329 de ellas, contaron con un Curador, mientras que 420 no registraron la representación de este tipo de litigante.

A modo de ejemplo es posible indicar que, en reunión sostenida entre el Tribunal de Familia de Viña del Mar y el Departamento de Evaluación de la Ley/OCDE, se aportaron para el presente estudio las cifras sobre la cantidad de ‘causas ingresadas y terminadas’⁸ en “Cuidado Personal”, durante los últimos 5 años. Respecto de aquellas con intervención de *Curador ad Litem*, el Tribunal de Familia de Viña del Mar, destaca que el día 10 de julio del año 2019 se habilitó por parte de la Mesa de Ayuda, la herramienta que permite ingresar en forma diferenciada al *Curador ad Litem*, asimismo señalaron que con la habilitación de aquella función se posibilita la búsqueda de consultas mediante litigantes de cada causa, sin embargo, precisan, que la única forma de obtener información es consultando cada una de las causas.

1.4 Tipos de Sanciones en Causas de Cuidado Personal

En cuanto a las sanciones aplicadas en causas de cuidado personal, se registran aquellas asociadas a la “obstaculización” por parte de la madre o del padre en el régimen de Relación Directa y Regular (RDR). Conforme a lo indicado por Tribunal de Familia de Viña del Mar, y dado que esta información no se puede obtener desde los módulos de la plataforma SITFA, el Tribunal realizó el requerimiento a la mesa de ayuda, con el objeto que se informara sobre las multas aplicadas en cada causa, filtradas por materia, otorgándose para este trámite el número de solicitud 5138054. La información arrojó que desde el año 2016 a la fecha, se han aplicado **74 multas** en ese Tribunal con la utilización del hito “Registro Multa”.

⁸ El Tribunal de Familia de Viña del Mar, indicó al respecto que, en los módulos de SITFA., no es posible extraer la información por año, sino que por periodos, por lo que la solicitud se gestionó a través del Departamento de Desarrollo Institucional (DDI) quienes colaboraron con las cifras correspondiente al periodo comprendido entre los años 2010-2018.

2. EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO

La corresponsabilidad parental es un principio que introduce la actual norma en estudio, y que se refiere a la responsabilidad que les cabe a ambos padres tanto en la crianza como en la educación de sus hijas e hijos. El cuidado personal compartido por otra parte, es establecido en el artículo 225° de la presente norma, como el régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, mediante un sistema de residencia que asegure la adecuada estabilidad y continuidad en la crianza y educación de los hijos comunes.

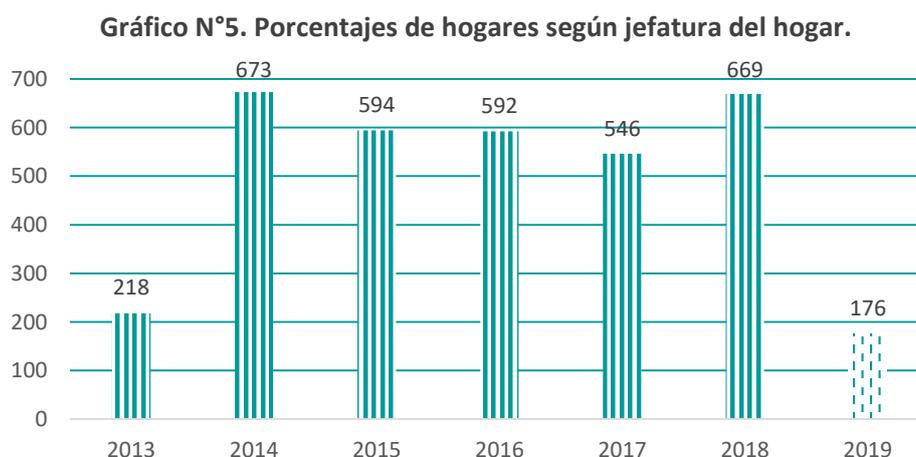
2.1 Herramientas para regular el acuerdo

En el inciso primero del artículo 225° de la norma en análisis, se indican las herramientas dadas por el legislador para determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos e hijas corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida.

Se establece en él que, 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 o hijas y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

a) Acta extendida otorgada por el Servicio de Registro Civil e Identificación.



Fuente: Elaboración propia en base a información alojada en Oficio Ord. N°0494 recibido desde el Servicio de Registro Civil e Identificación en respuesta al Oficio Ord. N°62 enviado por el Comité de Diputados de Evaluación de la Ley/OCDE de la H. Cámara de Diputados.

El gráfico N°5 se refiere a aquellas subinscripciones sobre cuidado personal compartido que están actualmente⁹ registradas en la base de datos del Servicio, específicamente hacen caso a los datos relacionados a la cantidad de actas extendidas vigentes, desde la puesta en vigor de la Ley N°20.680, observando el periodo de junio del año 2013 a mayo de año 2019 (momento en que se realizó la solicitud).

Frente a las indicadas cifras, es posible observar cómo estas disminuyeron después del año 2014, teniendo un alza el 2018, alcanzando con ello la cantidad de 669 actas extendidas para dicho año. Sin embargo, aquella cifra continua siendo baja si se compara con la cantidad de hogares monoparentales registrados durante el Censo 2017, reflejados en el Gráfico N°1 del presente estudio, el que establece que para el año 2017 existían 717.732 hogares de este tipo.

Cabe destacar que, los antecedentes estadísticos se sistematizan por la Subdirección de Estudios y Desarrollo de la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación.

b) Escritura Pública, Notaría

Otra herramienta para regular el acuerdo es por medio de escritura pública, sin embargo, no existe una base de datos unificados que permita acceder a la cantidad de acuerdos otorgados por las notarías por medio de ésta.

En ese mismo sentido, la División de Estudios de Mercado de la Fiscalía Nacional Económica en su “Estudio de Mercado de Notarios (EM02-2017)” publicado el año 2018, señala entre una de sus propuestas y recomendaciones a la actividad notarial, disminuir la excesiva regulación que ésta lleva a cabo, con el fin de *“incrementar considerablemente la competencia en el mercado, lo que permitiría que se entregue un mejor servicio, a un precio más bajo para los consumidores”*, declarando por tanto que, un medio para el logro de aquel objetivo sería estandarizar la información en forma de generarla, almacenarla y transmitirla, dado que se habría observado que la falta de ella, *“genera ineficiencias al traspasar los datos a otro servicio o cuando esta información es requerida en el futuro”*.

3. SISTEMA DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN CHILE

Conforme lo señala el artículo 103°, de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, la mediación es *“aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”*.

⁹ En relación a la actualización de los antecedentes, el Servicio de Registro Civil e Identificación, indicó por medio de Oficio Ord. N°0494, que la institución “elabora información en base a las actuaciones que le son propias y que se encuentran registradas en un fecha y hora determinada, sin embargo, *estas actuaciones son esencialmente variables* pues en un lapsus de segundos *pueden ser objeto de rectificaciones, cancelaciones e incluso eliminaciones*, no constituyendo, en consecuencia, una estadística oficial del Estado de Chile, materia que es competencia del Instituto Nacional de Estadísticas (INE)”.

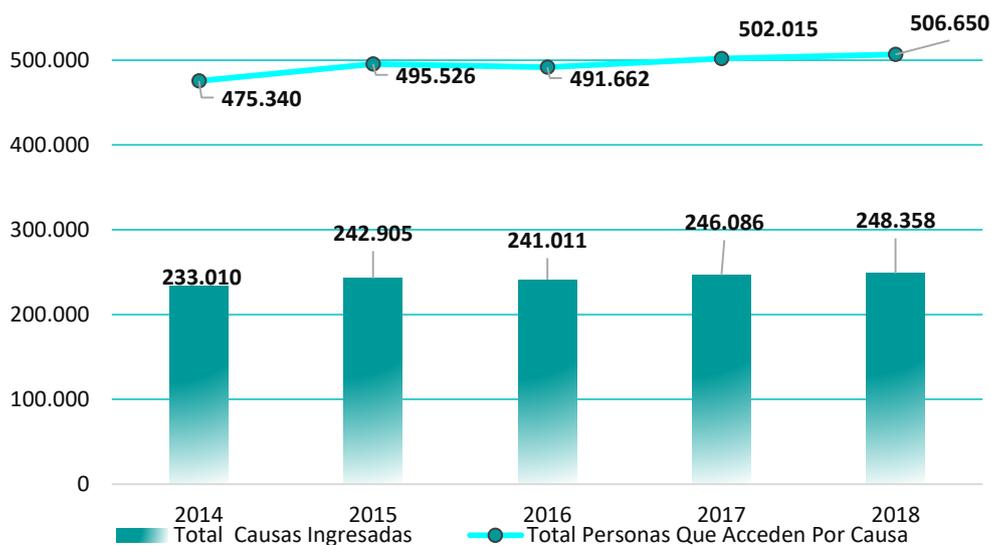
Existen diferentes vías de ingreso a un proceso de mediación, entre ellas se encuentran las siguientes: Tribunal de Familia, Corporación de Asistencia Judicial, presencial de manera espontánea, o por agendamiento web también de forma espontánea. Cabe indicar que este tipo de proceso, puede terminar de dos formas, por un *acuerdo o frustrada*.

Asimismo, la Ley N° 19.968 establece que la mediación familiar solamente podrá ser conducida por Mediadores Registrados y que será el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el encargado de administrar el registro.

3.1 Beneficiarios del Sistema según causas ingresadas

Durante los últimos 5 años, las causas registradas como ingresadas en mediación familiar al Sistema Licitado, se observa un aumento sostenido de manera equilibrada, donde el total de personas que accedieron por causa, consideró el doble de causas, de aquellas ingresadas por año registrado.

Gráfico N°6. Causas Ingresadas al Sistema y total de personas que accedieron a mediación.

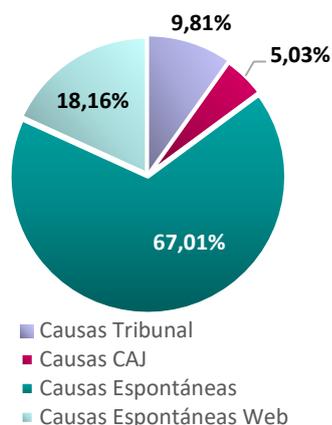


Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por División Judicial de Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

De acuerdo a lo anterior, el gráfico N°6, señala que en el año 2018 se registró un total de 248.358 causas ingresadas en mediación familiar, no obstante, se observa que para el mismo año 506.650 personas accedieron al sistema licitado de mediación familiar.

Gráfico N°7. Causas Ingresadas al Sistema según vía de ingreso, año 2018.

En atención a lo descrito, y tal como lo señala el gráfico N°7, la vía espontánea de forma presencial como vía de ingreso de causas a mediación familiar, es la más utilizada durante el año 2018 por los usuarios del Sistema, con 166.419 causas, de un total de 248.358 ingresadas en el año, seguido con 45.107 ingresos por medio web, luego con 24.352 ingresadas por el Tribunal, quedando en último lugar los ingresos por medio de la Corporación de Asistencia Judicial con un total de 12.480

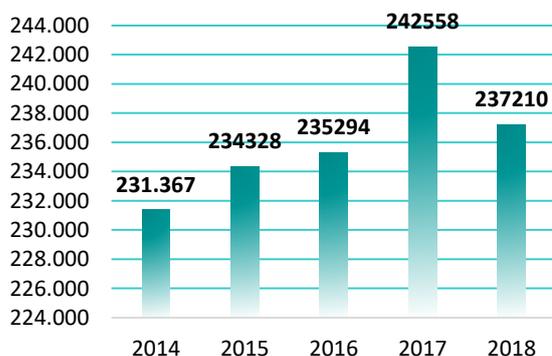


Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por División Judicial de Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

3.2 Causas terminadas en mediación familiar

Entre los años 2014 – 2018 ingresaron 1.211.370 causas a mediación familiar, de ellas 1.180.757 fueron terminadas, ya sea con acuerdos o frustradas, sin sesión o con una o más sesiones conjuntas.

Gráfico N°8. Causas terminadas.



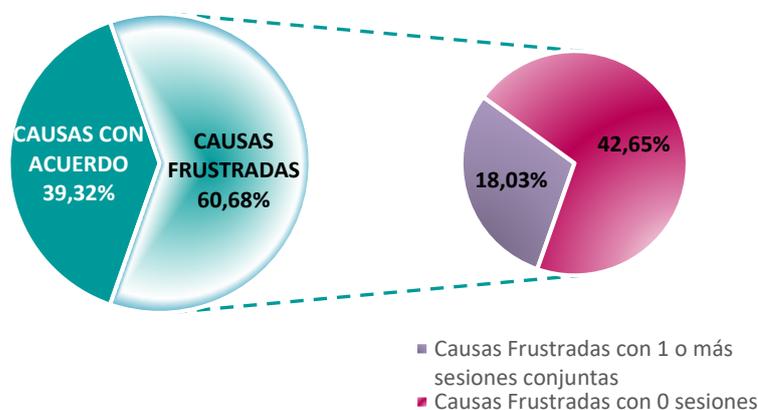
Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por División Judicial de Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Se puede señalar además, que en los últimos 5 años observados, el porcentaje de causas terminadas en mediación familiar con respecto a las causas ingresadas, estuvo en un promedio de 97,5%.

Asimismo, y tal como se indicó, las causas fueron terminadas con acuerdos o por medio de una declaración frustrada, sin sesión o con una o más sesiones conjuntas. De ese modo, las causas con acuerdo durante el año 2018, y según lo establece el gráfico n°9, representaron un 39,32% de las causas terminadas, correspondiendo a 93.282 causas, mientras que las frustradas ascendieron a 143.928 causas, lo que equivale a un 60,68% de causas terminadas en mediación

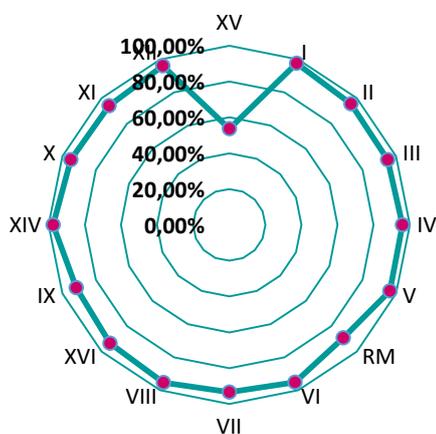
familiar, y que considera en aquel porcentaje un alto número de causas frustradas con cero sesión celebrada (101.169 causas).

Gráfico N°9. Causas terminadas con acuerdo o frustradas, durante el año 2018.



Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por División Judicial de Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Gráfico N°10. Sustentabilidad de los acuerdos, por región, año 2018.



En cuanto a las causas terminadas con acuerdo, la Unidad de Mediación del MINJU registra la sustentabilidad de éstos, es decir, su perdurabilidad en el tiempo.

De ese modo, en el año 2018, se registró que la mayoría de las regiones del país superaron el 90% de sustentabilidad de sus acuerdos, mientras que la región de Arica y Parinacota solo alcanzó un 53,54%, siendo la única bajo el promedio nacional de 92,74%.

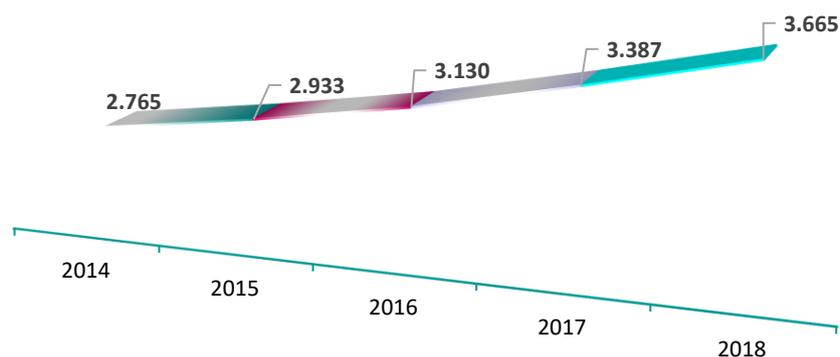
Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por División Judicial de Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

3.3 Situación de la figura del Mediador

Los mediadores o mediadoras, según lo indica la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, son aquellos profesionales especializados que facilitan el diálogo entre las personas que asisten a un proceso de mediación con el fin de encontrar una solución entre las partes del conflicto, se les considera, además, como una figura neutral e imparcial.

Existen dos tipos de mediadores familiares, los licitados y los privados. Los primeros hacen caso a aquellos profesionales que han participado de alguna licitación ofertada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y que ha sido adjudicada, en un contexto de mediación previa y obligatoria; los segundos por otra parte, son quienes no han participado de dichos procesos, pero que sin embargo, de igual manera se encuentran registrados en el Ministerio, y por tanto, habilitados legalmente para prestar servicios en este tipo de materias.

Gráfico N°11. Mediadores registrados (2014 – 2018).

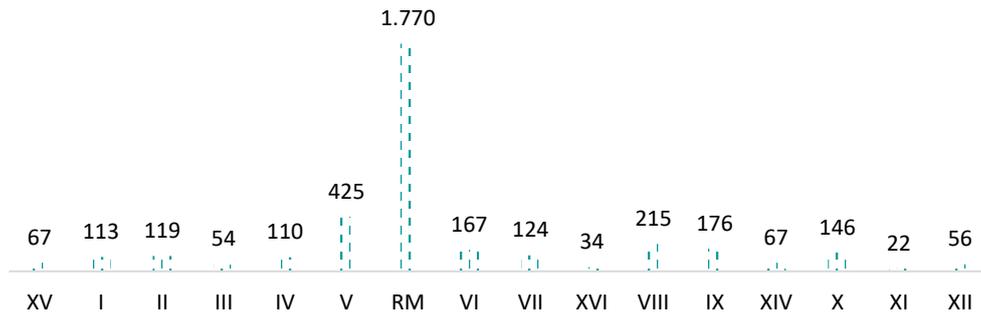


Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por División Judicial de Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Tal como se observa en el gráfico n°11, los mediadores registrados han ido aumentando anualmente, consignándose durante el año 2018 en la base de datos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, una cantidad de 3.665 mediadores familiares.

Del total de registrados a nivel nacional durante el mismo año indicado, sobresale en el gráfico n°12, la Región Metropolitana (RM) como aquella que contempla la mayor cantidad de profesionales inscritos, con un total de 1.770 mediadores, mientras que la de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo (XI) destaca por ser el territorio con la menor cantidad de mediadores del país, con un registro de 22 personas.

Gráfico N°12. Mediadores registrados según región, año 2018.



Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por División Judicial de Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

CAPÍTULO III.

MARCO NORMATIVO DE LA LEY N°20.680

CAPÍTULO III. MARCO NORMATIVO DE LA LEY N°20.680

En este capítulo se desarrollan los principales aspectos jurídicos de la Ley N°20.680, a partir de un análisis técnico de la norma y de las opiniones aportadas por los implementadores y especialistas en la materia.

Se exponen también, los antecedentes jurídicos y el contexto en el que se origina la norma, a través del establecimiento de un cuadro comparativo, donde se cotejan los cambios introducidos por ésta y el contenido de la anterior.

Asimismo, se identifican y describen los principios rectores en el que se ampara el cuidado personal, derivados, del de interés superior del niño y el de la corresponsabilidad parental, los que se manifiestan a través del derecho del niño, niña o adolescente a ser oído en colaboración con el principio de la autonomía progresiva.

Posteriormente, se desarrolla el régimen del cuidado personal, y se describen los intervinientes en el proceso de determinación de éste, considerando para ello a la mediación, las notarías, el Servicio de Registro Civil e Identificación y a los Tribunales de Familia. A su vez se trata de igual forma el cuidado personal compartido, su determinación y a los intervinientes en su procedimiento.

Finalmente, se deja constancia de las iniciativas que se han presentado con el propósito de modificar la Ley N°20.680, dejando de manifiesto la continua preocupación de las parlamentarias y parlamentarios sobre la necesidad de propender a una regulación más íntegra.

1. ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA LEY N°20.680

Mediante dos mociones parlamentarias cuyo objeto apuntó a modificar el Código Civil y otros cuerpos legales, se originó la Ley N°20.680. El 12 de junio de 2008, se presenta una primera moción, la que tenía por finalidad proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados (boletín N°5917-18), y el 29 de junio de 2010 se presentó la segunda, con el objeto de regular el cuidado personal de los hijos (boletín N°7007-18).

Ambas mociones fueron refundidas el 13 de octubre de 2010, y tras indicaciones sustitutivas realizadas en marzo de 2011 por el poder ejecutivo, la Ley N°20.680 es publicada en el Diario Oficial el 21 de junio del mismo año.

Lo anterior, se funda en la necesidad de actualizar la legislación chilena, adaptarla a la nueva configuración de las familias, y así aproximar la norma a lo establecido por los instrumentos internacionales ratificados por Chile, como la Declaración Universal de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, se busca reforzar la integridad de NNA, fortalecer el principio del interés superior del niño, propendiendo a proteger y garantizar sus derechos, y así darles una mejor calidad de vida en el caso de que sus padres vivan separados.

Es relevante establecer, que la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante la *Convención*, reconoce una relación entre padres e hijos, donde los primeros en su calidad de responsable de su cuidado, deben ser quienes guían a NNA para que en un futuro puedan ejercer sus derechos de forma autónoma.

La *Convención*, a su vez, se encarga de reconocer el rol fundamental que tienen ambos padres en el ejercicio de la corresponsabilidad, lo que implica que independiente del tipo de familia que se trate, ambos tienen obligaciones respecto de la crianza y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, a fin de velar, por su derecho a ser criado, educado y cuidado bajo los beneficios que acarrea la corresponsabilidad parental, como facilitadora de un esquema equitativo y participativo de las funciones parentales.

