

Tuición y derecho de visita en Chile

María Pía Comparini

Así, cuando a los 13, 14 años comenzaste a pasar horas enteras frente al espejo, comprendí que era justo eso lo que estabas buscando. Por cierto, mirabas los granitos y los puntos negros, o la nariz demasiado grande de repente, pero también otra cosa. Al sustraer y eliminar los rasgos de tu familia materna, tratabas de hacerte una idea sobre la cara del hombre que te había puesto en el mundo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1: A QUIÉN, Y CÓMO, AFECTA LA FALTA DEL PADRE

Chile, país de huachos

Acercándonos a las cifras

Consecuencias de vivir sin un padre

CAPÍTULO 2: LA LEY Y SUS EFECTOS

Protección mundial a los niños

Evolución legal de la tuición en Chile

La proposición de la tuición compartida

¿Una relación directa y regular?

¿Cómo conseguir una relación directa y regular?

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Los últimos años han estado marcados por la discusión sobre temas relativos a la familia, como el de la inminente aprobación de una ley de divorcio vincular. Sin embargo, poco se ha discutido sobre las consecuencias prácticas de la división de una familia, de lo que pasa con los hijos que quedan viviendo sólo con su madre, de cómo todo esto contribuye a desdibujar la paternidad, a quitarle su valor, su sentido.

La desvalorización de la paternidad preocupa en Europa y Estados Unidos a los investigadores sociales, pues al monopolio de la fecundidad que tiene la madre a través de la píldora anticonceptiva, se ha unido la aparición de bancos de semen. Parece que los hombres ya no son necesarios para traer niños al mundo.

Aunque nada puede estar más lejos de este trabajo, que hacer una defensa del divorcio y la destrucción de la familia, es necesario abordar qué pasa con los hijos tras las rupturas matrimoniales, porque como dice el Vicario de la Familia, monseñor Jaime Fernández, “la ley debe basarse en la realidad y el Estado tiene la obligación de cuidar el bien común”^[1].

Por eso, los propósitos de este trabajo son: (1) investigar la evolución y aplicación de la ley de tuición y visita en Chile; (2) identificar los problemas que aquejan a un niño que crece sin su padre; y (3) ver cómo se llevan a cabo los procesos judiciales en torno al derecho de visita del padre no custodio.

La metodología utilizada consistió en la lectura de bibliografía relacionada con los objetivos. También se buscó la mayor cantidad de datos estadísticos que reflejaran cuantitativamente lo planteado. Finalmente, se realizaron entrevistas en profundidad.

En el primer capítulo, se expone el tema desde una perspectiva histórica, luego se intenta descubrir cuántos niños viven sin su padre en el país y, por último, se citan diversos estudios que confirman que para los niños es perjudicial la ausencia del padre.

El segundo capítulo comienza con el Derecho Internacional de menores. Luego se analiza la evolución de la ley que contempla la tuición en Chile, y se plantea la proposición más novedosa con respecto a este tema: la tuición compartida. Más adelante, se denuncian falencias en la aplicación de la ley de visita, y para terminar, se presentan los proyectos de ley que podrían mejorar la situación actual.

CAPÍTULO 1: A QUIÉN, Y CÓMO, AFECTA LA FALTA DEL PADRE

Para efectos de esta investigación es sumamente importante conocer cuál es la cantidad de niños de padre ausente, como suelen llamar sociólogos y sicólogos a los menores que crecen sin la figura paterna a su lado. Sin embargo, en Chile no es posible obtener este dato de manera precisa. Los estudios estadísticos no se han preocupado de medir esta realidad. Por lo tanto, a través de lo que existe intentaremos una aproximación.

Comenzaremos por reconstituir la historia de los niños de padre ausente en nuestro país.

Chile, país de huachos

Tanto en Europa como en Estados Unidos los niños que han crecido sin su padre son un fenómeno relativamente nuevo^[2], que comienza en los años 60 con la píldora anticonceptiva, se reafirma con la liberalización de las leyes de divorcio de los 70, y crece sin parar hasta hoy. Preocupados sobre las consecuencias sociales y económicas que esto produce en sus sociedades, europeos y norteamericanos han realizado múltiples estudios sobre los efectos que tiene para un menor vivir sin su padre.