Dentro de los instrumentos internacionales en que se da reconocimiento expreso a los derechos de los NNA y al interés superior del niño, se pueden mencionar: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño de la Asamblea General de 1959, los artículos 23° y 24° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰, el artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹ y el artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹², entre otros.

¹⁰ Artículo 23°: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. [...] En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos. Artículo 24: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

¹¹ Artículo 10°: n°3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

¹² Artículo 19°: Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Modificaciones incorporadas por la Ley N°20.680

La Ley en estudio, se encargó de introducir diversas modificaciones en el Código Civil especialmente en lo que dice relación con el cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes. Con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley existían críticas en cuanto a que en la legislación anterior se asumía que los hijos o hijas estarían en mejores condiciones siempre que estuvieran bajo el cuidado de la madre, existiendo una discriminación positiva hacia este rol, y a su vez, se hablaba de un orden natural en cuanto a que a los NNA les correspondería estar con ella.

Las principales modificaciones se realizaron en los artículos 222° y siguientes, desarrollados a continuación a modo de graficar los cambios introducidos por la norma:

Artículo 222°	
Ley anterior	Ley N°20.680
<p>Art. 222° “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.</p>	<p>Art. 222° “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”.</p>

En este artículo se invirtieron los incisos, quedando al inicio *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*, y por consiguiente, en su inciso 2°, los deberes que tienen los hijos con sus padres. Lo anterior, deja de manifiesto que esta Ley da prioridad al principio rector, el interés superior del niño, relevándolo por sobre los deberes de los hijos con sus padres. Al respecto, la académica Marcela Acuña San Martín, afirma que *“hoy se visibiliza más el interés superior de los hijos en todas las decisiones de relación paterno-filial, ya sea cuidado personal, ya sea derecho de relación directa y regular, y se visibiliza más, porque hay más normas que lo incorporan de distintas formas, eso sí lo ha hecho esta Ley”*.

Artículo 224°	
Ley anterior	Ley N°20.680
<p>Art. 224° “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.</p> <p>El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez”.</p>	<p>Art. 224° “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.</p> <p>El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez”.</p>

Se incorpora en el inciso primero el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual los padres deberán participar de forma activa, equitativa y permanente en el cuidado, crianza y educación de sus hijos, vivan juntos o separados. Antes, la Ley decía que si los padres vivían juntos, iban a ejercer de consuno el cuidado personal en la crianza y la educación, situación que no presentaba problema si los padres estaban juntos, pero cuando ellos se separaban, se entendía que quien tenía el cuidado personal, tenía a su vez, la crianza y educación de forma exclusiva y excluyente, marginando al otro padre o madre. La especialista Marcela Acuña ha entendido que *“la Ley establece este principio como uno que tiene que imperar, cualquiera sea la relación de convivencia de los padres, es decir, que vivan juntos o separados y en estos términos neutrales, con independencia del matrimonio; padres que viven juntos o separados”*.

Artículo 225°	
Ley anterior	Ley N°20.680
<p>Art. 225° “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse cumpliendo las mismas solemnidades.</p> <p>En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado</p>	<p>Art. 225° “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subscrito 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.</p>

<p>personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.</p> <p>Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.</p>	<p>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.</p> <p>A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.</p> <p>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°.</p> <p>En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.</p> <p>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°.</p> <p>Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.</p>
--	--

El artículo 225° de la Ley, antes de su modificación, establecía que bajo la circunstancia de que los padres vivan separados, los hijos o hijas quedaban automáticamente bajo el cuidado de la madre, salvo que se acreditase una causal de inhabilidad.

Actualmente, en caso de que los padres estén separados, prima el acuerdo pactado por las partes y en caso de no haberlo, el legislador establecerá que el NNA continuará con el progenitor con el que convive de hecho.

Por otra parte, se encarga de incorporar el concepto del régimen de cuidado personal compartido, señalando que este implica estimular la corresponsabilidad de ambos padres en la crianza y educación de los hijos o hijas comunes.

Artículo 225°-2.	
Ley anterior	Ley N°20.680
-	<p>Art. 225°-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar. b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad. c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo. d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229. e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades. f) La opinión expresada por el hijo. g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar. h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio. i) El domicilio de los padres. j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo."

Con el objeto de regular el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, el legislador se encargó de establecer criterios y circunstancias que el juez de familia respectivo deberá ponderar y considerar a la hora de fallar en esta materia, entregándole la Ley, herramientas que le permitirán velar por el interés superior del hijo o hija.

Es relevante señalar, que con la introducción de la letra j) se da cobertura a todas aquellas circunstancias o criterios que no se encuentran regulados de forma explícita en las letras anteriores.

Artículo 226°	
Ley anterior	Ley N°20.680
<p>Art. 226° “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes”.</p>	<p>Art. 226° “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225°-2. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al <i>cónyuge o al conviviente civil del padre o madre según corresponda</i>”.</p>

El presente artículo regula aquella circunstancia en que el cuidado personal de los hijos o hijas recae en un tercero, la que considera la inhabilidad de los padres para hacerse cargo. La Ley incorporó la necesidad de velar por el interés superior del niño al tomar la decisión, basado en los criterios establecidos en el artículo 225°-2.

Artículo 227°	
Ley anterior	Ley N°20.680
<p>Art. 227° “En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes. Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225°”.</p>	<p>Art. 227° “En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes. Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225°. El juez podrá apremiar en la forma establecida en el artículo 543° del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez”</p>

En este artículo se incorpora la introducción de un tercer inciso, el que regula una sanción de apremio, con el objeto de evitar las dificultades que padres o madres custodios pudiesen interponer a modo de interferir o impedir la relación de los NNA con su padre o madre no custodio, afectando la relación entre ellos.

Artículo 228°

Ley anterior

Ley N°20.680

Art. 228° “La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge”

Derogado**Artículo 229°**

Ley anterior

Ley N°20.680

Art. 229° “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”.

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

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable. Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

- a) La edad del hijo.
- b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de

	<p>éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.</p> <p>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.</p> <p>Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente."</p>
--	--

A través de la modificación de este artículo se incorpora la definición de la ‘relación directa y regular’, en el que se establece que en 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”*, lo descrito a fin de potenciar y velar por el interés superior del NNA. Para el establecimiento del régimen, se disponen criterios con los que el juez deberá guiar su decisión.

Finalmente, se incorpora el mandato de no obstaculizar la relación del NNA con aquel progenitor o progenitora que no detente el cuidado personal.

Artículo 229°-2	
Ley anterior	Ley N°20.680
-	Art. 229°-2. “El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229°.”

Con la introducción de este artículo, el legislador se encarga de reconocer el derecho de los NNA a mantener una relación directa y regular con sus abuelos, circunstancia que no se encontraba regulada con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley.

2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY N°20.680

2.1 Interés Superior del Niño

Según la Política Nacional de Niñez y Adolescencia, el interés superior del niño es *“el disfrute y satisfacción de sus derechos. Conforme a este principio, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a que en las actuaciones y decisiones que les afecten [...] se evalúen las posibles repercusiones de dicha actuación o decisión, y que entre diversas decisiones posibles se elija aquella que satisfaga de manera más efectiva su interés superior, entendido, como el disfrute y satisfacción de sus derechos”* (Consejo Nacional de la Infancia, 2015, pág. 63).

El *interés superior del niño* es considerado como el principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional promulgado en 1989 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en el año 1990 e integrado recién como término en 1998, a través de una modificación legal, dando los primeros lineamientos para su intervención en materia de familia¹³. Cabe señalar que su finalidad es *“proteger el desarrollo del menor y la plena satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”*¹⁴.

La Convención regula los derechos humanos vinculados con la infancia, siendo su propósito adoptar herramientas que otorguen una adecuada protección a la población menor de 18 años. A su vez, reconoce el deber del Estado de respetar los derechos y deberes de los padres hacia sus hijos, bajo el entendido de que estos son quienes deben entregar las orientaciones para que los NNA puedan ejercer sus propios derechos de acuerdo a la evolución y desarrollo de sus facultades y capacidades.

La doctrina y la jurisprudencia han consensuado que no existe solo un concepto de interés superior del niño, ya que éste se limita a diversas interpretaciones jurídicas. Asimismo, se sus definiciones se han basado en funciones o rasgos característicos del mismo, por lo que se puede desprender del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que *“todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”*.

A su vez, el artículo 16° de la ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, rescata este principio, indicando que el objetivo de la ley es garantizar a todos los NNA el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, por lo que el juez de familia deberá considerarlo para toda resolución de asuntos sometidos a su conocimiento.

Por su parte, el artículo 222° del Código Civil, se encarga de dar cuenta que es primordial que los padres velen por el interés superior de sus hijos, señalando que para garantizar este principio estos *“procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio*

¹³ En los Artículos 222° y 242° de la Ley N°19.585 que modifica el código civil y otras materias en el ámbito de filiación.

¹⁴ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia de 12 de abril de 2016, Rol N°2867-2015, considerando número decimosegundo.

de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

En este sentido, la académica María Soledad Quintana, señala que *“el interés superior [...] permite subsumir en él todo aquello que, en cada caso concreto, aparezca como lo más beneficioso para el desarrollo integral del menor y para la satisfacción de sus necesidades físicas, psíquicas y espirituales”* (Quintana, 2015, págs. 355-356).

Adicionalmente, la docente Maricruz Gómez de la Torre, le otorga una triple función a este principio, señalando que *“es una garantía para el menor, debido a que toda decisión que le concierna debe considerar, fundamentalmente, sus derechos; asimismo, es una norma orientadora que no solo obliga a los legisladores y jueces sino a todas las instituciones públicas y privadas; y, por último, también debe ser vista como una norma de interpretación y de resolución de conflictos”* (Gómez de la Torre Vargas, El interés superior del niño, 2000, pág. 23).

El Presidente del Tribunal de Familia de Arica, Luis Jorquera, hace énfasis en que este principio implica garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y que consistiría en la *“satisfacción o la maximización de todos los derechos de los niños, lo que significa que cada niño es un ser aparte, entonces, se debe construir un interés en base a ese niño, pero teniendo en consideración de qué forma se maximiza y se logra que la mayor cantidad de sus derechos puedan verse plasmados en la práctica”.*

Como es posible advertir, el interés superior del niño corresponde a un principio general del Derecho, transversal a todo el ordenamiento jurídico, afectando las materias vinculadas o referidas a la niñez y adolescencia, en cumplimiento de lo señalado por el artículo 3° de la Convención (Gómez de la Torre Vargas, 2018), e implica principalmente la protección y garantía de todos los derechos de los NNA.

El Derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y la autonomía progresiva

Dentro de los derechos que garantiza el principio del interés superior del niño, se encuentra el derecho a ser oído. La Convención se refiere a éste en el artículo 12°, donde señala que los Estados partes se encargaran de *“garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente de todos los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.*

De lo anterior se desprende que antes de escuchar al niño, se debe procurar entregar las herramientas necesarias para que el NNA adquiera todos los conocimientos que le permitan formarse un juicio, lo que implica tomar en cuenta el desarrollo y la madurez de éste.

Es así como el derecho del NNA a ser oído, se encuentra directamente relacionado con la autonomía progresiva, la que apunta a la *“posibilidad de que los niños, niñas y adolescente, sujetos de derechos, puedan ejercerlos de acuerdo a la evolución de sus facultades, su edad y madurez, se entiende que la autonomía del sujeto es un asunto evolutivo que se construye*

socialmente, y que requiere de las condiciones necesarias para que él o ella alcancen el grado máximo de autodeterminación” (Consejo Nacional de la Infancia, 2015, pág. 63).

Por otra parte, la Convención, en su párrafo 2° indica que para dar cumplimiento a dicho fin, *“se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o un órgano apropiado”*. Sobre lo anterior, la Observación General N°12 de las Naciones Unidas (2009), señala que *“en los procedimientos debe matizarse la participación de los niños, niñas y adolescente, ya que su desarrollo y capacidad de decisión no es igual, por ejemplo en un niño de 4 años que en uno de 15 años, por otro lado, los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”*. En este sentido le corresponde al juez encargado de cada causa, en que se vea involucrado un NNA ponderar la participación de éste en el procedimiento, todo en atención a las condiciones específicas de cada caso y el interés del mismo.

Consultados a la Asociación Nacional de Magistrados, sobre la necesidad de que el juez respete el derecho del niño a ser oído, indicaron que, *“el principio del interés superior del niño tiene que ser representado por la necesidad de oír al niño, lo que no solo significa para el juez escucharle sus palabras, sino que además considerar esa opinión al momento de resolver y tener que decidir si esa opinión –atendida a las condiciones- debe ser seguida tal como lo dice o por el contrario no seguirla”*.

Así, la Ley N°20.680, en su artículo 225°-2 establece criterios que el juez deberá tener en consideración a la hora de fallar materias de régimen y ejercicio del cuidado personal. De esta manera la letra (f) recoge la opinión expresada por el hijo.

Queda de manifiesto que tanto el interés superior del niño como el derecho a ser oído, son principios rectores que deberán ser considerados siempre por el juzgador, sin embargo, se destacó que su aplicación quedaría supeditada al principio de la autonomía progresiva. Al respecto, la jueza de familia de Viña del Mar, Sara Covarrubias, indicó que el interés superior del niño está enfocado *“en que éste conforme a su grado de autonomía y, de la voluntad que va adquiriendo a través de su madurez, pueda manifestar sus intereses, sus quereres, ya sea de forma personal –si hablamos de un niño que ya expresa sus sentimientos y deseos- o a través de su curadora Ad litem”*.

La relevancia de la autonomía progresiva fue destacada por el Departamento de Asistencia Judicial Comunitaria de la Municipalidad de Viña del Mar, quienes consideran que *“al niño hay que escucharlo siempre, procurando instancias para hacerlo, dependiendo de sus edades (...) la ponderación será diferente dependiendo de la edad y madurez del niño. La ley establece que al niño se le debe oír”*.

2.2 Corresponsabilidad

Este principio se relaciona directamente con el artículo 18° de la Convención de los Derechos del Niño, donde se establece como responsabilidad esencial tanto de padres como madres, la crianza y el desarrollo de ellos. Así como también, el deber del Estado de garantizar este principio y de otorgar la asistencia necesaria a los padres y madres para el desempeño de estas funciones, de ese modo, el artículo señala en su párrafo primero que *“los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen las obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”*, lo anterior, con el fin de velar por el bienestar de los hijos y a su vez garantizar el principio del interés superior del niño

Por otra parte, la Ley N°20.680 incorpora el principio de corresponsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 224°, que señala que el cuidado personal corresponde de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente, régimen que *“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”*.

Asimismo, en lo que respecta a la relación directa y regular (régimen de visitas), el artículo 229° de la Ley, señala que, en esta materia el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

Sobre el principio de corresponsabilidad, la académica María Soledad Quintana indica que con esta Ley, el legislador se encarga de señalar desde un comienzo, la corresponsabilidad que ambos padres tienen –estén o no viviendo juntos- entonces es la responsabilidad de preocuparse del desarrollo integral de los hijos, para que ellos alcancen *“la actualización de todas sus potencialidades”*.

Otra de las implicancias del referido principio, fue advertido por el Presidente del Tribunal de Familia de Arica, Luis Jorquera, quien señaló que *“la corresponsabilidad implica participación activa, equitativa y permanente, como lo dice la Ley, de alguna manera, que ambos padres participen de la vida del niño y que se distribuyan sus actividades (...) porque la corresponsabilidad tiene que ver más bien, con la participación, aunque pueden –los padres- estar juntos o separados”*.

Este principio actúa como el núcleo de la Ley N°20.680 y de todas aquellas vinculadas a la relación entre padres e hijos, sin perjuicio de que éste está subordinado al del interés superior del niño, de lo que se desprende que la corresponsabilidad es un principio rector para este tipo de relaciones, siempre y cuando no afecte ni sea contrario al interés superior.

Así, para la Asociación Nacional de Magistrados, la corresponsabilidad corresponde a *“un principio general y se tiene que tender a eso, aunque esté radicado en un solo padre el cuidado personal. Si uno le da énfasis en la corresponsabilidad, se habla de una participación activa y permanente, un involucramiento y una participación activa en la crianza y cuidado de un niño y que no tiene que ver con que tenga el cuidado personal”*.

En un mismo sentido, la Corte Suprema se pronunció en causa rol N°21334-14 de 4 de septiembre de 2014, donde señaló que la corresponsabilidad a la que alude el artículo 229° del Código Civil no implica el establecimiento de un determinado “régimen” de parte del juez de familia, ya que, en realidad constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que considera la autoridad parental, esto es, que ambos padres asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral: crianza y educación.

Por otra parte, hay que tener en consideración que la corresponsabilidad y el cuidado personal compartido, atienden a conceptos distintos, dado que, mientras el primero alude a un principio que busca responsabilizar a ambos padres en la crianza y desarrollo de sus hijos e hijas, el segundo en cambio, corresponde a un régimen que establece que el cuidado del hijo o hija debe ser compartido entre el padre y la madre. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en un dictamen del 16 de junio de 2014, indicó que la corresponsabilidad parental y el cuidado personal compartido son cuestiones diferenciables; el principio de corresponsabilidad no autoriza al juez para atribuir judicialmente el cuidado personal a ambos padres separados; el cuidado personal compartido solo puede establecerse por convención entre ellos, y tal regla no resulta antojadiza ni irracional por cuanto, de no existir acuerdo, no es difícil vislumbrar que no habrá suficiente coordinación para que el niño no se vea menoscabado por una alternancia no consentida¹⁵.

Esta distinción es la que permite que el principio de corresponsabilidad no solo sea uno rector respecto al cuidado personal compartido, sino que debe estar presente en toda la dinámica familiar, así, *“la custodia compartida no es el único modelo relacional que permite concretar la corresponsabilidad parental; ésta, en cuanto principio, debe orientar todas las decisiones y el ejercicio de todas las facultades y deberes de los padres con sus hijos y no opera solo en materia de cuidado compartido”* (Acuña, 2013, pág. 30).

3. CUIDADO PERSONAL

En esta materia, el legislador se limitó a establecer que el cuidado de los hijos o hijas podrá radicarse en el padre, madre o en ambos en forma compartida, sin embargo, no estableció un concepto que lo defina como tal. No obstante, se entiende que *“consistiría en el derecho y deber que los padres tienen de amparar, defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación* (Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género)”.

Asimismo, se puede desprender que el principio de corresponsabilidad se vincula con éste, en el entendido que aquel es el principio rector en toda relación entre padres con sus hijos o hijas, independiente si están juntos o separados.

Dentro de los aspectos más relevantes en la determinación del cuidado personal, destacan tres: 1. Relación Directa y Regular, 2. Criterios para su establecimiento y 3. Intervinientes del proceso.

¹⁵ Tribunal Constitucional, causa rol N°2699-2014, 16 de junio 2014.

3.1 Relación Directa y Regular (RDR)

La relación directa y regular (régimen de visitas) se define en el artículo 229° de la Ley N°20.680 como *“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 estable”*. Esta se vincula con el cuidado personal, en atención a que el padre o madre que no lo tenga, tendrá el derecho y deber de mantenerla.

La Ley se encarga de orientar la determinación del régimen que se estime conveniente, ya sea por acuerdo de los padres o por decisión de un juez, en cuanto fomenta una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando siempre por el interés superior del niño, entregando ciertos parámetros a considerar a la hora de decidir sobre la relación directa y regular.

3.2 Criterios para determinar el cuidado personal

Dentro de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.680, se encuentra la incorporación del artículo 225°-2, que se encarga de entregar criterios y lineamientos a seguir por parte del juzgador a la hora de decidir y fallar en materias de cuidado personal.

El artículo señala que los criterios se deben considerar y ponderar conjuntamente al momento de establecer el régimen y ejercicio del cuidado personal, es decir, esta norma *“obliga a los jueces a un análisis más acabado de todas las circunstancias que confluyen en el caso en estudio, en comparación con la ley derogada en la que el cuidado personal le correspondía a la madre, salvo acuerdo en contrario de los progenitores o que se demostrara que ésta sufría de una causal de inhabilidad”* (Quintana Villar, 2014, pág. 243).

En la actualidad el juez debe ponderar los siguientes criterios:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.

- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

Cabe destacar que la mayoría de los entrevistados concordaron en que los criterios eran suficientes para determinar un régimen de cuidado personal, y que de no serlos, el último de ellos (letra j), vendría a cubrir cualquier situación que no se viese considerada en alguno de los criterios anteriores. En esa misma línea, la académica María Soledad Quintana, indicó que *“estudiando los criterios y estudiando la jurisprudencia, la enunciación de ellos es suficiente, porque cada caso es distinto, cada realidad es distinta, pero si hay alguno que, en este caso concreto, no ha sido considerado y que el juez estime que sí es conveniente tomarlo en consideración, está la posibilidad con este último numerando”*.

En términos similares se refirió la Doctora en Derecho, Marcela Acuña, quien ha señalado que *“los criterios que están aquí son suficientes y está bien la norma abierta a cualquier otro antecedente que pueda ser relevante, que puede permitir evaluar las situaciones, porque el 225°-2, al final de cuentas, está pensado en la situación de normalidad, es decir, en la generalidad de los casos, dado que la ley no se puede poner en todos los casos”*.

Por otro lado, el magistrado Luis Jorquera, establece la necesidad de descentralizar dichos criterios de los padres, expresando que debiese incluirse uno nuevo relacionado con el desarrollo cognitivo, así, indicó que *“hay que considerar la etapa del desarrollo cognitivo, la etapa del desarrollo emocional, ya que todas están centradas en los padres y solo al final se habla de alguna que tenga que ver con el interés –superior del niño-, hay que ver cómo está –el niño-, cómo se siente, en qué etapa del desarrollo está, si tiene alguna enfermedad, si ha manifestado anteriormente alguna decisión de una posible alienación”*.

En relación con la ponderación de criterios, los entrevistados señalaron que era indispensable utilizar cada uno de éstos para guiar la valoración de las pruebas, sin embargo, no todos los jueces utilizaban esta metodología de trabajo, es así como Felipe Pulgar, magistrado del Tribunal de Familia de Viña del Mar, señaló que *“hay desde los que no lo ponderan conforme al 225°-2, hay quienes lo ponderamos conforme a todos los parámetros, y esa es una de la razones por las que los fallos son mucho más extensos”*. En cuanto al orden de ponderación o valoración de los criterios manifestó que *“la ley no establece un sistema de prevalencia, entonces, ahí tú puedes entender diversas teorías, por ejemplo, están los que plantean que al no haber establecido la ley un sistema de prevalencia, no lo tiene que aplicar el intérprete”*.

3.3 Intervinientes en la determinación del cuidado personal

En el establecimiento del cuidado personal del niño, niña o adolescente se pueden distinguir diversos intervinientes, dependiendo de la forma en que este se determine.

Por una parte, está la posibilidad de que sea decretada de manera convencional entre los padres, esto es, a través de acta extendida o escritura pública, otorgadas por el registro civil o una notaría respectivamente de acuerdo al artículo 225°. Por otra parte, existe la posibilidad de acordarlo a través de un proceso de mediación, el que se encuentra regulado en el artículo 106° de la ley que crea los Tribunales de Familia, donde se señalan los casos en que ésta deberá ser obligatoria, encontrándose dentro de ellos el cuidado personal.

En razón de lo anterior, los padres que quieran someterse a la decisión de un juez de familia, deberán en una primera instancia acudir a la mediación como herramienta para solucionar el conflicto, y en caso de que se declare frustrada, iniciar las diligencias necesarias para comenzar un procedimiento judicial ante un Tribunal de Familia.

3.3.1 Servicio de Registro Civil e Identificación

El Servicio de Registro Civil e Identificación interviene en el proceso de determinación del cuidado personal, así lo señala el artículo 225° de la Ley N°20.680, el que establece que si los padres viven separados el cuidado personal se puede determinar de común acuerdo, y una de las herramientas que otorga es el acta extendida ante un oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación. El acta deberá ser subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija dentro de los 30 días subsiguientes a su otorgamiento para que sea oponible a terceros.

Según lo señalado por los entrevistados esta herramienta tiende a ser útil, ya que da la oportunidad a que los padres de forma acordada, puedan regular y determinar el régimen de cuidado personal de su hijo o hija, sin embargo, también ha sido criticada, por la falta de información que manejan sobre ella tanto la ciudadanía como el propio Servicio; es así como la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos indicó que *“la mayoría de la población desconoce que –efectivamente– pueden ir al Registro Civil y regular esto, y ha pasado que éste no les ha querido inscribir el acuerdo”*.

3.3.2 Notaría

Dentro del mismo artículo donde se encuentra regulada el acta extendida por oficial del registro civil, se hace referencia a la escritura pública otorgada por notario, como herramienta para poder regular el cuidado personal de manera convencional y extrajudicial.

Este método recibió críticas en cuanto a que no solo implica que los padres tengan una relación óptima para poder resolver esta materia de manera acordada y sin la intervención –en la decisión- de un tercero imparcial, sino que además requiere del pago de un monto establecido por cada notaría.

Es relevante señalar que el acuerdo realizado por medio de acta extendida o por escritura pública, busca establecer 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, la cual podrá revocarse o modificarse con las mismas solemnidades.

3.3.3 Mediación Familiar

La mediación familiar está regulada en el artículo 103° y siguientes de la ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, donde se la define como *“aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”*.

La Unidad de Mediación se refirió a que este procedimiento *“funciona como un proceso donde el mediador convoca e invita a las partes involucradas en el conflicto, de forma tal de hacerlo a través de la comunicación de distintas técnicas de mediación para poder resolver el conflicto, trabajar la lógica de cambiar desde el sistema conyugal al sistema parental”*.

Por su parte, el artículo 106° de la ley que crea los Tribunales de Familia, indica que las causas relativas al derecho de alimentos, al cuidado personal y al derecho a mantener una relación directa y regular de los padres con sus hijos e hijas que vivan separados, deben someterse obligatoriamente a un procedimiento de mediación con anterioridad a la interposición de una demanda que de curso a un procedimiento judicial.

En el caso que, durante el desarrollo de la mediación se lograra llegar a un acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos en ella, se firmará un acta por las partes y el mediador, la que deberá ser remitida al Tribunal para su aprobación, siempre y cuando no fuere contrario a derecho¹⁶. *“El acuerdo de mediación, firmado por las partes, no vale nada si no es aprobado judicialmente, por lo que el mediador ya no solo construye acuerdos con las partes, sino también, construye acuerdos para que sean aprobados judicialmente, siendo ahí donde los criterios judiciales, también, forman parte importante de la intervención que realiza el mediador”*. (Unidad de Mediación Familiar). Cabe destacar, que a este tipo de acuerdo se le otorga el valor de equivalente jurisdiccional, esto quiere decir que, una vez lo aprueba un juez pasa a tener el valor de una sentencia ejecutoriada.

En cuanto a las causas que deben ser sometidas obligatoriamente a mediación, destaca la de cuidado personal, la que sin embargo, no considera el cuidado personal compartido, dado que el legislador no lo incorporó dentro aquellas materias susceptibles de ser tratadas a través de la mediación, sino que se entregó exclusiva y únicamente a los dos mecanismos anteriormente

¹⁶ Artículo 111 de la Ley N°19968 que crea los Tribunales de Familia.

señalados, esto es, escritura pública otorgada por notario público o acta extendida por Oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Al respecto, la académica y mediadora Marcela Fernández se refirió sobre la estipulación del acta de mediación en la Ley N°20.680, advirtiendo que en ésta *“se establecieron ciertas formalidades para el cuidado compartido y no se menciona el acta de mediación, por lo que no se puede ir en contra de la Ley”*, por lo que recomienda que en ella *“debería decir acta de mediación, esta debería incluirse, ya que actualmente está dentro del Sistema de Familia, es un equivalente jurisdiccional más”*.

El Centro de Mediación de la Universidad Central, manifestó por su parte, la necesidad de incorporar dentro de las materias a regular por el procedimiento de mediación, la del cuidado personal compartido, atendiendo a que la mediación permite acercar las posiciones de los padres y madres a la realidad y contexto que les rodea.

3.3.4 Tribunales de Familia

El artículo 8° de la ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, determina la competencia de estos juzgados e indica en su numeral primero, *las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes*.

Los Tribunales de Familia son los órganos judiciales que tienen competencia para conocer las causas de cuidado personal, no obstante, se reitera en que éstas deberían ser previamente objeto mediación, en razón a que pertenecen a las causas que deben ser sometidas a ella obligatoriamente, por lo que solo en el caso de no lograrse un acuerdo y declararse frustrada, será el Tribunal de Familia correspondiente el órgano decisor en la causa.

Cabe precisar que, a pesar que los Tribunales tienen dicha competencia, respecto de las causas sobre cuidado personal compartido no la poseen, esto en atención a que el legislador no lo especificó en la norma, estableciendo, por tanto, un mecanismo específico para aquello, esto es, a través de acta extendida por oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación o por escritura pública ante notario.

Para la determinación del cuidado personal en los Tribunales de Familia, intervienen el Juez, el Consejero Técnico y el Curador ad Litem.

- **Juez**

El juez del Tribunal de Familia conoce y valora la prueba a través de las reglas de la sana crítica, esto significa que no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados. De esta forma en la sentencia se requerirá el

señalamiento de los hechos con el objeto de que contenga el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que se llegue¹⁷.

En cuanto al establecimiento del cuidado personal compartido, el juez no se pronuncia al respecto, considerando que ésta es una materia que no se encuentra regulada dentro de las competencias de este tipo de tribunal. Así, el magistrado Felipe Pulgar, además señaló que *“el juez no puede imponer el cuidado personal compartido por sentencia, el juez solo puede radicarlo en la mamá o en el papá o en los terceros, por lo tanto, el compartido siempre es por vía de acuerdo”*.

En cuanto a las herramientas disponibles para conocer las causas de cuidado personal compartido, el juez Presidente del Tribunal de Familia de la comuna de Arica, Luis Jorquera, destacó que la intervención del Tribunal debía haber sido considerada: *“se pudo haber incluido al juez acá, como también al mediador, es decir, que el mediador también pueda aprobar una tuición compartida, acá lo más importante es el acuerdo, la forma (...) también podría ser acta de mediación y también podría ser ante un Tribunal de Familia”*.

- **Consejero Técnico**

Otra figura que interviene en un Tribunal de Familia corresponde al consejero técnico, esto, de acuerdo al artículo 6° de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, que además de señalar que los miembros del consejo técnico son auxiliares de la administración de justicia, establece que *“en cada juzgado de familia habrá un consejero técnico interdisciplinario integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia”*.

Por su parte, el artículo 5° de la misma ley establece que sus funciones son asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento en el ámbito de su especialidad. De tal modo, lo señaló la consejera técnica Katherine Paredes quien estableció que su rol es *“asesorar al juez con materias que no son de su dominio, que tiene que ver con la materia psico-social, (...) son los consejeros técnicos los que tenemos la expertise -ya sea en psicología, trabajo social, sociología- que permita una mirada mucho más amplia respecto de las problemáticas que se ven en familia”*.

Asimismo, el artículo 5° menciona las siguientes funciones específicas que desempeña este profesional:

- a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas.
- b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente.
- c) Evaluar, a requerimiento del juez, la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo.

¹⁷ Artículo 32 de la ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia.

- d) Asesorar al juez, a requerimiento de éste, en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7° de la ley N°20.066, sobre violencia intrafamiliar, y
- e) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.

Es el juez o jueza a cargo de la causa quien decide la intervención del consejero técnico, esto en atención a las características y necesidades de la misma, principalmente en materias de violencia intrafamiliar y de vulneración de derechos en que se vean involucrados NNA. En palabras de la profesional Katherine Paredes: *“el rol del consejero técnico es fundamental, no solamente en materias de protección, de violencia intrafamiliar, donde, de alguna manera, hay una obligación de la presencia de un consejero técnico, sino que también en materias de cuidado personal, relación directa y regular y todo aquello donde estén involucrados niños, niñas y adolescentes”*.

- **Curador ad Litem**

El Curador ad Litem es aquel abogado designado por un juez del Tribunal de Familia, para representar a un niño, niña o adolescente, en los casos en que estos carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez de familia considere que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquellas personas a quienes les corresponda legalmente su representación (Corporación de Asistencia Judicial, 2015).

Este interviniente se encuentra regulado en el artículo 19° de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, donde se establece el deber del juez de procurar una debida representación de los derechos de NNA, señalando que *“en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados”*.

Si bien el referido artículo señala las circunstancias en que el Curador ad Litem debe intervenir, la mayoría de los entrevistados concordó en que esta figura debería estar presente en todas aquellas causas en que se vean involucrados NNA, con el objeto de velar por el correcto cumplimiento y garantía de los derechos de éstos.

Referido a lo anterior, el magistrado Felipe Pulgar señaló que *“la ley regula el tratamiento del Curador ad Litem, se le asigna un abogado al niño, en la medida que sus intereses sean incompatibles con los de los papás, en el fondo (...) uno se debiese abrir a la posibilidad que el niño –ojalá- tuviera siempre un abogado”*.

De forma similar curadores ad litem del SENAME de Valparaíso, manifestaron que *“lo ideal sería que en todo procedimiento donde estuvieran involucrados los intereses de un niño, éste contara con una representación, con alguien adicional que viera solo –en particular- por él, que priorizara por él”*.

Por otra parte, se criticó la escasa regulación en la ley que existe sobre la figura del Curador ad Litem, lo que ha generado que las exigencias para cumplir este rol sean mínimas, y como consecuencia que la calidad del trabajo y el desempeño de los mismos sea muchas veces deficiente. *“Efectivamente un solo artículo habla del curador y no hay mayores criterios, porque*

sería un reconocimiento paulatino, ahora, sería más importante tener una ley de garantía de infancia, reconocer los derechos de los niños” (Luis Jorquera, Magistrado Tribunal de Familia Arica).

En la misma línea representantes del Departamento de Asistencia Judicial Comunitaria de la Municipalidad de Viña del Mar, manifestaron que *“la figura del Curador ad Litem está al ‘lote’ en el sistema, debiera crearse algo más especializado (...) es poco profesional la figura, de hecho ha pasado en ocasiones que el curador no llega a la audiencia, y aun así, las audiencias incluso complicadas se llevan a cabo, se dicta sentencia, y el niño no tenía representación. En esta materia, el sistema está al debe”.*

4. EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO

El legislador se encargó de establecer un concepto de cuidado personal compartido en el artículo 22° inciso segundo de la Ley N°20.680, definiéndolo como *“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”.*

52

Cabe destacar que el cuidado personal compartido difiere de la corresponsabilidad, puesto que el primero implica, en palabras de las juezas de la Asociación Nacional de Magistrados *“que tanto padre como madre, lo comparten, no necesariamente 50 y 50, puede ser una proporción distinta, pero es compartida (...) son cuestiones distintas, porque, aunque no haya cuidado compartido, siempre existe la corresponsabilidad”.*

Como se señaló anteriormente, el cuidado personal compartido solo puede ser regulado a través de acta extendida por oficial del Registro Civil e Identificación o por escritura pública ante notario, sin embargo, estas herramientas pueden resultar insuficientes para regular materias sensibles que afectan directamente a NNA, cuyos derechos podrían ser vulnerados, en el caso de no llevar a cabo un acuerdo que efectivamente vele por el interés superior del niño. Así se refirió la académica Marcela Fernández cuando afirma que *“muchas veces, las personas que regulan el cuidado compartido necesitan que realmente un mediador los pueda ayudar a construir acuerdos que sean sustentables en el tiempo”.*

5. INICIATIVAS PARA MODIFICAR LA NORMA

Desde la publicación y entrada en vigencia de la Ley N°20.680 en el año 2013, se han propuesto diversos proyectos de ley que manifiestan la continua preocupación de las parlamentarias y parlamentarios sobre la necesidad de una regulación más íntegra en los temas en que se involucra el bienestar de NNA, considerando que la familia es el núcleo de la sociedad.

Por una parte, en mayo de 2019 se presentó el proyecto de ley boletín N° 12613-18, con el principal objetivo de que el cuidado personal compartido pueda ser determinado por un juez a través de una causa vista en un Tribunal de Familia, y por otra parte, en junio de 2019, se presentó el proyecto de ley boletín N°12717-18, impulsado por la organización *Amor de Papá*, a través del cual se persigue regular e incluir materias como la profundización del cuidado personal compartido, en cuanto pueda ser establecido por un juez de Tribunal de Familia, sanción a las acusaciones falsas, sanciones a la obstrucción de vínculo con los hijos o hijas y la consideración como delito del síndrome de alienación parental (SAP), entre otros.

CAPÍTULO IV.

INSTITUCIONALIDAD

CAPÍTULO IV. INSTITUCIONALIDAD

El presente capítulo aborda la institucionalidad en la determinación del cuidado personal, en cuanto a las personas y organismos que intervienen de forma directa en este proceso, como a todas aquellas otras instituciones o programas que prestan su colaboración.

Para la elaboración de este apartado, la Unidad de estudio clasificó a los diferentes intervinientes que participan en el procedimiento de la determinación del cuidado personal. En este entendido se distinguieron dos vías para su establecimiento, las que no son necesariamente vinculantes entre sí.

La primera, se caracteriza por acuerdos llegados entre padres y madres separados, que optan por determinar y regular un régimen de cuidado personal, por medio de una vía no judicializada. A esta Fase se le denominó como *Prejudicial*, e intervienen en ella: El Servicio de Registro Civil e Identificación, Notarías y Unidades de Mediación.

La segunda vía en cambio, corresponde a la que se ha denominado como Fase *Judicial*, en atención a que, en ella participa directamente un Tribunal, en este caso, el de Familia. Se llega a esta fase, toda vez que padres y madres no lograron alcanzar un acuerdo sobre el régimen de cuidado personal que regirá la relación con sus hijos, para estos efectos, participan jueces, consejeros técnicos, y curadores ad litem de ser necesarios.

Por último, cabe mencionar que, la institucionalidad comprendida en la Ley N°20.680, abarca también a otras instituciones, que a pesar de no estar determinadas de forma expresa en el cuerpo de la norma, en su implementación destacan por ser aquellas que colaboran y asesoran sobre las implicancias del *principio de la corresponsabilidad*.

1. INSTITUCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL

La determinación del cuidado personal viene dada desde una fase prejudicial que incluye a la mediación en ella, hasta una fase judicial que involucra a los Tribunales de Familia.

1.1 Intervinientes en la determinación del cuidado personal

El mencionado proceso incluye a varios intervinientes que interactúan en él, de ese modo en la fase prejudicial y conforme se los exige la Ley en análisis, se involucran el Servicio de Registro Civil e Identificación y las Notarías. En esta fase también se encuentra la mediación y con ello los profesionales acreditados en esta disciplina, quienes ejercen el rol de mediador.

En una fase judicial se ubica a los Tribunales de Familia en los que trabajan coordinadamente los jueces, consejeros técnicos y *curadores ad litem*.

1.1.1 Servicio de Registro Civil e Identificación y Notarías

Para determinar los acuerdos de cuidado personal de los hijos de padres que vivan separados, el artículo 225° de la Ley N°20.680, indica que éste podrá ser otorgado por medio de dos entes: del Servicio de Registro Civil e Identificación a partir de un acta extendida o por las Notarías a través de una escritura pública.

El Servicio de Registro Civil e Identificación es un servicio público que atiende a todos los ciudadanos que habitan Chile, establece la identidad de cada uno de ellos, otorgándole los documentos que la acreditan, asimismo es el encargado de registrar y acreditar una serie de hechos que en el transcurso de sus vidas afecten su estado civil y su patrimonio.

En relación a la materia en análisis, el artículo 225°, le otorga a dicho Servicio las competencias para que cualquiera de sus oficiales pueda extender un acta para regular el cuidado personal, la que deberá ser subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. A su vez, señala que el presente 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, situación similar acontece con las escrituras públicas elaboradas en notarías, las que también deben ser subinscritas.

Es posible precisar que la consideración del Servicio de Registro Civil e Identificación para el presente acto se debe, según la Asociación de Magistrados, a que en Chile no existen notarías en todo el país que pudiesen cubrir el requerimiento, por tanto especifican que *“jurídicamente las transacciones se firman ante notario y cuando no hay notario disponible en algunos lugares, el oficial del Registro civil cumple la función de ministro de fe, por eso están estas dos”*.

Por otra parte, respecto a la procedencia de la intervención de un juez durante el proceso en que se esté buscando llegar a un acuerdo entre los padres del NNA, y considerando que la Ley

ya establece las dos mencionadas herramientas para regular el cuidado personal compartido, la Asociación de Magistrados agregó que *“hay quienes están en la postura de que al juez no le corresponde [aprobar los acuerdos establecidos en actas y escrituras públicas], ¿por qué no le corresponde? porque bueno, si es un equivalente a dos figuras que establece la ley para qué el juez va a tener que aprobarla si forma parte de la libertad de las partes para tomar esa decisión, esa es una postura”*.

No obstante, adicionaron que la mencionada posición podría traer aparejada consecuencias negativas para las partes, en cuanto éstas *“no necesariamente tienen conocimiento de todos los acuerdos a los que deben de arribar para efectuar este posterior control y entonces, ¿cuándo se traduce en un conflicto?, cuando no hay cumplimiento de ese acuerdo y el juez tiene que intervenir para el cumplimiento sin haber aprobado el acuerdo, y en acuerdo que son o incompletos o equivocados, porque pueden haber llegado a acuerdos en que la ley no les permite llegar a ellos, entonces ahí está el conflicto”*, razón que determinaría posiblemente que no existieran acuerdos en las otras instancias, como lo es la mediación.

1.1.2 Unidad de Mediación Familiar

La mediación, es un sistema para resolver conflictos - en este caso- entre los cuidadores del hijo o hija, que son generalmente los padres. Se encuentra regulada en la Ley que crea los Tribunales de Familia, en el artículo 103 y siguientes de la ley y se establece como un mecanismo de resolución de conflictos de familias, de forma previa, en tres materias de carácter obligatorio: alimentos, cuidado personal y relación directa y regular. En este espacio interviene un tercero neutral e imparcial, “mediador”, que ayudará a que las partes puedan encontrar por sí mismas una solución al conflicto por medio de un acuerdo.