Por el contrario, en Chile y en Latinoamérica, las cifras de ilegitimidad han sido siempre altas. Es parte de nuestra propia identidad, por eso no es raro que incluso toque al Padre de la Patria, a Bernardo O’Higgins o a “el huacho Riquelme”, como preferían llamarlo sus detractores.

El huachismo es en Latinoamérica la tradición de traer hijos al mundo fuera del matrimonio. Esto se remonta a la conquista española, cuando los europeos se involucraban sexualmente con las indígenas, pero rara vez formalizaban el vínculo. “Normalmente, la madre permanecía junto a su hijo, a su huacho, abandonada y buscando estrategias para su sustento”^[3]. Fue entonces cuando comenzó el proceso de mestizaje propio del continente, “una característica esencial del encuentro iberoamericano”^[4], donde “el mestizo, como categoría social, sólo sabe que su padre es algún europeo, éste o aquél, ninguno en concreto”^[5].

Este mestizaje continuó fuera del matrimonio durante la colonia, a pesar de la llegada de mujeres españolas y de la estabilización del matrimonio entre los europeos. Fueron el amancebamiento y la barraganía, como explica la antropóloga Sonia Montecino^[6], las instituciones que lo permitieron. Por amancebamiento se entienden las relaciones de hecho entre personas del pueblo, y por barraganía el concubinato que mantenían los conquistadores con indias o mestizas, en forma paralela a sus matrimonios.

Sonia Montecino recalca el papel que adquirió la mujer en aquella época: “El modelo de una familia centrada en la madre, abarcó durante la colonia a todas las clases sociales; encomenderos y soldados, indios de servicio y mestizos se trasladaron permanentemente de espacio. La prolongada Guerra de Arauco y la economía minera y agrícola, favorecieron una constante migración de los hombres. Las mujeres permanecían por meses, e incluso años, solas, a cargo de estancias y familias, socializando a los hijos junto a sirvientas y parentelas femeninas. Cada madre, mestiza, india y española dirigió el hogar...”^[7].

En la República, el inquilino de la hacienda, “contó con una notoria mayor estabilidad económica y de radicación”^[8], que se expresó en familias estables, biparentales, y extendidas. Sin embargo, “durante todo este período, hasta principios del siglo XX, hubo de observarse la presencia masiva de peones o gañanes”^[9], los cuales constantemente migraban entre zonas urbanas, rurales y mineras, dejando detrás de sí a los ya tradicionales huachos. “No resulta sorprendente por tanto que hacia 1900 se estimara que el 49,5% de los niños bautizados fueran ilegítimos”^[10].

Y del huacharaje nació el machismo latinoamericano. Frente a la debilidad del ejemplo paterno y conyugal, el hombre reforzó otros ámbitos de su masculinidad. Como modo de compensación se transformó en un macho que afirmó “su identidad, exagerando su agresividad, ostentando sus proezas sexuales, saliendo de farra con sus amigos”^[11].

Acercándonos a las cifras

Ya en el siglo XX las ciudades adquieren un papel fundamental y la clase media crece numéricamente sobre la base del matrimonio. “Así, tanto entre las familias de los estratos altos y medios, como en la familia campesina y en la familia obrera se habría alcanzado un grado de estabilidad y de formalización del vínculo que nunca antes se había tenido”^[12]. Para afirmar esto último, Claudio Ramos explora las cifras de ilegitimidad de los nacimientos: durante la década del 20 los nacimientos fuera del matrimonio están por encima del 36%, en los 30 hay un descenso progresivo, en 1949 alcanza un 20,9%, y en 1953, un 17,2%. Los años 60 comienzan con una cifra levemente inferior al 16%.