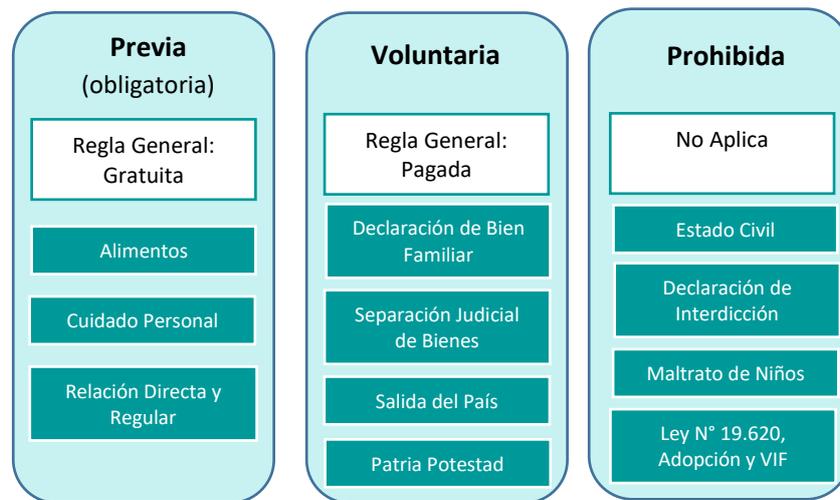
En ese sentido se refirieron desde la Unidad de Mediación Familiar, quienes advirtieron que este sistema *“funciona como un proceso donde el mediador convoca e invita a las partes involucradas en el conflicto, de forma tal de hacer un proceso a través de la comunicación, con distintas técnicas de mediación, y así resolver el conflicto, trabajando la lógica de cambiar desde el sistema conyugal al sistema parental, sobre todo, donde se han roto relaciones”*.

Asimismo destacaron que, *“en el evento de llegar a acuerdos, éste es redactado por el mismo mediador, suscrito por ambas partes y enviado a aprobación judicial”*. Cabe destacar que, el sometimiento a la respectiva aprobación del Tribunal, ha sido una materia que ha generado una discusión sobre la necesidad de contar o no con esta aprobación, dado que, el acuerdo de mediación, firmado por las partes, no vale nada si no es aprobado judicialmente.

De ese modo se señala que el presente instrumento contaría con el mismo valor y el mismo rigor de control que la transacción o acuerdo llevado a cabo en el Servicio de Registro Civil o Notaría, así se cuestionó desde la Asociación de Magistrados en entrevista con la Unidad, al señalar que: *“¿quién controló el acta de Registro Civil? - ¡nadie! -, ¿por qué debiera de ser controlada una mediación en donde se llegó a un acuerdo de cuidado compartido? hay algunos jueces que dicen que no tiene por qué, porque equivale a una transacción y a un acta ante un oficial del Registro Civil”*.

Sobre lo anterior, se ejemplificó con el caso del cuidado personal recaído en terceros, donde los criterios judiciales, también forman parte importante de la intervención que realiza el mediador, “si el Tribunal -y esto ocurre- no acepta el cuidado personal a terceros, el mediador no puede hacer un acuerdo de cuidado personal para los abuelos. Abuelos que han mantenido el cuidado por años. Pero, la regla general es que del 100% de las personas que llegan a mediación y se sientan a conversar, el 68% aproximadamente, logra un acuerdo y queda aprobado judicialmente” (Unidad de Mediación Familiar).

Casos en los que procede la Mediación Familiar



Fuente: Unidad de Mediación Familiar de Chile, División Judicial, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

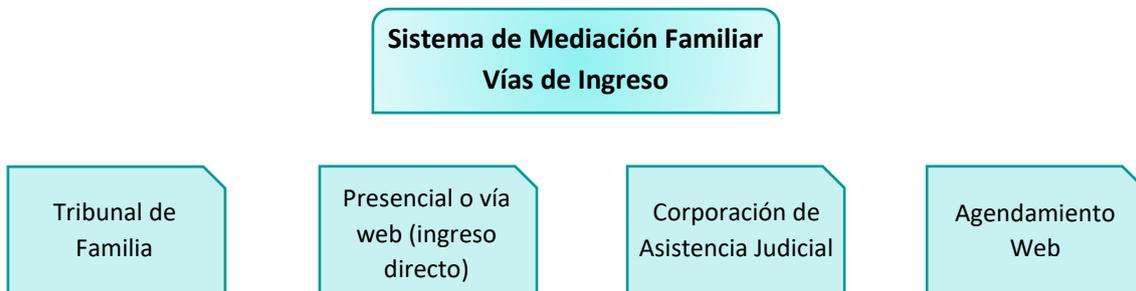
A pesar que generalmente los procedimientos de mediación son de carácter voluntario, existen materias que la Ley considera que deben ser sometidas a ella obligatoriamente en forma previa a la demanda judicial, tal es el caso de las pensiones de alimentos, cuidado personal de las y los hijos, y relación directa y regular con los mismos, así también lo señala la académica María Soledad Quintana, quien indica que “en el caso de no haber acuerdo de las partes, se debe ver en mediación, [siendo ésta] obligatoria”.

Lo óptimo es lograr un acuerdo en mediación, de esa manera se evitará un juicio, el que implica costos en tiempos y recursos, apuntando con ello a descongestionar los tribunales y agilizar los procesos, dado que constantemente se crítica a los Tribunales de Familia por los tiempos que tardan los procedimientos en atención a la relevancia de las materias de su competencia, entendiendo que muchas veces está en juego los derechos de NNA, situación que podría estar derivada de los excesos de causas que ingresan.

Sin embargo, para promover lo anterior se hace necesario aumentar el conocimiento efectivo de esta opción por parte de los ciudadanos, la académica María Soledad Quintana, indica que “tendría que existir un departamento que le explicara a las partes en qué consiste la mediación, porque los mediados van sumamente ignorantes a la mediación, no saben (...) tendría que haber

antes una instancia en la cual se formara, se les instruyera, se le explicara a los mediados los principios, las características de la mediación y los derechos de ellos”, habría por tanto un desconocimiento sobre el valor jurídico que genera la mediación, acuerdo que aprobado por el juez representa una sentencia.

Cabe destacar que si las partes no llegan acuerdo, o no se lleva a cabo la sesión, ésta se declara frustrada y se retoma el curso normal de un juicio. Respecto a esto último, se advirtió que un alto porcentaje de ellas se frustra sin sesión, lo que significaría que *“la gente no logra sentarse a la mesa, por diversas razones: por el factor abogado, el factor violencia intrafamiliar –que es importante- o simplemente, por la distancia geográfica de nuestro país que impide [concretar] la comparecencia personal [una exigencia de la mediación]”.* (Unidad de Mediación Familiar)



Fuente: Unidad de Mediación Familiar de Chile, División Judicial, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Rol del mediador

El mediador es aquel intermediario, profesional, que ha estudiado los modelos y técnicas de los procesos de mediación, en su formación destaca el estudio de la teoría de sistemas familiares, de la teoría de la comunicación y habilidades comunicacionales y del derecho de familia.

Para ejercer la mediación dicho profesional deberá estar previamente inscrito en el Registro de Mediadores al que se refiere el artículo 112 de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia. Será el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el encargado de mantener permanentemente actualizado dicho registro, individualizando a todos los mediadores inscritos, consignando además en éste el ámbito territorial en que prestaran servicios, el que deberá corresponder a lo más, al territorio jurisdiccional de una Corte de Apelaciones o de varias, siempre que se encuentren en una misma región y a lo menos, a todo el territorio jurisdiccional de un tribunal de primera instancia con competencia en asuntos de familia.

En cuanto a los requisitos con los que deberá contar el mediador para inscribirse en el Registro de Mediadores, el mismo artículo indica como obligatorio los siguientes cuatro: 1. Poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una

institución de educación superior del Estado o reconocida por éste; 2. Acreditar formación especializada en mediación y en materias de familia o infancia, impartida por alguna universidad o instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en dichas materias; 3. No haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, por alguno de los delitos contemplados en los artículos 361 a 375 del Código Penal, ni por actos constitutivos de violencia intrafamiliar y 4. Disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación.

En relación a la formación de quien se desempeña como mediador, se destacó desde la Unidad de Mediación Familiar que el establecimiento del acuerdo de mediación como equivalente jurisdiccional, *“está entregado a terceros ajenos al Poder Judicial y hay que tener ojo acá, que esto es una novedad -a diferencia de otras cosas- que no necesariamente son abogados. De hecho, la mayoría no son abogados. El 40% de las personas que están en el registro de mediadores son asistentes sociales”*.

De acuerdo a la información disponible en el sitio oficial de la Unidad de Mediación Familiar de Chile, los mediadores pueden clasificarse en dos tipos, los licitados y los privados. Los primeros los define como aquellos que estando inscritos en el Registro de Mediadores participan de alguna licitación ofertada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y se la adjudican, en el contexto de mediación previa y obligatoria, pasando a estar contratados por el Ministerio; los segundos en cambio, son quienes a pesar de estar debidamente inscritos en el Registro, no han participado en las licitaciones públicas del Ministerio, sin embargo, se encuentran habilitados legalmente para prestar servicios de mediación.

Según se estipula en el sitio oficial de Mediación Chile, durante todo el proceso de mediación, se deben cumplir y garantizar los siguientes principios:

- **Igualdad**

Las personas en conflicto deben encontrarse en condiciones similares para dialogar y llegar a un acuerdo, en caso que esto no se presentara, se deben proponer medidas para alcanzar un equilibrio, de no ser posible se debe declarar terminada la mediación.

- **Voluntariedad**

Los participantes tienen la libertad de iniciar un proceso de mediación y de retirarse en cualquier momento de la sesión, además cuentan con la posibilidad de intentar resolver el problema a través de otra alternativa.

- **Confidencialidad**

Todas las conversaciones u declaraciones expresadas durante la mediación podrán ser relatadas o escrituradas a terceros con la autorización de las partes en conflicto.

- **Imparcialidad**

Los mediadores deberán abstenerse de promover acciones que comprometan el trato igualitario que deben dar a las partes en conflicto. Si estas consideran que el mediador no está siendo imparcial, pueden solicitar la designación de un nuevo mediador, previa justificación.

- **Interés superior del niño/a**

El mediador velará siempre para que se tome en cuenta el interés del niño, niña o adolescente involucrados en el conflicto.

- **Opiniones de terceros**

El mediador velará para que se consideren las opiniones de los terceros que no fueron citados a la audiencia, a quienes también se les podría invitar a participar.

Sobre los principios definidos, cabe destacar que el de ‘imparcialidad’ ha sido criticado por quienes consideran que aquel no se cumpliría a cabalidad, un ejemplo de lo anterior lo entrega la académica María Soledad Quintana, quien declara que *“ha llegado a mi conocimiento casos en los cuales el mediador no ha tenido esta neutralidad que le exige la ley”*, por lo tanto, señala que debería existir alguna fórmula que permitiera garantizar la imparcialidad. En la misma línea agregó que *“al no tener esta neutralidad, el mediador ha desatendido los derechos de uno de los mediados privilegiando al otro [y que en consecuencia] se le podría acusar, siendo ésta una causal o de amonestación, de suspensión, incluso de cancelación del registro”*.

Administración del Sistema de Mediación

Otro aspecto relevante de la Mediación, es la administración que posee este Sistema. En cuanto a la dinámica en la contratación de este tipo de servicios, es posible precisar que la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, establece en su artículo 114° que el Ministerio de Justicia velará por una adecuada oferta de mediadores en todas las jurisdicciones de los tribunales con competencia en materia de familia, a través de contratación pública. A su vez, se estipula que este servicio deberá ser externalizado, profesional y sin costo para las partes.

“El Estado decidió la externalización 100% de este servicio, a diferencia de otros servicios, como la Defensoría Penal Pública, que tiene una externalización mixta, es decir, hay funcionarios públicos y privados. [Para el caso de la mediación] el Ministerio de Justicia, debe contratar a personas naturales y jurídicas a través de licitaciones públicas para prestación gratuita. Y eso (...) lo hacemos periódicamente, cada tres o cuatro años”. (Unidad de Mediación Familiar).

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de su Unidad de Mediación, se encarga de los costos asociados a la implementación de este servicio, los que hoy en día se realizan en base a un pago que considera un componente fijo y uno variable, de carácter trimestral, supeditado al desempeño de los mediadores vinculados a tres metas: cantidad de causas con sesiones celebradas, porcentaje de causas tramitadas en 60 días y porcentaje de acuerdos alcanzados.

En cuanto a la necesidad de ponderar dichos indicadores, la Unidad de Mediación Familiar señaló primeramente que, la cantidad de causas con sesiones celebradas, era relevante en cuanto a que, *“nos interesa, no necesariamente que la gente logre acuerdo, sino que también llegue y conozca lo que es la mediación”*, en segundo lugar, *“la tramitación en 60 días, porque nos importa que las causas ingresen al Servicio y tengan una salida en un plazo legal de 60 días”*, y por último que, *“a veces no todo el mundo lo entiende, [pero] el porcentaje de acuerdo es la forma de medir la eficacia de la política pública. Si yo no logro acuerdo, en realidad, no estoy generando ningún valor al Servicio de Familia y la gente sigue pasando a tribunales. La idea es que la gente llegue y llegue a acuerdo”*.

Sobre el pago de servicios por concepto de mediación, la Unidad precisó que con el transcurso de los años el sistema de pago fue adecuándose a las constantes exigencias en su demanda, advirtiendo que anteriormente éste se efectuaba en atención al resultado obtenido por cada causa, la que era pagada en un 100% si alcanzaba acuerdo, y en un 20% si no; lo que produjo un incentivo perverso por lograr un acuerdo entre las partes, situación que también era observada desde la academia, la que generaba permanentes críticas al sistema.

Por último, y en cuanto a los criterios utilizados para la selección de un servicio de mediación en particular, la Unidad de Mediación Familiar introdujo en los procesos de licitación de contratación pública, una lógica de selección por competencias, con un enfoque en la calidad de los mediadores y en la destreza de herramientas con las que éstos pudieran contar. De ese modo, la puntuación se divide en razón del equipo de mediadores y sus habilidades, a partir de una prueba de conocimiento, que pondera un 40% de la oferta técnica, otra de selección múltiple, también de conocimiento elaborada por la Unidad, seguido por una evaluación psico-laboral para quienes habían pasado las anteriores, culminando con la aplicación de una evaluación práctica. Frente a este proceso, la Unidad señaló que la incorporación de la prueba psico-laboral, fue la que suscitó mayores conflictos entre los postulantes, puesto que *“la gente cree que siempre está habilitada para todos los cargos. Eso significó que harta gente quedara fuera, o sea, creo que son 180 personas del total de los 600 y tantos, que quedaron fuera por el psico-laboral como no recomendable”*.

La lógica de selección por competencias como una nueva modalidad de licitación, se hizo además necesaria dado que anteriormente la Unidad contrataba servicios de acuerdo a la cantidad de estudios que tenía el potencial mediador, cuestión que *“significó, en algún momento, que la gente empezara a comprar los diplomados o hacer cursos online, que no necesariamente generaban herramientas”* (Unidad de Mediación Familiar).

1.1.3 Tribunales de Familia

Los Tribunales de Familia empezaron a funcionar a partir del año 2005, a través de la publicación de la Ley N°19.968 que los crea, con el objeto de otorgar una justicia especializada para los conflictos de naturaleza familiar. Además nacen de la finalidad de modernizar la administración de justicia que se tenía hasta entonces en el país.

Actualmente en Chile no existiría uniformidad en la forma de resolver que tienen los jueces en los Tribunales de Familia, así lo destacó la docente en Derecho, Marcela Acuña, quien se refirió además a que *“cada Tribunal tiene su propios ritos, sus propias formas, sus propios modos. No existe uniformidad. Lo único que uniforme es arriba, cuando llegan a la Suprema, ni siquiera en las Cortes de Apelaciones. Las Cortes de Apelaciones tienen también criterios muy dispares. Pero, yo diría que la Suprema está cumpliendo un rol muy positivo en esto y tiene criterios que se adecúan mucho más a las tendencias internacionales, a la protección real del niño y a la neutralidad que intenta establecer la Ley”*.

- **Jueces**

Los jueces de familia toman parte del procedimiento una vez que los padres no logran concordar sobre el cuidado personal, entregándole por tanto el poder decisorio al juez. Para esto, la Ley en análisis, en su artículo 225°-2 entrega criterios que permiten que éste resuelva con mayor conocimiento el establecimiento del régimen y del ejercicio del cuidado personal.

Los criterios a considerarse y ponderarse son los siguientes:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo

El establecimiento de los criterios es evaluado positivamente por los entrevistados, tal fue el caso de la académica María Soledad Quintana, quién indicó que en este apartado, el legislador nuevamente había ayudado al juez puesto que *“le da una enumeración de criterios para tomar en consideración en el momento de resolver. Y es una enumeración abierta, porque el último numerando dice: o cualquier otra consideración que estime de relevancia”*. Sin embargo, la misma docente sostiene que tras estudiar la jurisprudencia se podría inferir que no siempre el juez tiende a utilizar todos los criterios, sino que más bien en la práctica estaría desatendiendo *‘la opinión del menor’*, criterio que destaca como uno muy importante, *“si ustedes estudian la jurisprudencia van a apreciar que, en algunos casos, el menor- al parecer- no ha sido oído, pero eso no es una falla de la Ley. Fíjense ustedes que, en cambio, otros jueces unen este derecho del menor de ser oído, la opinión del menor, con este principio de la ‘autonomía progresiva’¹⁸, que no aparece explicitado en esta Ley, pero sí aparece en leyes recientes”*.

Por otra parte, se estima que la importancia de valorar la *opinión expresada por el hijo*, radica en que ésta le permitiría al juez visibilizar una posible injerencia de terceros sobre la voluntad real del NNA, *“si el niño quiere manifestar su opinión, lo puede ir a hacer y ahí el juez ponderará, de acuerdo a la edad del niño, el contenido y también ponderar si hay interferencia de terceros, porque puede venir un niño a sentarse y decir ‘yo quiero estar con mi mamá’ y nadie le ha preguntado nada”* (Katharine Paredes, Consejera Técnica, Tribunal de Viña del Mar).

En la práctica, el principio de *autonomía progresiva*, también ha sido atendido por psiquiatras del Instituto Chileno de Terapia Familiar, quienes indicaron que, es necesario contar *con la opinión de los NNA con el objeto de ponderarla según la edad y el contexto familiar de cada uno de ellos*: *“si el niño es pequeño, tiene cuatro años y tú le tienes que preguntar con quién quiere vivir, creo que ahí hay que tomar decisiones, las mejores decisiones por el bienestar del niño, porque, ¿qué va a contestar un niño de cuatro años? a lo mejor en la casa de alguien tiene más juguetes, no sé”*, ejemplo al que contrastaron con la experiencia de un adolescente, advirtiendo que éste puede ser más preciso al momento de indicar con cuál de sus padres podría tener una mejor convivencia, sin obviar que éste es un tema que genera conflictos durante un proceso de divorcio, dado que, las especialistas enfatizaron sobre aquellas situaciones en las que NNA se encuentran más cercanos a un padre que al otro, lo que condicionaría su real voluntad al momento de emitir una opinión.

En razón a lo anterior, los profesionales entrevistados, señalaron que si bien hay que considerar el criterio de la opinión expresada por el hijo, es relevante que el juez se guíe por éste pero que a su vez, pondere otros criterios que le permitan resguardar y velar por el interés superior del NNA.

¹⁸ La Defensoría de la Niñez, la define como la capacidad de los NNA de ejercer sus derechos a medida que se desarrollan mental y físicamente.

- **Consejo Técnico**

La Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, establece la existencia de un Consejo Técnico interdisciplinario, con profesionales especializados en asuntos de familia e infancia, cuya función es asesorar individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad, siendo dependientes administrativamente del Poder Judicial.

“Los jueces manejan el tema de la ley, obviamente, tienen conocimiento de temas psico-sociales, porque tienen que pronunciarse respecto de eso, pero somos los consejeros técnicos los que tenemos la expertise, ya sea en Psicología, en Trabajo Social, en Sociología, lo que permite una mirada mucho más amplia respecto de las problemáticas que se ven en Familia, que no son por una causa, a veces, son multicausales” (Katharine Paredes, Consejera Técnica, Tribunal de Familia de Viña del Mar)

De acuerdo a lo anterior, la participación del Consejero Técnico se ha vuelto indispensable en materias de familia, no solo en aquellas causas vinculadas a protección y/o de violencia intrafamiliar, sino que también a las que de alguna u otra forma requieren de su presencia para velar por los intereses involucrados de NNA.

El artículo 7° de la norma anteriormente referida, menciona los requisitos de quienes integrarán el Consejo Técnico, considerando en éste que las exigencias para el cargo serán entre otras, poseer un título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por alguna universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste y acreditar la experiencia profesional idónea y la formación especializada en materias de familia o de infancia.

Asimismo, dentro de las atribuciones del consejero se señalan en el artículo 5° de la Ley N°19.968 que éstas serán las siguientes:

- a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas.
- b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente.
- c) Evaluar, a requerimiento del juez, la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo.
- d) Asesorar al juez, a requerimiento de éste, en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7° de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar.
- e) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.

Con la publicación de la Ley que crea los Tribunales de Familia, algunas tareas desempeñadas por el consejero fueron modificadas; entre ellas destaca la emisión de informes, documentos elaborados a partir de la información recabada en las visitas domiciliarias que ejecutaba este

profesional para los Tribunales de Menores, siendo en aquel entonces parte de la causa. Al respecto, la Consejera Técnica del Tribunal de Viña del Mar, Katharine Paredes, declaró que actualmente su función estaría acotada a *“evaluar, ponderar los informes, pero no emitir ningún tipo de informe. Nosotros emitimos un pronunciamiento respecto de la evaluación de todas las pericias que se tienen, desde ahí es la opinión que uno tiene”*.

En consideración a la intervención del consejero técnico, la académica María Soledad Quintana, recomienda que esta figura esté presente en todas aquellas materias de cuidado personal y relación directa y regular, dado que este tipo de profesional -psicólogo o trabajador social- será quien luego de atender la opinión expresa o tácita que el NNA tenga, aplicará todas las herramientas que posea para advertir cómo es la relación de éste con su familia, pudiendo de esa manera ayudar y colaborar con el caso. Es así, como el contar con profesionales multidisciplinarios permite comprender cómo operan las diversas dinámicas familiares, y con ello concluir entre otros aspectos, las implicancias del ejercicio de materias como el cuidado personal. Por ejemplo, y en ese sentido, basada en la experiencia de su rol de consejera, la especialista Paredes se refirió a que, *“el tema del cuidado personal definitivo (...) está un poco sobrevalorado. A mí me parece que los cuidados personales definitivos no existen, es definitivo hasta que se cambia. Un padre podría accionar (...) nuevamente, por ejemplo, si un cuidado personal se cambia cuando los niños son chicos, eventualmente, cuando los niños son adolescentes, depende –no sé- incluso del género”*.

“uno valora la figura del consejero técnico, porque –efectivamente- cuando hay un informe que es netamente psiquiátrico o psicológico con puros términos de esa área de conocimiento, uno como abogado se queda corto”. (Servicio Nacional de Menores, Región de Valparaíso)

- **Curador ad Litem**

Un Curador ad Litem corresponde a aquel abogado o abogada, que es designado por un juez del Tribunal de Familia para la representación de un NNA. Su actuación se encuentra establecida en el artículo 19° de la Ley N°19.968, la que tiene por objeto velar por todos aquellos intereses de NNA que se vean involucrados en asuntos de competencia de ese tipo de Juzgado.

En ese marco, la académica María Soledad Quintana los define como *“una persona que interviene o tendría que intervenir en el juicio, resguardando los derechos, en el caso, supón tú, de una persona que se declare interdicta, porque padece Alzheimer, entonces, es necesaria esta figura. Pero yo te diría, en toda la jurisprudencia que he revisado, que toca este tema, no aparece”*.

Según lo señaló la Magistrada del Juzgado de Familia de Viña del Mar, Sara Covarrubias, existen tres tipos de Curadores: 1. Los pertenecientes a la Corporación de Asistencia Judicial, capacitados por la misma, 2. Los del *Programa Mi Abogado*, abogados a NNA internados en el SENAME, y 3. aquellos que cumplen funciones para las Oficinas de Protección de Derechos (OPD), en casos que la situación sea más grave y se necesite de alguien especializado en este tipo de materias.

No obstante, y a pesar de la relevancia de esta figura se señaló en entrevistas que el bajo protagonismo que ésta podía tener en materias de cuidado personal, posiblemente se relacionaba a que su injerencia no se encontraría determinada en la Ley N°20.680, sobre corresponsabilidad parental.

Caso destacado: Programa Mi Abogado

En atención a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes del Sename, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el año 2018 crea el Programa Mi Abogado, con el objeto de que todos los NNA que se encuentren en una modalidad de cuidado alternativo por medidas de protección, puedan contar con una defensa especializada.

El sitio oficial de la Corporación de Asistencia Judicial de dicho Ministerio, se indica que esta unidad se encarga de *representar ante los Juzgados competentes, de forma independiente y autónoma de los demás intervinientes, los derechos, voluntad e intereses de los NNA que se encuentran en alguna modalidad de cuidado alternativo, residiendo con sus madres privadas de libertad en centros penitenciarios o en el sistema hospitalario sujetos a una medida de protección* (Corporación de Asistencia Judicial, s.f.).

El Programa Mi Abogado busca combatir las internaciones excesivamente prolongadas, las deficiencias en la comunicación con la familia de origen, las vulneraciones de derechos de los niños, niñas y adolescente en las residencias y la falta de reconocimiento de su autonomía progresiva, entre otros. A su vez, tiene por objeto prevenir la separación de los niños de sus familias y en general promover, respetar y proteger los derechos de los NNA.

Su funcionamiento opera a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, y está compuesto por un equipo multidisciplinario, integrado por abogados, trabajadores sociales, psicólogos, técnicos jurídicos y personal administrativo.

De acuerdo a información entregada por la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana, actualmente el programa se ha implementado en Arica, Tarapacá, Valparaíso, El Maule, Biobío, Los Lagos, Los Ríos, Región Metropolitana y Magallanes, y tendrá cobertura a nivel nacional de manera progresiva al año 2020.

2. OTRAS INSTITUCIONES COLABORADORAS EN MATERIA DE CUIDADO PERSONAL

2.1 Ministerio de Desarrollo Social y Familia

El Ministerio de Desarrollo Social y Familia cuenta con un Sistema de Protección Social conformado por los Subsistemas de Protección Integral a la Infancia, también conocido como *Chile Crece Contigo*, y por el de *Chile Seguridades y Oportunidades*, además se compone por otros dos sistemas, el de *Apoyos y Cuidados* y el de *Elige Vivir Sano*.

Cabe mencionar que, para el análisis de la corresponsabilidad solo se consideró la presencia del Subsistema *Chile Crece Contigo* por ser el único que dispone de un acompañamiento a los padres desde la gestación del hijo o hija, por medio de talleres de paternidad activa, teniendo como misión acompañar, proteger y apoyar integralmente, a todos los niños, niñas y sus familias, a través de acciones y servicios de carácter universal, focalizando apoyos especiales a aquellos que presentan alguna vulnerabilidad mayor, en atención a las necesidades particulares de NNA.

Subsistema *Chile Crece Contigo*

En mayo del año 2006, se publicó el Decreto Supremo N°72 que creó la Comisión Asesora Presidencial “Consejo Asesor para las Políticas de Infancia”. Se integró por 14 miembros, estableciéndose en su artículo 1° la misión de asesorar al Presidente de la República en la identificación y formulación de planes, programas y demás requerimientos tendientes a establecer un sistema de protección a la infancia, en los términos que establece dicho decreto.

Bajo ese contexto, en junio del año 2006 se presenta el primer informe de diagnóstico elaborado por el Consejo, el que se titula como “El futuro de los niños es siempre hoy”, documento que conlleva consensos de los profesionales miembros, en base a la aplicación de un principio básico de la Convención de Derechos del Niño: todas las decisiones que afectan el bienestar infantil deben ser resueltas considerando el Interés Superior del Niño. Cabe mencionar que dicho informe, contenía las propuestas del Consejo para la creación de un Sistema orientado con flexibilidad a las metas de desarrollo integral de todos los niños y niñas definidas para la política de infancia, la que requería además de metas para cada nivel de gestación y de organización de las diversas instituciones e instrumentos que formen parte de aquella política.

Más tarde, en el año 2009, se publica la Ley N°20.379 que crea el Sistema Intersectorial de Protección Social e Institucionaliza el Subsistema de Protección Integral a la Infancia “Chile Crece Contigo”, el que en su artículo 4° especifica cada uno de los requisitos con los que el subsistema debería cumplir para incorporarse al Sistema, entre algunos de ellos se encuentra: Poseer un programa eje, esto es, una acción o prestación social base que determine el acceso de un grupo de familia; responder a criterios de pertinencia en las prestaciones; considerar procedimientos de medición y evaluación de, a lo menos, resultados a nivel de producto, tales como cobertura de las atenciones prestadas, focalización y calidad, entre otros.

Con más de 10 años de operatividad, *Chile Crece Contigo* se ha convertido en una iniciativa que ha acompañado el desarrollo de niñas y niños desde su nacimiento, independiente de su origen, condición física o socio-económica, además ha ido un paso más adelante en lo que ha sido guiar

a los padres en la tarea de relacionarse con sus hijos e hijas, por medio de talleres o guías de parentalidad activa. De ese modo, se refirió Jeanet Leguas (Encargada Nacional del Subsistema Chile Crece Contigo), quien indicó que, *“el objetivo principal del ‘Chile Crece Contigo’ es que los niños alcancen su máximo potencial de desarrollo. (...) Hay talleres de habilidades parentales, donde se les entregan herramientas a los padres y cuidadores, para que puedan criar en torno a la crianza respetuosa, es un concepto súper instalado que tenemos”*.

Conforme lo señaló la Sra. Leguas, los talleres de habilidades parentales con que cuenta este Subsistema – denominados “Nadie es Perfecto”-, son de carácter universal, están dirigidos a todos los adultos que cuiden niños, sean abuelos, tíos, padres, madres, y se entregan en los distintos centros de salud municipales. Asimismo, poseen una metodología traída desde Canadá, la que según indicó, ha tenido buenos resultados. Por otra parte, especificó que aquellos talleres constan de módulos de trabajo donde se les va preguntando a los padres, a modo de conversatorio, cómo ellos enfrentan y resuelven determinadas situaciones con sus hijos o hijas.

Cabe señalar que la Encargada Nacional, especificó que, los programas cuentan con una amplia cobertura, de tal modo, el programa eje, ejecutado en salud, y que lleva por nombre Programa de Apoyo al Desarrollo Bio-psico-social, se encuentra presente en las 345 comunas del país, a partir de un fondo llamado Fortalecimiento Municipal, administrado por un encargado comunal que busca potenciar la red, y que a su vez se reporta trimestralmente, con el objeto de realizar un seguimiento a los convenios a través de la plataforma: Sistema de Gestión de Convenio, la que se encuentra operativa en línea.

Por otro parte, se destacó el trabajo que se mantiene con la UNICEF, con quienes se trabaja distintas temáticas relacionadas con el desarrollo infantil, así como con la corresponsabilidad en la crianza y la conciliación trabajo-familia, de esa manera ambas partes consiguieron elaborar una recomendación a las empresas, para que los padres pudiesen acompañar a sus hijos e hijas a los controles de salud, instrumentos que algunas empresas ya utilizan.

2.2 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

La misión del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, declarada en su sitio oficial, establece *“contribuir al desarrollo del país a través de la modernización del sistema de justicia, promoviendo normas y políticas públicas orientadas a facilitar el acceso y la protección de los derechos de las personas, la reinserción social y la seguridad ciudadana, todo ello en un marco de respeto a los derechos humanos”*.

Si bien, el Ministerio se subdivide administrativamente en dos Subsecretarías: la de Justicia, a cargo de la ejecución de materias de Reinserción Social, Judicial, Jurídica, entre otras; y la de Derechos Humanos, constituida por las Divisiones de Protección, Promoción y otros Programas, cuenta además con Servicios dependientes y relacionados con dicha cartera. En este marco, los Servicios que componen la presente orgánica, corresponden a los siguientes: Servicio Nacional

de Menores, Servicio Médico Legal, Gendarmería de Chile, Servicio de Registro Civil e Identificación, Corporaciones de Asistencia Judicial, y Defensoría Penal Pública.

Es posible establecer que, en el estudio de la Ley N°20.680, se constató la participación de varios intervinientes en el proceso de determinación del cuidado personal, tal fue el caso del Servicio de Registro Civil e Identificación¹⁹, organismo mandatado por la norma para extender un acta que regule el cuidado personal del hijo o hija previamente acordado entre los padres. No obstante, y a pesar de no estar establecido expresamente en la norma, el Servicio Nacional de Menores (SENAME) también se involucra durante este proceso, sin embargo, y a diferencia del anterior, interviene cuando la determinación del cuidado personal se encuentra judicializada.

Servicio Nacional de Menores (SENAME)

El Sename es un organismo gubernamental centralizado, colaborador del sistema judicial y encargado de la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, y de los jóvenes entre 14 y 17 años que han infringido la ley. Además, se ocupa de regular y controlar la adopción en Chile. Así lo señala el sitio oficial de este Servicio, el que establece que, su misión institucional radicaría en *“contribuir a la prevención, promoción, protección y restitución de los derechos de niñas, niños y adolescentes vulnerados en sus derechos, así como a la responsabilización e inclusión social de jóvenes que infringieron la ley, a través de una oferta programática en continuo mejoramiento, la cual es entregada por un grupo humano comprometido, constituido por Sename y sus organismos colaboradores”*.

Este organismo se creó en enero de 1979, a partir de la publicación del Decreto Ley N°2.465, el que además fija el texto de su ley orgánica, la que tiene por objeto, hacer que el Estado cumpla su deber de auxiliar a los menores de edad integrantes del grupo familiar, considerando que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que se debe proteger y así propender a su fortalecimiento.

La labor del Sename responde a las instrucciones derivadas de los diversos tribunales distribuidos a lo largo del país. Por lo que, *“todos los servicios y asistencias que se prestan en la institución, salvo las Oficinas de Protección de Derechos (OPD), están ligadas a la justicia. Los niños y adolescentes atendidos en el sistema de protección han sido derivados por los tribunales de familia. Los adolescentes en el sistema de justicia juvenil han sido derivados por los tribunales de acuerdo a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente”* (SENAME, 2019).

En el contexto de protección, el *principio de corresponsabilidad* conlleva a que ambos padres se hagan responsables del cuidado, crianza y educación de sus hijos e hijas. En este marco, el Sename cobra relevancia en razón a que, en el Decreto Ley N°2.465, se declara en sus fundamentos, que frente a las situaciones que pongan en peligro el desarrollo normal e integral de los NNA, y que no puedan ser solucionadas por la persona que tenga la obligación de su tuición, deberá ser el Estado quien se haga cargo de ellas.

¹⁹ El rol del Servicio de Registro Civil e Identificación, como interviniente en el proceso de determinación del cuidado personal, fue previamente desarrollado al inicio del presente Capítulo.

Sobre la intervención del Sename en estas materias, surge la figura del Curador ad Litem, abogado o abogada de la institución, que busca resguardar los derechos de NNA implicados en causas judiciales de protección y vulneración, llevadas en Tribunales de Familia. En relación al ejercicio de este rol, el Sename (Valparaíso), se pronunció al respecto *“la regla general, dentro de la materia, es que nosotros asumamos la curaduría dentro de causas específicamente de medidas de protección por grave vulneración de derechos. Sin perjuicio de eso, también asumimos la curaduría en otro tipo de casos –también de Familia- en particular, de algunas causas voluntarias que hemos tenido excepcionalmente y de causas contenciosas, que han tenido un leve aumento en el último período, pero nuestro grueso sigue siendo las causas de medidas de protección”*.

En cuanto a la oferta de protección entregada por este organismo, es posible destacar que, ésta ha sido elaborada a partir de programas diseñados, tanto por sus centros como por la red de sus organismos colaboradores. En ella, es posible encontrar planes que consideran cada una de las particularidades y problemáticas de NNA que han sido vulnerados en sus derechos. De esta forma, *“para abordar la oferta de protección de forma integral a lo largo de todo el país, existen más de 200 centros residenciales y más de 900 proyectos ambulatorios que ejecutan los programas desarrollados”*. (SENAME , 2019)

OFERTA DE PROGRAMAS DE PROTECCIÓN (SENAME)	
1. Cuidado Alternativo	Residencia Familiar (RFA)
	Residencia de Alta Especialidad (RAE)
	Centro de Reparación Especializada de Administración Directa (CREAD)
	Familias de Acogida Especializada de Administración Directa (FAE – AADD)
	Familias de Acogida Especializada con Programa de Protección Especializado (FAE -PRO)
	Residencia de Protección Lactantes y Preescolares con Programa Adosado (RLP- PER)
	Residencias para Niños/as Vulnerados, con Discapacidad Discreta (RDD)
	Residencias para Niños/as Vulnerados, con Discapacidad Grave (RDG)
	Residencias de Alta Dependencia con programa adosado (RAD – PER)
	Residencia de protección para niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados en sus derechos, con discapacidades severas o profundas y situación de alta dependencia (RDS-PRE-PRD)
	Residencias de Vida Familiar para Adolescentes RVFa (PER-PEE)
	Residencias de Protección para Mayores (RPM)
	Residencias de Protección para Mayores con programa adosado (REM -PER)
	Residencias Especializadas con programa adosado (RSP – PER)
	Residencias para Madres Adolescentes (RPA)
Residencias para Madres Adolescentes con programa adosado (RMA – PER)	
2. Línea Programas Ambulatorios	Programas Especializados Reparación de Maltrato Grave (PRM)
	Programa de Representación Jurídica (PRJ)
	Programa de Prevención Focalizada (PPF)
	Programa de Intervención Integral Especializada (PIE- 24 Horas)
	Programa de Intervención Integral Especializada PIE
	Programa de Intervención Breve PIB
	Programa Especializado en Explotación Sexual Comercial Infantil (PEE)
	Programa de Reinserción Educativa (PDE)- 24 Horas
Programa Drogas (PDC) – 24 Horas	

	Programa Especializado para Agresores Sexuales (PAS)
	Protección Ambulatoria Discapacidad (PAD)
	Programa Especializado Calle (PEC)
3. Línea Oficinas de Protección de Derechos (OPD)	
4. Línea Diagnóstico, Diagnóstico Ambulatorio (DAM)	

Fuente: Sitio Oficial del Servicio Nacional de Menores

2.3 Oficinas Municipales

Asistencia Judicial Comunitaria de la I. Municipalidad de Viña del Mar

La Dirección de Desarrollo Social de la I. Municipalidad de Viña del Mar, cuenta con un Departamento de Asistencia Judicial Comunitaria, el que está compuesto por un equipo multidisciplinario conformado por abogados, asistentes sociales y psicólogos.

El objetivo principal de este Departamento radica en otorgar orientación y atención profesional a la población de la ciudad de Viña del Mar, que ha sido víctima de delitos, maltratos, abusos, amenazas graves o vulneración de derechos civiles, privilegiando a aquellas personas que carecen de medios económicos para contratar de forma privada a profesionales que los asistan en este tipo de causas.

Sus principales funciones, consisten principalmente en otorgar asesoría jurídica para causas de tramitación en Juzgados de la comuna, en materias de deslindes, arrendamiento, cobro de deudas, sucesiones, incumplimiento de contratos, entre otras. A su vez este servicio se extiende no solo a personas particulares, sino que también a organizaciones comunitarias, con el objeto de entregar orientación y asesoría jurídica para la constitución de la organización, derechos y obligaciones, reglamentación interna y rendición de cuentas de fondos municipales.

Cabe destacar que, la orientación jurídico-social centra sus consultas en materias generales de derecho de familia, civil, penal, laboral y de competencia de Juzgado de Policía Local. Por otra parte, la *asesoría* en familia, se especializa puntualmente en alimentos, acciones de filiación, autorizaciones judiciales, adopción, cuidado personal, divorcio, relación directa y regular, violencia intrafamiliar y vulneración de derechos en casos calificados. Para aquellas causas civiles se tratan casos referentes a arrendamiento, interdicción, tercerías, indemnización de perjuicios, juicio ejecutivo, muerte presunta, incumplimiento de contrato y posesión efectiva testamentaria.

Es relevante señalar que, el Departamento de Asistencia Judicial Comunitaria, también entrega servicios de mediación para la resolución extrajudicial de conflictos en materias civiles, en atención al convenio celebrado entre la I. Municipalidad de Viña del Mar y la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso.

Respecto a los usuarios que pueden acceder a esta Unidad, se indicó en entrevista realizada a profesionales del Departamento, que para ser beneficiario de los servicios de patrocinio gratuito

de abogados o abogadas, se requiere una calificación socio-económica del Registro Social de Hogares (RSH), que debe encontrarse entre el 40% y el 80%, y en el caso de no contar con dicha calificación, deberá someterse a “evaluación socio-jurídica” aplicada por un asistente social de la Unidad.

De forma complementaria, y de ser necesario, se entrega la opción de acceder a peritajes psicológicos, sociales o psicosociales para ser utilizados como medios probatorios en causas de Derecho de Familia, los que son elaborados por asistentes sociales o psicólogos de la Unidad.

CAPÍTULO V.

PERCEPCIÓN CIUDADANA

CAPÍTULO V. PERCEPCIÓN CIUDADANA

El conocimiento de la percepción ciudadana se orientó a la evaluación de tres grandes ítems dialogados en la instancia del Foro Ciudadano, los que abordaron aspectos contenidos e implicados en la Ley N°20.680. Estos son: i) Conocimiento de la Ley; ii) Evaluación del Sistema; iii) Cultura de cuidado y corresponsabilidad.

El primero de estos ítems fue subdividido en cuatro dimensiones, atendiendo al objeto de regulación propiamente tal. Así, en *Conocimiento de la Ley* se aborda la identificación y el contenido de los principios legales presentes en la norma, el procedimiento para el establecimiento de acuerdos, la regulación del cuidado personal y el funcionamiento del Sistema de Mediación Familiar.

En segundo lugar, el ítem *Evaluación del Sistema* se encargó de indagar en el desempeño de las y los actores involucrados directamente en la implementación de la norma, cuestión que permitió el pronunciamiento sobre la labor de jueces, consejeros técnicos y curadores ad litem. Más adelante, se exploró en el funcionamiento de la Red Sename, reparando en la distribución de recursos y la sobrecarga laboral y administrativa como piedras de tope en el trabajo contra la vulneración de derechos de NNA acogidos a su oferta programática. Siguiendo la misma línea, el ítem cierra con la evaluación del uso de herramientas y recursos, donde destaca la distinción público-privado en la elaboración de los informes de peritaje para la asignación del cuidado personal y, al mismo tiempo, el despliegue de la infraestructura necesaria para la observación de las disposiciones legales.

Ya en tercer lugar, y bajo la finalidad de situar la ley en un contexto que permita comprender la percepción respecto de los asuntos contenidos en los ítems I y II, se plantearon temas relativos a la *Cultura de cuidado y corresponsabilidad*. Aquí, surge la problemática reproducción de los roles tradicionales de género entre quienes integran las instituciones, toda vez que tensiona el requerido cambio cultural para dar lugar a la corresponsabilidad parental. Al mismo tiempo, fueron observadas particularidades asociadas a los territorios, manifiestas a través de las nociones de cuidado, crianza y educación. Esto, responde a la configuración de sistemas valóricos heredados de etnias y nacionalidades diversas, por una parte y, por otra, a determinantes de estratificación en donde el nivel socioeconómico ocupa un espacio social relevante.

Finalmente, como aspecto emergente en el Foro Ciudadano, figura la crítica hacia el adultocentrismo como estructura de poder que sostiene las distintas vulneraciones a niños, niñas y adolescentes. Así, bajo el propósito de relevar la infancia, la adultez requiere articular mecanismos de resolución de conflictos guiados por una nueva ética, en donde se comprende que es el interés superior del niño lo que comanda el ejercicio de cualquier derecho y el cumplimiento de cualquier deber asociado a la parentalidad.

i. Diseño muestral

Definido el focus group como técnica de producción de información e identificadas las regiones para la convocatoria de los Foros Ciudadanos, se procedió a elaborar la base de datos con las y los actores convocados. El primer foro se llevó a cabo en la región de Arica y Parinacota, donde se constituyeron dos mesas de trabajo; mientras que el segundo, se realizó en la región Metropolitana, cerrando el proceso de medición.

La composición mayoritaria de cada focus group estuvo dada por sujetos implementadores de la ley puesto que en la práctica, su presencia resultó cuantitativamente superior en virtud de los dos criterios de selección definidos. Esto, si bien impacta en el tipo de información recibida, se justifica en el marco de la evaluación ex post, en la medida que “los organismos de implementación e inspección juegan un papel fundamental, debido a que son ellos quienes recaban y manejan los datos que son necesarios para evaluar la regulación” (OCDE, 2018, pág. 11).

En ambas regiones se contó con actores clave de organizaciones ciudadanas: tal es el caso, para Arica y Parinacota, de jóvenes miembros del Consejo Consultivo de la Oficina de Protección de Derechos OPD²⁰ y para la Región Metropolitana, de la ONG Amor de Papá.

En cuanto a la selección de sujetos, se tuvo en consideración los siguientes criterios:

1. *Participación en la implementación de la Ley N°20.680*

La convocatoria a implementadores de la ley surge tras la necesidad de conocer la forma en que éstos han experimentado el proceso en las distintas instancias judiciales y extra-judiciales existentes, indagando en sus conocimientos técnicos y también en la sensibilidad desarrollada producto del ejercicio de la labor. Abarcar ambas esferas posibilita la aproximación a subjetividades implicadas en los espacios dispuestos para el funcionamiento de la norma. Al mismo tiempo, se busca sistematizar todas aquellas opiniones que den luces para el mejoramiento del sistema.

2. *Participación de organizaciones vinculadas a la Ley N°20.680*

Atendiendo al criterio de interés público que motiva la evaluación de Ley N°20.680, se contó con la presencia de actores clave en la promoción de esta norma.

²⁰ Dado que no cuentan con mayoría de edad y para el resguardo de las condiciones éticas de investigación, ambos jóvenes fueron acompañados por la Encargada de la OPD Arica, previa autorización de sus padres.

1. CONOCIMIENTO DE LA LEY

1.1 Principios legales

La indagación en torno a los principios legales tuvo dos propósitos: por una parte, saber cuál de éstos logra ser identificado y, por otra, cómo se vislumbra su cumplimiento.

De esta manera, en los foros ciudadanos fueron mencionados el interés superior del niño, la corresponsabilidad parental, la autonomía progresiva y junto con esto, el derecho del niño a ser oído. La mención de aquellos fue generalizada en los distintos focus group realizados, sin embargo, se observa una variación en la interpretación del contenido de cada uno, atribuible al nivel de abstracción que encierran.

En esta línea, el primero en ser mencionado es el interés superior del niño, destacándolo como un tecnicismo utilizado por abogados y consejeros técnicos, planteando la interrogante sobre su significado.

“Es un término que, en este momento, es demasiado vago (...) porque yo creo que de por sí es un concepto vago. Es un concepto que va evolucionando, porque lo que es interés ahora, puede que no sea interés mañana y tampoco lo fue el año pasado” (Focus Group 1, Arica).

Asimismo, los intervinientes diferenciaron interés superior de interés manifiesto, asunto que profundiza inquietudes sobre su significado y usos:

“Me pasa a mí, de lo cotidiano, que también lo conversamos con los diferentes programas de Mi Abogado, en Iquique y Arica y era el interés superior del niño versus el interés manifiesto del niño. Que si es lo mismo o no es lo mismo. Y para mí, en mi plano cotidiano, yo choco con eso, porque el niño puede decir que quiere vivir con su mamá, pero yo empiezo a ver los antecedentes y no es lo más beneficioso para él” (Focus Group 2, Arica).

Ahora bien, ¿qué significa este principio para los propios niños, niñas y adolescentes²¹? Según opiniones expresadas por jóvenes representantes del Consejo Consultivo de la Oficina de Protección de Derechos OPD de la comuna de Arica, el principio indica que:

“En base a toda decisión, siempre tiene que primar la protección del niño, en base a lo que le haga bien a él. Porque si uno trata de imponer el interés del padre sobre el del niño, siempre el niño puede ser pasado a llevar” (Focus Group 1, Arica).

En ese sentido, otra representante de los NNA en el Consejo Consultivo otorgó, por medio de su ejemplificación en calidad de hija de padres separados, connotaciones positivas a las prácticas que velan por el interés superior del niño:

“Por ejemplo, yo soy hija de padres separados y lo bueno que tengo es que puedo, que tengo el derecho de estar con ambos. Tengo derecho a estar con mi papá, poder disfrutar y que me enseñe cosas y también, con mi mamá, estoy bajo el cuidado de ella, ella es mi tutora. Y

²¹ Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas INE, las niñas, niños y adolescentes ubicados en el tramo etario 0-14 años, representan el 20,1% del total de la población del país (Instituto Nacional de Estadísticas, 2017).

considero que está súper bien eso, porque cada padre tiene derecho a estar con su hijo también y es algo que todo niño debería tener” (Focus Group 2, Arica).

Ambas opiniones entrañan el problema del adultocentrismo como estructura a partir de la que opera el esquema tradicional del sistema familiar, representando un nodo crítico a la hora de tomar decisiones que no dañen la infancia en el caso de separación de sus padres. Al respecto, se entiende por *adultocentrismo* un “sistema de dominación en el que se asientan las capacidades y posibilidades de decisión y control social, económico y político en quienes desempeñan roles que son definidos como inherentes a la adultez y, en el mismo movimiento, los de quienes desempeñan roles definidos como subordinados: niños, niñas, jóvenes, ancianos y ancianas” (Duarte, 2012). Este esquema otorga el marco general para la comprensión de distintos fenómenos atingentes a la implementación de esta Ley, en la medida que la posibilidad de acordar soluciones colaborativas tiende a reducirse por causa de conflictos entre adultos que subordinan los intereses de quienes no ocupan su mismo lugar en la jerarquía decisonal.

Un segundo principio en ser mencionado por las y los participantes, es el de corresponsabilidad parental. En este caso, las distintas opiniones señalan principalmente la falta de uniformidad en su entendimiento:

“Bueno, yo creo que esa es una crítica general a la Ley, es que los términos son muy académicos, yo creo. Entonces, el común de la gente no lo entiende. De hecho, nosotros mismos no tenemos un concepto uniforme de corresponsabilidad”. (Focus Group 1, Arica)

“Creo que el concepto de corresponsabilidad está muy ignorado. Se confunde mucho con cuidado compartido y no tiene nada que ver con eso o no necesariamente”. (Focus Group 1, Arica)

“Lo que yo veo en mi trabajo es que muchas veces está muy parcelado en las entidades públicas y cada uno hace lo que cree que es correcto”. (Focus Group 1, Arica)

En atención a estos dichos, es posible inferir que la confusión en el contenido de los conceptos alcanza, en distintos niveles, a todos quienes participaron de los foros ciudadanos. No obstante, quienes intervienen en el proceso subsanan la ambigüedad de los conceptos con la operatividad de la lógica jurídica para definir cada caso, en virtud de la articulación de la autonomía progresiva y el derecho a ser oído, y así tender a la corresponsabilidad a fin de aportar al interés superior del niño.

En tercer lugar, se menciona el principio de autonomía progresiva con una percepción notoriamente más homogénea entre las y los participantes del focus group, describiéndola como una capacidad adquirida de acuerdo al desarrollo de las y los niños, niñas y adolescentes.

“Está ligado, principalmente, con la edad y con el desarrollo evolutivo y que ahí se van a ir considerando tanto aspectos bio-psico-sociales, que tiene que ver con lo cognitivo, hasta el desarrollo físico y cómo de acuerdo al avance en las etapas del ciclo vital se van adquiriendo herramientas, capacidades, competencias y, de acuerdo a eso, no podemos trabajar de igual manera con un niño que tiene 10 años, que con uno que tiene 16 años”. (Focus Group 1, Arica)

Por último, la autonomía progresiva se vincula directamente con el derecho del niño a ser oído, el cual opera como un dispositivo de orientación en la aplicación de la Ley N°20.680. Su presencia ha cobrado cada vez mayor relevancia en el ámbito del derecho de familia dada la

potencia de constituir el relato de niñas, niños y adolescentes como un antecedente para la toma de decisión del juez. Ahora bien, su puesta en práctica presenta desafíos importantes:

“Yo creo que a veces ese como derecho a ser escuchado -a veces- es complejo. Obviamente, depende de la edad, de la madurez, pero muchas veces se utiliza eso como para hacer parte a los niños de causas, prepararlos, convencerlos, para que ellos mismos manifiesten cierta voluntad por uno u otro progenitor, en el caso de que no haya un acuerdo”. (Focus Group 1, Santiago).

Cabe destacar que las prácticas alienadoras fueron mencionados como una problemática que se genera cuando alguno (o ambos) padres busca influenciar la opinión del niño, niña o adolescente de acuerdo a sus propios objetivos y sin considerar su bienestar o interés superior.

1.2 Procedimientos en materia de acuerdos

En relación al procedimiento para acordar materias de cuidado personal, se puede afirmar que es la instancia en que la confusión conceptual que poseen los usuarios del sistema da lugar a nuevas confusiones en el plano de la acción. Así, en opinión de las y los participantes:

“Los padres confunden los conceptos y creen que esta corresponsabilidad, que deben tenerla, aun cuando tengan solo un régimen de visitas y el otro padre sea el que tiene el cuidado personal, la corresponsabilidad opera igual. No necesariamente implica que ambos tengan que tener el cuidado personal compartido”. (Focus Group 1, Arica).

“Que es bastante complejo que se materialice la corresponsabilidad, porque todavía existe la noción de quien detenta el cuidado personal es el que –a lo mejor voy a ser muy coloquial- hace y deshace respecto de todas las diversas situaciones del niño”. (Focus Group 1, Santiago).

Por otro lado, se da muestra de un intento progresivo por parte de jueces y operadores jurídicos por educar a usuarias y usuarios en torno a lo que implica la corresponsabilidad, considerando características asociadas al cambio generacional de los mismos jueces, donde *“hoy en día, son jueces –efectivamente- más jóvenes, son más abiertos de mente”* (Focus Group 2, Arica) y también:

“Ahora los jueces son más didácticos para explicarles, para que las personas entiendan más allá, incluso, hay jueces que dicen ‘señora, acá no vea como perder o ganar, vea los beneficios para su hijo’”. (Focus Group 2, Arica).

Esta apertura implica la posibilidad de evaluar conforme a la cultura actual el modo en que se toman las decisiones sobre la familia en Chile. Así, la percepción respecto a quienes están a cargo de distribuir justicia en esta materia, señala la existencia de cambios que apuntan a relevar el bienestar de niños, niñas y adolescentes, junto con la búsqueda de mayor equidad entre madres y padres a la hora de ejercer tareas de cuidado, crianza y educación. Sin embargo, esta no es una labor acabada y la presencia de quienes lo resisten se hace notar todavía:

“Igual estamos aún en una sociedad bastante conservadora, con muchos prejuicios al respecto, mucha ignorancia –también- en función de los roles tradicionales. Entonces, muchas veces el hijo puede estar muy feliz al respecto, pero muchas veces es la sociedad la que va entrapando estos aspectos”. (Focus Group 2, Arica).

Desde aquí, se anuncia una cuestión que es central en el presente estudio: la propuesta de corresponsabilidad contenida en la Ley N°20.680 y la inacabada construcción de condiciones socio-culturales para su materialización. Si bien se profundizará más adelante sobre este punto, en este nivel se infiere que las y los participantes tienden a ver en la educación el espacio para difundir este nuevo entendimiento sobre la forma de construir las relaciones interpersonales en el espacio de la familia y la sociedad.

Finalmente, se manifiesta un conocimiento claro sobre las modalidades para llegar a acuerdos, y en esto hay dos cuestiones que destacan: por una parte, la práctica de la transacción como el medio mayormente utilizado por particulares y, por otra, la necesidad de mejorar la tramitación en el Servicio de Registro Civil e Identificación:

“La mayoría de las personas particulares hacen a través de transacción, lo aprueba el tribunal y luego se registra en el Registro Civil”. (Focus Group 1, Santiago).

En este punto, fue clara la manifestación de hacer más eficaz la atención de las y los funcionarios de dicha institución, dado que existirían distintas situaciones que tornan problemática la tramitación del acta extendida requerida para validar legalmente el acuerdo.

“Falta capacitar a las personas que trabajan en el Registro Civil, porque si les vamos a dar legalmente el poder para realizarlo, que lo ejecuten bien, para efectos de no afectar a las personas que estamos dándoles este servicio a través del Registro Civil, para hacerles evitar ir a un tribunal”. (Focus Group 1, Santiago).

1.3 Mediación

Considerada en general como una herramienta clave para evitar la judicialización de causas, la mediación constituye al mismo tiempo, una instancia en que las personas tienen la oportunidad de resolver entre sí acuerdos con mayor tendencia al cumplimiento, en la medida que aquellos surgen desde su voluntad sin mediar la decisión de un tercero, como ocurre a través de la sentencia judicial.

“Estoy convencida (...) que es la mejor forma de resolver los conflictos. Que va a descongestionar los tribunales es un efecto, pero lo que produce en las personas es darles el protagonismo de solucionar ellos sus problemas, creo que es lo mejor que ha pasado”. (Focus Group 2, Arica).

Este planteamiento cuenta, sin embargo, con obstáculos que derivan del desconocimiento usuario y la desigual actuación de mediadores, lo que mantiene un clima de desconfianza hacia los profesionales del sistema de mediación y, en consecuencia, baja efectividad:

“Hay mucha desinformación y falta de capacitación en el uso de las herramientas de la mediación. Y no sé si ustedes manejan algún tipo de estudio, de porcentajes, pero se habla de un [85%]²² de mediaciones frustradas”. (Focus Group 1, Santiago).

En el mismo sentido hubo quienes señalaron que debido a la anterior desinformación prefieren ir acompañados por un abogado, *“hay gente que no quiere ir a mediación, porque quiere estar en un juicio con su abogado al lado. Y hablar a través de su abogado, porque considera que no tiene las herramientas para hacer justicia solos”. (Focus Group 1, Arica).*

Respecto al desconocimiento de las materias que son competencia de mediación, surge dentro de algunos participantes la postura de incorporar el cuidado compartido en esta instancia:

“Nosotros, como Centro de Mediación tenemos que explicarle esto a las personas, que como mediadores, no podemos llegar a un acuerdo de cuidado compartido, porque la Ley no lo permite, tampoco el tribunal lo va a aprobar. Entonces, sería bueno, ojalá dentro de las sugerencias, que el cuidado compartido pudiera ser otorgado en una sesión de mediación y que el juez lo pudiera aprobar”. (Focus Group 2, Arica).

La discusión sobre mediación también reveló algunos aspectos externos al mismo proceso, relacionados con las problemáticas generadas por la violencia intrafamiliar y los sesgos de género, influyendo en sus posibilidades de efectividad:

“Que las parejas tengan dinámica de violencia, eso impide que se pueda realizar la mediación (...) Hay ciertos sesgos de género, también. Hay algunos hombres que se sienten como más desvalidos -que creo que esa es una de las motivaciones de esta Ley- ante el sistema, por un tema de género, por un tema cultural”. (Focus Group 1, Arica).

Lo anterior se ejemplificó por medio de una situación vivida por una participante que trabajó en el Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género, quien en su intervención indicó que, *“a veces hay mujeres que se sienten más expuestas en la mediación (...) había víctimas de violencia que se comunicaban antes con SERNAMEG o con algún otro interviniente para que le ayudaran a decirle a la mediadora que no iban a ir, porque iba a ir el agresor y tenían miedo”.*

Por tanto, se debería tomar mayor atención sobre estas situaciones para no generar una instancia de mediación en el caso que exista violencia intrafamiliar, conflicto que tendría raíz en una problemática de carácter cultural, donde la violencia es presentada de distintas maneras. A esto se suma que hoy día tampoco estarían disponibles las herramientas que les permitan a los usuarios del sistema tomar decisiones con conocimiento, para enfrentar exitosamente un procedimiento de esta naturaleza.

²² El Capítulo II. *Cifras Nacionales en el Contexto de la Corresponsabilidad Parental*, aporta en su gráfico n°9 el porcentaje de *Causas terminadas con acuerdo o frustradas, durante el año 2018*, el que especifica que las causas frustradas ascendieron a un total de 60,68% del total de las causas terminadas durante dicho año.

2. SISTEMA JUDICIAL: INTERVINIENTES, PROGRAMAS Y RECURSOS

2.1 Intervinientes

Existen tres figuras que intervienen en el procedimiento judicial, a saber, jueces, consejeros técnicos y curadores ad litem, quienes fueron evaluados por las y los participantes del Foro Ciudadano.

- **Jueces**

El rol del juez, se hace primordial desde el momento en que se judicializa una causa, cuestión que se comprende en el contexto posterior a la instancia de mediación frustrada,

“Yo creo que el juez es el actor principal, porque cuando llegamos a la instancia judicial es porque, realmente, no ha existido la posibilidad de que las partes puedan resolver su conflicto de manera colaborativa”. (Focus Group 1, Santiago).

La evaluación en torno a las capacidades del juez adquiere nuevos matices a la luz del derecho del niño a ser oído, toda vez que aquello, exige de su parte el despliegue de habilidades comunicativas que sintonicen con la instancia dispuesta para entregar a NNA la posibilidad de ejercer aquel derecho que la Ley ampara.

“En relación a la audiencia reservada, que es –en definitiva- escuchar al niño (...) depende del juez que tome esa declaración, cómo la tome, en qué contexto la tome y, obviamente, ver la edad del niño. O sea, hay (...) jueces que son mucho más cercanos y tienen habilidades blandas que nadie se las enseñó. Y son capaces de bajar de su estrado, se incorpora a la mesa donde uno se sienta con las partes y escuchan al niño ahí, con la consejera técnica, con su abogado y es una relación totalmente coloquial”. (Focus Group, Arica).

En opinión de las y los participantes, el tiempo que ha tomado incorporar el relato del niño en un juicio ha sido bastante lento en principio, porque las capacidades de jueces – (y abogados)- para llevar a cabo esa escucha poseen un arraigo cultural que apunta en otra dirección:

“En esto del derecho a ser oídos, creo que vamos avanzando muy lento, en este cambio de paradigma de poder ver las situaciones desde esta mirada adultocéntrica, de cómo tomamos decisiones nosotros, los adultos, sin considerar la voz del niño”. (Focus Group 1, Arica).

Así, la adquisición de capacidades de las y los magistrados para comunicarse con niños y también, para ponderar su opinión en juicio, responden a la formación recibida en una cultura desfasada con el posicionamiento que nuestro tiempo busca darles. Ante esto, las opiniones se vuelcan al análisis del artículo 225°-2 del Código Civil, en donde se expone un listado de criterios que conjuntamente aportan a la definición de las sentencias entregando un marco general de circunstancias para determinarla de manera más justa.

“Creo que –necesariamente- se debería considerar la historia del niño (...) porque creo que se evalúa poco, por ejemplo, quién ha tenido el cuidado personal, dependiendo de su edad, cuánto

ha propiciado en la relación con el otro padre y si se ha pagado o no pensión”. (Focus Group 1, Arica).

En este sentido, es generalizada la valoración positiva frente a los criterios establecidos en el artículo 225°-2 del Código Civil, en la medida que posibilitan precisamente esa medición histórica de las trayectorias familiares. Ahora bien, aun cuando la redacción de sentencias es labor de las y los magistrados y es en ellos en quienes se observa el grado de ajuste a los criterios legales, el trabajo que se realiza con las pruebas que fundamentan aquellas sentencias judiciales es un asunto que compromete a otros actores importantes, en este caso, a los consejeros técnicos.

- **Consejeros Técnicos**

Sobre la labor de los Consejeros Técnicos en los juicios, las y los participantes del Focus Group realizado en Santiago, señalaron que *“un buen consejero técnico te hace el juicio. Así de simple”*. La opinión se vincula con la labor de facilitadores que realizan las y los consejeros técnicos, en virtud que aumenta el alcance de soluciones colaborativas entre las partes.

Lo anterior, se logra a partir de las habilidades psico-sociales con que dichos profesionales cuentan, así lo advirtió una participante durante la discusión *“a mí me decían: ‘la María es la terapeuta de las personas’, porque en realidad, yo les hago terapia, microterapia. Antes, incluso, para que entren tranquilos y tener el acuerdo, asegurar que la persona no va a ser refractaria”*. (Focus Group 1, Arica).

En general, la percepción de implementadores de la Ley es positiva frente a la labor realizada por el Consejo Técnico de cada Tribunal, sin embargo, también se identifican problemas, principalmente relacionados con la carga laboral que mantienen:

“Acá en Arica, igual tenemos, como en todas partes, en todo Chile, recarga de trabajo en los consejeros. Tenemos que hacer nuestros informes, que son las famosas opiniones técnicas, ¿cierto? Efectivamente (...) el área de causas, los proveedores, tiran todo a consejeros, todo. De hecho, nos han llegado cosas que tenemos que devolver, porque nos quitan tiempo y tenemos mucho que hacer”. (Focus Group 1, Arica).

En cuanto a las consecuencias que les trae la situación descrita, señalaron que, *“no damos abasto para poder hacer opiniones, revisar causas, participar en las audiencias, preparar nuestras opiniones para las audiencias”*. (Focus Group 1, Arica).

El punto indicado, presenta una doble complejidad en la medida que además del análisis psico-social de pruebas y del esfuerzo por alcanzar soluciones colaborativas, el Consejo Técnico mediante sus opiniones, tiende a facilitar la celeridad de los procesos. Sin embargo, el importante aumento en su carga laboral por asuntos que no siempre son materias de su competencia, impacta en el tiempo de trabajo del Consejo y de los jueces, desacelerando con esto el ritmo de todo el procedimiento, además de afectar la calidad de trabajo en los otros aspectos donde deben involucrarse.

“Yo siento que si no existieran los Consejeros Técnicos, los Tribunales estarían más atochados de lo que están, porque hay un montón de conciliaciones a las que se arriban gracias a la labor del consejero técnico. Sin perjuicio de que haya algunos buenos y malos, yo creo que la figura en sí es una figura súper significativa y comparto el hecho de que –muchas veces- el rol es más bien auxiliar, pero debiera tener –a lo mejor- una participación un poco más activa y darle un poco más de tiempo”. (Focus Group 1, Santiago).

- **Curador ad Litem**

Otro de los actores relevantes en el proceso judicial, es el Curador ad Litem, interviniente, que en opinión de las y los participantes, es cada vez más preponderante, puesto que éste permite visibilizar a NNA como sujetos de derechos y no tan solo como objetos de protección.

“Cuando había intereses contrapuestos entre los padres, no había un tercero que pudiese abogar por los intereses de los niños y hoy día, la materialización –para mi gusto- de esta autonomía progresiva y de este derecho a ser oído es –también- a través del Curador ad Litem, del programa Mi Abogado, de la entrevista privada. Que son elementos que nos hacen entender a los que trabajamos en esto que, sin perjuicio que la entrevista no es vinculante para el juez, sí es un elemento importantísimo para dirimir”. (Focus Group 1, Arica).

84

De igual forma, se discutió sobre el rol que éste mantiene al interior del tribunal, destacando su papel como fundamental durante un procedimiento que involucra a NNA, *“es un apoyo increíble en las entrevistas con los niños y siempre están. Son bien responsables, emiten informes, hacen solicitudes. Yo creo que tenemos un buen grupo con todos los curadores que tenemos”. (Focus Group 1, Arica).*

No obstante, el desempeño de su trabajo presentaría complicaciones derivadas de una definición poco clara de sus competencias, la que según las y los participantes se debería a la escasa regulación de su labor en la Ley N°19.968 de Tribunales de Familia, que invisibilizaría su rol: *“yo me desempeño como Curador ad Litem, (...) creo que es muy importante y efectivo que no hay una regulación legal a la actuación”. (Focus Group 2, Arica).*

Quienes son más críticos a la hora de evaluar el desempeño de curadores, indican que una regulación más clara permitiría incluso exigir a los curadores el cumplimiento de tareas mínimas vinculadas al ejercicio de su cargo:

“Yo creo que con el tema del curador es súper importante que se refiera a cuál es el rol del curador, cuáles son los parámetros o –al menos- un parámetro mínimo sobre el cual el curador se tiene que mover. Cosas detalladas que el curador no debería hacer. Como la pega mínima, porque hoy en día se hace menos de lo mínimo”. (Focus Group 1, Santiago).

Finalmente, otro aspecto relevante guarda relación con los informes de peritaje y su financiamiento. La diferencia en el financiamiento público y privado, afectaría no solo en la calidad de las pruebas sino también, en la cantidad de peritajes que se presentan y que implican someter en distintas oportunidades a NNA a la experiencia de relatar su situación familiar, pese al estrés que aquello trae consigo la mayoría de las veces.

2.2 Programas: red SENAME

El Servicio Nacional de Menores (SENAME) es una institución que tiene la misión de *“contribuir a la prevención, promoción, protección y restitución de los derechos de niñas, niños y adolescentes vulnerados en sus derechos”* (SENAME , 2019). La implementación de la Ley en estudio se relaciona con la labor de dicho organismo, a partir de los casos en que la separación de los padres ocurra en contextos vulneratorios para las hijas o hijos.

Con el objeto de dar respuesta a la problemática mencionada, SENAME, a través de su red, y en conjunto con otros colaboradores ofrece programas para velar por la protección de los derechos de NNA, sin embargo, quienes participaron del Foro Ciudadano criticaron la implementación de éstos:

“Yo creo que hay tres puntos importantes: uno, la forma en que está armado el modelo de los programas ambulatorios, esa es una debilidad, porque la rotación de personal afecta precisamente a los usuarios. Otro, es la sobredemanda, tenemos demasiados casos y eso afecta los tiempos [destinados a] intervención, (...) y la calidad con la que intervienen. Y tercero, que creo que –a veces- se pierde el foco, que estamos trabajando con familias, niños que han sido vulnerados y –en su mayoría- familias que han sido negligentes. Cuando estos padres son negligentes, no adhieren a un programa, no les gusta que les digan qué hay que hacer”. (Focus Group 1, Arica).

La constante rotación de personal, es percibida como un problema que impacta profundamente en el adecuado funcionamiento de los programas de la red, ya sea por el nivel de conocimiento que los funcionarios llegan a adquirir en cada caso, como por la capacidad de relacionarse directamente con las familias de NNA, con el fin de obtener los efectos esperados de acuerdo a los objetivos de la intervención.

“Faltan recursos, falta capacitar a la gente, que existan más profesionales, que no exista rotación. Porque es increíble, yo he estado ya dos años y yo creo que soy la más antigua, porque desfilan las duplas psico-sociales, quedan a medias los informes, es increíble”. (Focus Group 2, Arica).

Asimismo, y como se indicó anteriormente la calidad de la intervención de los programas también es un aspecto que se calificó negativamente, tanto por los recursos que se le asignan como por la planificación para el desarrollo de éstos.

“Yo creo que hay una deficiencia en cuanto a la asignación de recursos, a la planificación de estos programas, que deberían ser un poco más a largo plazo. No puede ser que un programa de reparación de niños, que tienen problemas súper profundos, dure un año no más”. (Focus Group, Arica).

Otra situación considerada relevante, es la interacción que tiene SENAME con el programa de Diagnóstico Ambulatorio (DAM), cuya sobrecarga laboral produce –nuevamente- la extensión en los tiempos del procedimiento. Sin embargo, si bien se ha visto que el atochamiento es una característica que acompaña de manera transversal el funcionamiento del sistema y que lidiar con aquello pareciera ser otra labor más de quienes trabajan en él, se advierte que incluso en el contexto de vulneración de derechos de la infancia, donde el sentido de la urgencia posee por

lógica un espacio determinante, no se cuenta con un diseño adecuado para los programas ni de los recursos suficientes para su correcta ejecución.

“Con respecto al DAM, que nosotros trabajamos todo el rato con ellos, para las evaluaciones en las causas proteccionales, hay un problema ahí de dotación heavy. No puede ser que un niño vulnerado en sus derechos, gravemente vulnerado, porque así son las causas proteccionales, tenga que esperar 4 meses para ser evaluado y el estatus quo permanece por 4 meses sin que nadie se haga cargo”. (Focus Group, Arica).

Este asunto, invita a la elaboración de propuestas por parte de quienes conocen la problemática desde su interior:

“Es el sistema, faltan más programas, faltan más profesionales (...), falta que el Estado invierta más en Infancia. (...) profesionales capacitados...ley, ley general de protección integral a la infancia, por favor”. (Focus Group 1, Arica).

Desde acá se dibuja nuevamente el límite de significados entre el tratamiento legal y político de la problemática en cuestión, a fin de lograr incorporar nuevos contenidos en una sola ley que favorezca la protección de derechos de NNA e interpelando a las autoridades para reemplazar de manera definitiva el término “menores” por el de “infancia”.

2.3 Recursos y herramientas

Analizando los recursos con los que cuenta el Tribunal y las herramientas que son dispuestas para la observación de los principios y disposiciones contenidos en la norma en estudio, se menciona, en primer lugar, la infraestructura pensada para que la experiencia de niños, niñas y adolescentes en dichas dependencias vaya en armonía con su edad. En segundo lugar, se tratan los ya mencionados informes de peritaje con la evaluación realizada por duplas profesionales del ámbito psico-social. De este modo y en relación a lo primero:

“Nosotros, en el Tribunal de Familia de acá, de Arica -y yo valoro mucho eso, que no lo tienen otros tribunales- tenemos una sala, que es una ludoteca, donde los niños que van al Tribunal, pueden ir a esta sala donde hay una educadora de párvulos que los atiende durante el transcurso de la audiencia. Para un niño, ya ir a un Tribunal es estresante”. (Focus Group 2, Arica).

“Están las salas que corresponden. La sala de juegos y la sala Gesell”. (Focus Group 2, Arica).

Y si bien no todos los Tribunales cuentan con estos espacios, quienes sí disponen de ellos señalan practicar una utilización discrecional de los mismos, generando de ese modo una auto-crítica sobre el poco uso de esta herramienta:

“Tengo entendido que el Tribunal de Familia de Arica sí lo tiene, pero que prácticamente no se utiliza. No se utiliza, uno -me imagino- porque andamos corriendo con los horarios de audiencia, pero otro, porque no lo pedimos y yo ahí hago un mea culpa. Yo lo he pedido, deben ser, unas seis veces, que son para situaciones particulares, cuando hay niños con una situación especial o son muy pequeños, en donde sabemos que puede que le afecte mucho más estar en el estrado y

ver más gente, a entrevistarse en la sala Gesell con la consejera solamente”. (Focus Group 1, Arica).

En complemento con esta idea, se afirmó que *“mientras [el uso de la sala] no sea una política generalizada, uniforme, bien financiada, con requisitos que si no se cumplen generen responsabilidades, va a seguir siendo algo voluntario, claramente”* (Focus Group 1, Santiago).

Sin embargo, frente a lo descrito se manifestaron opiniones divergentes a la implementación y uso de las salas en atención a los problemas presentados por su diseño y por la existencia de costumbres arraigadas en el funcionamiento de las audiencias:

“A mí me pasa en algunos casos que este niño conoce que yo estoy al otro lado de la sala. (...) y me ve, desafortunadamente, se ve. Entonces, tiene una deficiencia que –por ejemplo- al prender la luz, el vidrio contrapone que estoy. (...) No es como en las películas.” (Focus Group, Arica).

“Es que hay varias dificultades. (...) a muchos jueces no les gusta. Simplemente, no les gusta el tema de las salas Gesell. (...) Porque tienen que salir de su estrado, tienen que bajar” (Focus Group, Arica).

Esto último, no habla solo de una práctica sino del modo de concebir un juicio, lo cual introduce aspectos anclados en la subjetividad de quienes ejercen la autoridad judicial y por tanto, comandan la configuración de los procedimientos.

En segundo lugar, otro recurso con que cuenta el Tribunal corresponde a los informes de peritaje con el fin de velar por la observación del principio del interés superior del niño, de la autonomía progresiva y de su derecho a ser oído.

En torno a esto, los asuntos develados previamente se relacionan con la procedencia que los informes poseen, ya que por una parte estarían a cargo del DAM toda vez que no se tenga acceso económico al financiamiento de peritos privados. No obstante y tal como se describió antes, el DAM muchas veces cuenta con sobrecarga laboral y, en otras, ni siquiera es posible contar con ellos:

“No tenemos DAM. Acá en Arica estamos súper restringidos en los cuidados personales. O sea, yo –por ejemplo- abogado particular, no tomo cuidados personales si no son niños sobre ocho o nueve años. Más encima, yo pido que vayan a hablar conmigo a la oficina y me presento como la abogada de los niños. (...) ¿Cómo logramos acreditar las habilidades parentales? Si no tenemos lucas, con suerte para un abogado y después, ¿cómo lo hacemos con la pericia?” (Focus Group 2, Arica).

Los informes elaborados por el DAM fueron evaluados positivamente, sin embargo, un grupo de opiniones muestra tendencia a señalarlos como altamente descriptivos y, por consiguiente, poco analíticos.

“Sobre los informes. Yo creo que igual falta, porque muchas veces son muy descriptivos. Como que se hizo la entrevista, dijo eso, eso y eso, y qué pasa si ese relato no es tan así y es lo que yo cuento no más. No ahonda mucho más allá”. (Focus Group 2, Arica).

Lo anterior, podría implicar que los informes elaborados por peritos privados fuesen aquellos que contaran con un estándar de calidad más alto, sin embargo, aquello no fue manifestado por quienes participaron del Foro Ciudadano:

“No se circunscribe la precariedad solo al ámbito público, dada la escasez de recursos económicos, sino que también, a la escasez de conocimiento de los peritos”. (Focus Group, Santiago).

A lo señalado se sumó que los peritos particulares no contaban con mayor experiencia y que al ser pagados por una de las partes, tenderían a no ser objetivos, dado que, *“cualquiera puede llegar y ser perito y cualquiera está en la lista del peritaje, sin la necesidad de formación”.* (Focus Group, Santiago).

Una de las alternativas planteadas para enfrentar el problema de la objetividad y mejorar la poca experiencia, tiene que ver con exigir especialización a quienes desempeñen la labor de perito, observándose acuerdo generalizado en relación a la idea:

“Yo creo que hay una falencia y ha sido motivo de discusión también, el tema de la idoneidad de los peritos que intervienen en este tipo de causas, por la especialidad, y no basta –a mi juicio– que un perito esté inscrito en la Corte de Apelaciones. Un perito debe tener una especialización, debe tener una experticia que le permita hacer un informe de habilidades parentales como corresponde”. (Focus Group, Santiago).

3. CULTURA DE CUIDADO Y CORRESPONSABILIDAD

A lo largo de la investigación, la postura de quienes participaron tanto en los foros de percepción ciudadana como en las entrevistas, fue clara a la hora de asignar un espacio relevante a distintos aspectos de raíz cultural que condicionan estructuralmente el ejercicio de la corresponsabilidad parental en Chile, es posible apreciar con ello la centralidad que poseen los roles de género y las nociones de cuidado. El esquema cultural se completa, con el entrecruzamiento transversal de variables socioeconómicas y sociodemográficas que, para el caso, corresponden respectivamente al nivel de ingresos y la migración.

3.1 Corresponsabilidad y roles de género

Una primera aproximación a la relación entre corresponsabilidad parental y roles de género, tiene lugar a partir de un entendimiento biológico sobre la maternidad como el orden natural que toda mujer debe alcanzar para la realización personal. Por otra parte, se entiende que en el hombre recae la obligación del uso de la fuerza física para proveer de recursos a la mujer y al hijo o hija. Desde ahí, se configura la división sexual del trabajo, en donde al hombre corresponde el ámbito del trabajo productivo fuera del hogar y a la mujer, las labores domésticas y de cuidado.

Dicha división no pasa inadvertida, en la medida que de ella derivan estatus sociales diferentes, marcados por la remuneración del trabajo productivo y la no remuneración del reproductivo, pese a la naturaleza complementaria que poseen. Aquel estatus inferior en la escala de las remuneraciones afectaría la articulación de los roles asignados a cada género con base en la biología, sentando las bases de la estructura familiar tradicional.

Ante este escenario, la Ley N°20.680 contiene una propuesta que agrupa una serie de nuevos paradigmas en torno la maternidad y la paternidad, que también involucra cambios en cuanto al trabajo, la educación, el cuidado, la masculinidad, entre otras cosas, e intenta darles realización mediante el establecimiento de derechos y deberes jurídicos. Ahora bien, dando luz al cambio y la ruptura, la resistencia tendería a ser una consecuencia esperada:

“Hay muchos jueces y muchas juezas -en esta judicatura es mayor el porcentaje de juezas- que independientemente de lo que diga el texto legal, todavía entienden sobre la base de ciertos prejuicios culturales, que el niño está mejor con la mamá”. (Focus Group, Santiago).

Sobre lo anterior, las y los participantes señalaron que era indispensable superar los límites con respecto al género, así, mediante un ejemplo señalaron que durante el desarrollo de los programas se llama solo a las madres, siendo necesario integrar culturalmente también a los padres, puesto que, el rol tradicional contraviene la posibilidad de ser corresponsables en la crianza, cuidado y educación de los hijos. Esto requeriría -entre otras cosas- un diálogo interinstitucional, a fin de incorporar en los distintos organismos y a todo nivel de autoridad, el deber de operar relacionamente bajo el prisma de la corresponsabilidad en el trato de funcionarios y funcionarias hacia padres y madres.

Otros antecedentes que se suman al desconocimiento sobre la norma en cuestión, se refieren a instituciones del Estado vinculadas a la seguridad, salud, trabajo, educación entre otras. En ese sentido, se indicó en primer lugar que la actuación de Carabineros de Chile era relevante desde el punto de vista que cada vez que se presentaba una situación donde se requería de su presencia, la tendencia iba en resguardar los derechos de la madre por sobre los del padre, en atención a que el orden natural indicaría, según lo ya mencionado, que las y los hijos deben estar al cuidado de la madre.

“Yo creo que todavía algunos Carabineros (...) piensan que el cuidado personal -si los papás están separados- es de la mamá. [Entonces] la persona que no tiene recursos, como la que atendemos nosotros, ¿a quién recurre cuando le quitan -entre comillas- a un hijo? A Carabineros. Y es como ‘yo soy la mamá, entréguenmelo’ y Carabineros van a la casa y se lo quitan, aunque haya estado viviendo 2 ó 5 meses con el papá”. (Focus Group, Santiago).

Y si bien es cierto que el cambio cultural generalmente ocurre de manera gradual, la actualización de protocolos se vuelve un paso coherente para hacer de la implementación de esta norma un proceso logrado a cabalidad. Esto, al igual que en el caso de Carabineros, también aplica para otros ámbitos de desarrollo cruciales como lo son, por ejemplo, el mundo del trabajo y la salud:

“El papá a veces no se toma el postnatal. A veces, hay unos días –no sé cuántos días son- cuando nace el bebé y ni siquiera se toman esos días, porque piensan que en el trabajo les va a perjudicar”²³. (Focus Group, Arica).

Esto se asocia a que las labores productivas han sido relacionadas históricamente a los hombres y aquello impacta en la estructura del sistema: siendo éstos quienes todavía hoy deben cumplir con el mandato social de constituirse en el principal sustento económico para los gastos de la familia²⁴, son también quienes están habilitados culturalmente para desligarse de la responsabilidad asociada a las tareas en el hogar y con los hijos. Sin embargo, en caso que decidan participar activamente de aquello hay dificultades desde el trabajo por considerarse una labor de las mujeres y, así, tanto empleadores como burocracias laborales impedirían el desarrollo de mayor equidad en este plano.

Al respecto, surgen las denominadas *“nuevas masculinidades”* que plantean la eliminación de la violencia y la desigualdad de género, las que reivindican entre otras cosas el espacio destinado a la paternidad en la vida de los hombres, abogando por condiciones que hacen la corresponsabilidad no solo posible sino también necesaria. En este contexto surge la Agrupación Amor de Papá, organización que dio origen a la norma en estudio, Ley N°20.680, conocida como Ley *“Amor de Papá”*. A su vez, la Red Chilena de Estudios en Masculinidades y Equidad de Género (EME) elaboró un *“Manual con perspectiva de género y masculinidades para Facilitadores y Facilitadoras del área de la salud”*, documento elaborado para la realización de talleres sobre sexualidad, paternidad y cuidado con hombres jóvenes, que plantea la paternidad como una construcción cultural e histórica y que reclama el reconocimiento hacia la multiplicidad de formas para expresarla.

En este sentido, las y los participantes del Foro Ciudadano, aportaron perspectivas sobre la actual dinámica de resistencia y cambio cultural que existe en el país:

“Obviamente, hoy en día la mamá es la prioridad para la crianza de los hijos. Bueno, está todo el tema biológico del amamantamiento y del apego, pero cada vez hay más papás que dicen que no quieren ser un papá de fin de semana, que quieren ser papás de tiempo completo y exigen su derecho”. (Focus Group, Arica).

A su vez, se hizo alusión a otras formas de configuración familiar, considerando que ésta se encuentra constantemente en cambios, en razón a que las modificaciones en la sociedad y su evolución, obligan a que el concepto de familia se adapte a ella. En ese sentido señalaron que:

“(…) el debate, va a tener que ampliarse, puesto que viene –creo yo- el proyecto de ley de adopción homoparental. En algún momento se va a aprobar y nos vamos a ver todos los actores del sistema expuestos a esa situación y vamos a tener que aterrizar esta norma también a esta nueva forma de ser familia. Eso va a ocurrir en la práctica”. (Focus Group, Arica).

²³ Lo anterior ocurre aun cuando se afirma que *“La paternidad involucrada en momentos como la gestación, el parto y los controles de salud de bebés y niños y niñas entre 0 y 4 años, es una ventana de oportunidad para promover el cuidado en los hombres”* (Aguayo, Sadler, Obach, & Kimelman, 2013).

²⁴ Según datos de la Encuesta IMAGES Chile, un 87,5% de los hombres estuvo de acuerdo con la frase *“en general tengo la mayor responsabilidad de proveer para mi familia”* (Aguayo, Correa y Cristi, 2011. Citado en: Talleres sobre sexualidad, paternidad y cuidados con hombres jóvenes. Manual con perspectiva de género y masculinidades para Facilitadores y Facilitadoras, 2013).

Cabe destacar que hoy en día, ya existe un indicador, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), que refleja las nuevas configuraciones de familia en Chile, al reconocer entre sus tipos de hogares: el hogar unipersonal, nuclear monoparental, nuclear pareja con hijos o hijas, nuclear pareja sin hijos ni hijas, compuesto, extendido y sin núcleo, señalando con esto la existencia de una importante diversidad en la composición familiar.

La comprensión de nuestro presente requiere, en opinión de las y los participantes, el despliegue del aparato educacional para socializar estos valores y así, su contenido tenga sentido y alcance general:

“Al ser un tema cultural, debe estar –como dices tú- necesariamente, en los colegios. Debiera estar, aunque sea como un currículum oculto, pero también, se debiera acostumbrar a que padre y madre, separados o juntos, participen de la misma forma y eso debería exigirse de alguna forma”. (Focus Group, Arica).

Entendiendo que *“el currículum oculto hace referencia a todos aquellos conocimientos, destrezas, actitudes y valores que se adquieren mediante la participación en procesos de enseñanza y aprendizaje, y en general, en todas las interacciones que se suceden día a día en las aulas y centros de enseñanza”* (Torres, 2005, pág. 198) y que no figura de manera explícita en los planes y programas educacionales oficiales, es que se pretende traspasar mediante las prácticas estos nuevos usos, asociados al ejercicio corresponsable de la parentalidad.

3.2 Corresponsabilidad parental y territorio: los casos de la Región de Arica y Parinacota y la Región Metropolitana de Santiago.

El acercamiento a la percepción de la ciudadanía tuvo lugar en dos regiones del país, seleccionadas de acuerdo al indicador de monoparentalidad. Ambos territorios aportaron desde su perspectiva aquellas experiencias que permitieron sostener un diálogo en torno a la implementación de la Ley N°20.680, visibilizando que los distintos aspectos vinculados a la corresponsabilidad parental no se manifiestan de la misma forma en todos los territorios ni en todas las poblaciones que los habitan, ya sea por cuestiones atribuibles al sexo-género, como otras relativas a la etnia y la migración.

En este ejercicio, se asume que las y los participantes del Foro Ciudadano aportan conocimientos que son situados y que aquellos saberes *“son herramientas muy poderosas para producir mapas de conciencia para las personas que han sido inscritas dentro de las marcadas categorías de raza y sexo”.* (Haraway, 1995, págs. 187-188)

3.2.1 Caracterización sociodemográfica de la Región de Arica y Parinacota. Implicancias culturales de habitar la frontera.

De acuerdo al Censo 2017, la región de Arica y Parinacota es la que presenta con un 15,1% el porcentaje de hogares del tipo monoparentales más alto del país con respecto a la cantidad de hogares totales por región. Cabe destacar que el carácter fronterizo de esta región podría también estar vinculado con mencionado porcentaje, en razón al intercambio cultural producido por los países que limitan con la zona norte de Chile, lo que afectaría entre otras cosas, las formas de comprender el sistema familiar chileno y con ello la corresponsabilidad. Aquella percepción fue evidenciada por las y los participantes durante el desarrollo del foro ciudadano, *“hay otros factores, acá en Arica, por ejemplo, tenemos muchas personas que provienen de Perú, Bolivia, Venezuela –últimamente- hay cosas que para nosotros son vulneraciones, y para ellos no”*. (Focus Group, Arica).

Al respecto, del total de residentes en la región de Arica y Parinacota, alrededor de un 8% correspondió a la declaración de inmigrantes nacidos en el extranjero y que al momento del Censo 2017 se encontraban residiendo habitualmente en Chile, siendo la tercera región del país en contar con una mayor población de inmigrantes luego de Tarapacá y Antofagasta. Asimismo, este instrumento reveló la multiculturalidad de la zona, en atención a que un 35% de la población se declaró perteneciente a algún pueblo indígena u originario en la región de Arica y Parinacota.

“Estamos en Chile, también, un país que tiene esto como cosmopolita, que viene gente de todos lados. De repente, tenemos gente (...) que tiende a cuidar a los hijos de otra manera, tenemos otras crianzas más autóctonas de la zona”. (Focus Group, Arica).

La diversidad de nacionalidades y etnias que confluyen en el territorio de la ciudad frontera conforman una cultura variada en costumbres, las que podrían no estar en consonancia con la legislación nacional. En este punto, es donde la noción tradicional sobre el ejercicio de los roles sobre maternidad y paternidad se cruzan con las diversas nacionalidades y etnias, las que a su vez se enfrentarían a diferentes posturas que asumen quienes forman parte del sistema jurídico:

“Bueno, en mi experiencia, -llevo recién un mes trabajando acá en Arica, porque yo tramitaba en Iquique y Alto Hospicio, en ambos Tribunales de Familia-, por parte de los jueces no ha habido ningún recibimiento del principio de corresponsabilidad, al igual que los consejeros técnicos. Alto Hospicio es una comuna muy vulnerable, en donde ahí cuesta mucho, porque viene mucha gente extranjera, y es como pasa acá, en cómo poder cambiarles los paradigmas, especialmente, a gente de Bolivia, que tienen otro tipo de costumbres, otro tipo de legislación”. (Focus Group, Arica).

La implementación de la norma debe responder, por tanto, a particularidades culturales manifestadas a través de las costumbres; en la forma de practicar el cuidado personal, concedidas por la etnia y la nacionalidad.

3.2.2 Caracterización de la migración en la Región Metropolitana. Implicancias culturales de habitar la capital.

En relación a la migración en la Región Metropolitana, es posible señalar que, *“se tiende a generar una mirada Santiago céntrica, y si bien la migración se centra en la Región Metropolitana, va tomando características distintas en las distintas ciudades donde se va localizando. La migración no es igual ni homogénea, por ejemplo, en la zona norte si bien tiene una mayor visibilidad, es una migración que va rotando mientras que más hacia el sur adquiere características de mayor estabilidad”*. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, s/f, pág. 22)

En este sentido las y los participantes del foro ciudadano, en atención a las diversas labores que desempeñan en el trabajo con población inmigrante, destacaron los rasgos machistas que presentan otras culturas, ejemplificándolo a través de lo que observan en materia de cuidado personal,

“Por ejemplo, los peruanos tienen una concepción del hijo como de propiedad. Pero las mujeres haitianas son como súper desprendidas, entonces, los dejan al cuidado de otros y se producen situaciones de facto que terminan judicializándose, por lo mismo. No es un dato menor, porque se generan causas proteccionales, sobre todo por eso”. (Focus Group, Santiago).

Por lo anterior, se reiteró sobre la importancia del *principio de corresponsabilidad*, planteado desde la ruptura con la parentalidad tradicional, buscando ser una orientación que haga posible el alcance de la participación más equitativa e igualitaria en labores y decisiones relativas al cuidado, crianza y educación de hijas e hijos, dando cabida a distintas formas de ejercerla. Por consiguiente, al analizar el vínculo entre corresponsabilidad y territorio, no solo la migración es importante sino la segregación y en esto, el nivel socioeconómico aparece fuertemente mencionado.

3.3 Incidencia del nivel socioeconómico en la implementación de la Ley N°20.680

El aspecto laboral fue considerado como una dimensión que incide en el funcionamiento de las familias en Chile, el que impactaría en la configuración de los roles que madres y padres desempeñarían en las tareas del hogar, de igual modo, se advirtió que la zonificación de la Región Metropolitana también influiría en la determinación de ellas.

“Hay zonas, por ejemplo, el sector sur, que las mujeres son las proveedoras del hogar –en este caso- es la que sale a trabajar”. (Focus Group, Santiago).

Por otra parte, y en consideración a que un 84,9% corresponde a jefas de hogar a cargo de familias monoparentales (Instituto Nacional de Estadísticas, 2017), se observa que cuando ésta se ausenta por el deber de proveer económicamente, se alzaría la figura de un tercero involucrado en la crianza de sus hijos e hijas, la que suele ser generalmente la madre de ésta, la abuela del NNA, quien incidiría, por tanto, en la vida y dinámica familiar:

“En los hogares monoparentales hay una figura materna fuerte, que es la que trabaja, la que provee, la que va a reclamar el cumplimiento de los alimentos que el papá no paga, la que cuenta con la otra figura materna, que es súper importante y que se pierde de vista, que es la abuela. Las abuelas maternas ahí son el pilar fundamental para que esta madre pueda salir a trabajar, porque si no existe esa red de apoyo, entonces la madre estaría peor”. (Focus Group, Santiago).

En cuanto a la participación de los padres y madres en el cuidado personal compartido, se planteó que existirían diferencias en atención a las clases sociales:

“Yo creo que una de las cosas que noto, es que los cuidados personales compartidos se dan más –quizás- en niños de cierto estatus social, que es de clase media hacia arriba, no así hacia abajo, no sé por qué”. (Focus Group, Arica).

“Eso pasa por los estratos, porque los hombres tienen más recursos, tienen mejores trabajos, entonces, también tienen mayores instancias de participación o tienen más recursos o más educación en ese sentido”. (Focus Group, Arica).

Aquí, se observa que las clases más acomodadas tenderían a contar con menos barreras para ejercer cuidado personal compartido en caso de decidirlo. De esta manera aparece la clase social, observada a través del nivel socioeconómico, para posicionarse como un lineamiento que atraviesa en distintos niveles y ámbitos la implementación de la norma.

De ese modo, siendo la Ley N°20.680 depositaria de una propuesta cultural, la evaluación de su implementación la sitúa como un reflejo de los efectos de la desigualdad en este plano. Esto, es visible en: i) el pago de peritos por parte de quienes tienen más recursos, de donde surge el problema de la objetividad y experticia de los profesionales a cargo; ii) en la dificultad de acceso al ámbito privado y de protección en el ámbito público por parte de la clase media, y; iii) en la agudización de la vulnerabilidad entre quienes, por falta de recursos deben someterse a los tiempos que exigen los procesos en las instituciones públicas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Durante el proceso de investigación y levantamiento de información, se manifestó desde las primeras entrevistas con especialistas y organizaciones sociales que, antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.680 las expectativas eran superiores a las alcanzadas con su publicación y posterior implementación.

No obstante, se señaló que el contenido de la norma es suficiente para tratar materias de corresponsabilidad y proteger la integridad de los NNA en caso de que sus padres vivan separados. Así, el no cumplimiento de las expectativas más bien radicaría principalmente en la cultura nacional, la que aún está en proceso de superar los roles tradicionales que se le asignan a madres y padres en el funcionamiento de la dinámica familiar.

Otro aspecto identificado durante el estudio, guarda relación con el conocimiento que se tiene sobre la Ley, advirtiendo que los conceptos utilizados en ella generan confusión en la ciudadanía, ignorando los derechos y deberes que entrega la norma, lo que podría vulnerar el interés superior del niño.

Es relevante indicar que bajo este contexto, existe un arduo trabajo en los intervinientes de la Ley, en propiciar que tanto padres como madres se involucren en la crianza y educación de sus hijos, con miras a proteger y garantizar el principio de interés superior del niño, considerando a la vez su autonomía progresiva.

A continuación, se exponen las principales conclusiones y recomendaciones, obtenidas de la Evaluación de la Ley N°20.680, con la finalidad de aportar líneas estructurales básicas para su consideración:

NORMA EMPLEA UN CONCEPTO EN DESUSO: “MENOR”

Especialistas y profesionales en materias de familia e infancia, concuerdan en que el concepto correcto para referirse a la población con un rango etario bajo los 18 años no es el de “*menor*” sino el de “*niños, niñas o adolescentes*”, lo anterior en razón a la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño por parte de Chile, la que releva su condición a sujetos de derechos, dejando atrás la de objetos de protección.

A pesar de lo señalado, la Ley N°20.680 en su nombre utiliza el concepto *menor* para referirse a este grupo etario, el que se encuentra sumamente cuestionado, en atención a que respondería a un término peyorativo, que implica una concepción pasiva de la infancia donde es mirado por compasión y desde una perspectiva adultocéntrica.

Se recomienda:

- Modificar la palabra *menor* por el concepto de “*niña, niño o adolescente*”.

ESCASA INFORMACIÓN EN MATERIA DE CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO

Los profesionales entrevistados manifestaron que actualmente en Chile los padres y madres de familia se encontrarían más informadas sobre los derechos y deberes que tienen respecto a sus hijos e hijas. Sin embargo, se constató un escaso conocimiento en materias de cuidado personal compartido, desde lo que significa este tipo de régimen hasta el mecanismo a través del que se puede determinar y regular.

Por otra parte, al referirse a las instituciones a cargo de establecer este régimen, a saber, Servicio de Registro Civil e Identificación y Notarías, se criticó específicamente que el primero no se encontraría suficientemente capacitado para la ejecución del procedimiento que implica el establecimiento del cuidado personal compartido, en atención a la falta de conocimientos de su personal para extender las actas que lo regulan, mientras que el problema del segundo se presentaría en razón de los costos que implica realizar este tipo de procedimiento en una notaría.

Se recomienda:

- Activar mecanismos que permitan una difusión en la ciudadanía sobre el tratamiento del cuidado personal compartido.

- Mantener capacitados a los funcionarios del Servicio de Registro Civil e Identificación en materias de cuidado personal compartido.

NORMA EXCLUYE MEDIACIÓN Y PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA LA DETERMINACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO

En caso que los padres se encuentren separados, la norma es clara en establecer las herramientas que existen para determinar y regular un régimen de cuidado personal compartido. Para estos efectos, el artículo 225°, estipula las siguientes vías: acta extendida por un oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación o por medio de escritura pública otorgada ante notario, ambos instrumentos deben ser subinscritos al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija.

A su vez, se consideró la *'mediación'* como otro proceso capaz de otorgar un espacio de diálogo participativo entre los padres, donde éstos tuviesen la opción de acordar el régimen de cuidado personal compartido, sin embargo, y de acuerdo lo indica el artículo 106 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, este tipo de régimen no se encuentra dentro de aquellas materias que deben ser sometidas a mediación de forma obligatoria. Asimismo, el artículo 8 de esta norma, ratifica lo indicado, ya que, al enumerar las materias de competencia de los Tribunales de Familia, excluye el cuidado personal compartido de éstas.

Es posible advertir además la confianza que se tendría tanto en los Juzgados de Familia, como en los centros de mediación, esto debido a la preparación que tiene el personal que interviene en ambas instituciones, quienes alcanzan de forma acertada fallos o acuerdos dependiendo del caso, y considerando para lo anterior siempre el interés superior de los NNA.

Se recomienda:

- Incorporar en la Ley N°20.680, el proceso de *'mediación'* como herramienta para determinar el régimen de cuidado personal compartido a través de un acuerdo.
- Incorporar en la Ley N°20.680, a los Tribunales de Familia como órganos competentes para establecer el régimen de cuidado personal compartido.

ACTA DE MEDIACIÓN REQUIERE APROBACIÓN DEL TRIBUNAL, UN PROCEDIMIENTO BUROCRÁTICO.

Si bien, el acta de mediación corresponde a un equivalente jurisdiccional, para que éste sea válido y oponible a terceros, se requiere que previamente el Tribunal de Familia competente lo apruebe; procedimiento que ha sido criticado, en atención a que los profesionales que intervienen en *'mediación'* estarían capacitados tanto para tratar temas que involucran a la familia, como para alcanzar acuerdos que tengan una mayor sustentabilidad.

Considerando que las actas extendidas o las escrituras públicas no contemplan aprobación del Tribunal, y que por tanto no existe sobre ellas un control del juez, cabría la posibilidad de utilizar mismo principio para la mediación.

Se recomienda:

- utilizar el mismo principio de este instrumento a la mediación, dado que la mediación tendría mismo valor y rigor de control que una transacción (acuerdo).

POCA EXHAUSTIVIDAD EN LA REDACCIÓN DE LOS ACUERDOS SOBRE CUIDADO PERSONAL

Un problema relativo al cumplimiento de los acuerdos logrados tanto en Tribunales de Familia como en mediación, se vincularía a la falta de claridad y exhaustividad en la redacción de estos instrumentos. Lo anterior, guarda relación con la ausencia de planificación detallada sobre las fechas y periodos en que cada padre o madre se ha comprometido a estar con su hijo o hija, hecho que generaría conflicto entre los padres, sobre todo al momento de determinar periodos de vacaciones y celebraciones como navidades y cumpleaños.

Se recomienda:

- Incluir en los acuerdos logrados en mediación o en Tribunales de Familia, una regulación más específica de los mismos, lo que evitaría conflictos futuros.

MÁS QUE UN CAMBIO LEGAL, EL EJERCICIO DEL RÉGIMEN DE CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO REQUIERE UN CAMBIO CULTURAL

A lo largo de la investigación, la postura de quienes participaron tanto en los foros de percepción ciudadana como en las entrevistas, fue clara a la hora de asignar un espacio relevante a distintos aspectos de raíz cultural que condicionan estructuralmente el ejercicio de la corresponsabilidad parental en Chile, es posible apreciar con ello la centralidad que poseen los roles de género y las nociones de cuidado.

Si bien se realizó una valoración general positiva de la norma, en cuanto a que con su publicación se logró visibilizar y con ello potenciar la aplicación de los principios de interés superior del niño y de corresponsabilidad, así como regular el cuidado personal compartido, se apeló, por otra parte no solo a los problemas de publicidad que ésta mantiene, sino que además a su mínima adecuación con la cultura nacional, señalando que la actual estructura cultural que mantiene el país condiciona la aplicación de la ley, y con ello a los principios que ésta propone.

Quedó de manifiesto que la Ley, más que promover un cambio en la redacción en algunas normas del Código Civil, buscó alcanzar un cambio completo en las formas de comportamiento que mantienen padres y madres entre ellos, y respecto a sus hijos, estén o no vinculados en una relación de convivencia. Sin embargo, estos tipos de cambios implican procesos que muchas veces no se ajustan a los tiempos esperados por el legislador a la hora de publicar una norma.

UTILIZACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO PARA EVADIR PAGO DE ALIMENTOS, UNA MALA PRÁCTICA.

La pensión alimenticia de los hijos e hijas, se regula en el Código Civil en el Título XVIII el que trata los alimentos que se deben por ley a ciertas personas. En éste se establece que el pago de alimentos debe ser proporcional a las capacidades económicas de ambos padres; en caso que el cuidado personal resida en uno de ellos, el otro es quien tendrá el deber de pagarlos. Sin embargo, se manifestó por parte de algunos entrevistados, que habría padres que se acogerían al régimen de cuidado personal compartido, sólo con la finalidad de evadir el pago correspondiente, dado que malentenderían que, por el hecho de participar en la crianza y educación de los hijos e hijas estarían condonados de pagar por el concepto de alimentos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña San Martín, M. (2013). El principio de Corresponsabilidad Parental. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 29.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN. (s.f.). <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=250007&buscar=decreto+72>.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (s/f). BCN. Obtenido de https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/70409/1/Migracion_Chile.pdf
- Consejo Nacional de la Infancia. (2015). Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025. *Sistema integral de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia*. Santiago, Chile: Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Corporación de Asistencia Judicial . (s.f.). *cajmetro*. Obtenido de cajmetro: <http://www.cajmetro.cl/programa-mi-abogado/>
- Corporación de Asistencia Judicial. (20 de Noviembre de 2015). *Cajmetro*. Obtenido de Cajmetro: <http://www.cajmetro.cl/noticias/unidad-de-curaduria-ad-litem-de-la-oficina-de-familia-de-santiago/>
- Fiscalía Nacional Económica, División de Estudios de Mercado. “*Estudio de Mercado sobre Notarios (EM02-2017)*”, Santiago, 2018.
- Gobierno de Chile. “*El Futuro de los niños es siempre hoy*. Propuestas del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de Infancia”, Santiago, 2006.
- Gómez de la Torre Vargas, M. (2000). El interés superior del niño. *Gaceta Jurídica*, 23.
- Gómez de la Torre Vargas, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho Scielo*.
- Haraway, D. J. (1995). *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*. Madrid: Ediciones Cátedra S.A.
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2017). *Resultados Censo 2017*. Obtenido de <http://resultados.censo2017.cl/Home/Download>
- Juan, S., & Roussos, A. (2010). *El focus group como técnica de investigación cualitativa*. Buenos Aires: Universidad de Belgrano.
- Mora, M. (2002). Las teoría de las representaciones sociales de Serge Moscovici. (U. d. Guadalajara, Ed.) *Athenea Digital*(2), 18.
- Quintana Villar, M. S. (2014). La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 243.
- Quintana, M. S. (2015). *Derecho de Familia*. Valparaíso: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- SENAME . (2019). *Servicio Nacional de Menores*. Obtenido de Servicio Nacional de Menores: <http://www.sename.cl/web/index.php/mision-objetivos/>

Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género. (s.f.). *Departamento de Reformas Legales*.
Obtenido de Departamento de Reformas Legales:
http://app.sernam.cl/descargas/007/doc/2_MINUTA_CPC.pdf

Torres, J. (2005). *El curriculum oculto*. Madrid: Ediciones Morata, S.L.