Sin embargo, a partir de 1970, los nacimientos fuera del matrimonio empiezan a crecer de nuevo, como lo muestra la siguiente tabla:

TABLA 1
PORCENTAJE DE ILEGITIMIDAD POR EDAD DE LA MADRE

AÑO	TOTAL	ADOLESC	20-24	25-29	30-34	35-39	40-44	45-49
1960	15,9	29,0	16,7	12,2	12,0	12,1	12,1	12,1

1970	18,6	30,8	18,9	14,6	15,2	16,3	16,0	14,4
1975	22,1	36,0	22,5	16,5	17,3	19,9	19,3	16,4
1980	27,6	45,7	29,4	20,0	19,5	21,9	21,9	20,5
1985	31,8	55,4	34,2	23,7	23,5	25,5	27,9	25,2
1990	34,3	61,0	37,2	25,0	26,2	29,7	32,1	31,3

Fuente: IGNACIO IRARRÁZABAL y JUAN PABLO VALENZUELA. *La ilegitimidad en Chile: ¿Hacia un cambio en la formación de la familia?* Documento de Trabajo n° 188. Santiago: CEP. 1992.

El aumento de la ilegitimidad se ha presentado en todos los tramos etáreos de las madres, sin ser representativo de un grupo específico, “lo cual debe ser entendido como producto de un cambio cultural y social que afecta la composición de las familias”^[13]. De todas maneras la mayor parte de los nacimientos ilegítimos se producen en mujeres menores de 25 años, como se aprecia en la siguiente tabla:

TABLA 2
DISTRIBUCIÓN DE LOS NACIMIENTOS ILEGÍTIMOS
DE ACUERDO A LA EDAD DE LA MADRE

AÑO	ADOLESC	20-24	25-29	30-34	35-39	40-44	45-49
1960	20,6	28,3	20,7	16,6	9,5	3,6	0,7
1970	23,9	31,2	19,9	12,6	8,2	3,7	0,5
1975	27,2	32,3	18,5	11,8	7,2	2,6	0,4
1980	27,6	36,3	18,4	10,2	5,6	1,7	0,2
1985	24,9	34,9	20,7	11,8	5,9	1,7	0,1
1990	24,5	31,7	21,1	13,8	7,0	1,7	0,1

Fuente: IGNACIO IRARRÁZABAL y JUAN PABLO VALENZUELA. *La ilegitimidad en Chile: ¿Hacia un cambio en la formación de la familia?* Documento de Trabajo n° 188. Santiago: CEP. 1992.

Las cifras de ilegitimidad no se han detenido, y han alcanzado el 40% del total de los nacimientos en los últimos años.

TABLA 3
NACIDOS VIVOS LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS

AÑO	LEGÍTIMOS	ILEGÍTIMOS
1992	190.057 (62,1%)	115.964 (37,9%)
1997	146.399 (56,1%)	114.718 (43,9%)
1998 (hasta 31 de julio)	69.228 (56,3%)	53.773 (43,7%)

Fuente: SERNAM. *Los números de la diferencia: estadísticas de género.* Santiago: Sernam. 1999.

La mayoría de las criaturas que nacen fuera del matrimonio, no tienen, por lo general, la figura paterna a su lado. Como excepción pueden considerarse los hijos de convivencias

estables. También son niños de padre ausente los que han nacido dentro de un matrimonio que luego se ha separado, divorciado^[14], o anulado^[15] durante la niñez de los menores, porque en nuestro país cuando esto ha sucedido corresponde a la madre el cuidado personal de los hijos, sin distinción de sexo o edad. Y se sabe que las rupturas tienden a ocurrir durante los primeros años de unión^[16], o sea, cuando probablemente hay hijos pequeños.

Lamentablemente no existen cifras sobre las separaciones de hecho, sólo hay datos acerca de las nulidades. En 1980 se registraron 3.072 nulidades, o sea, 36 nulidades por cada mil matrimonios; casi 20 años después, en 1998, las nulidades aumentaron a 6.269, con 85 nulidades por cada mil matrimonios^[17].

Como vemos no hay datos que nos digan exactamente con quién viven los niños en nuestro país. Por eso la cifra estadística sobre el porcentaje de hogares con jefatura femenina es utilizada con frecuencia para afirmar que los menores viven en una mayor proporción con ambos progenitores que sólo con la madre.

TABLA 4
DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LOS TIPOS DE HOGARES

TIPO	PORCENTAJE
Biparentales estables (1ª unión) y legales	50%
Monoparentales	20%
Reconstituidos (2ª unión)	14%
Convivencia no legalizada	8%
Unipersonal	8%

Fuente: CLAUDIO RAMOS. *La familia en la investigación social en Chile*. Documento de Trabajo n° 56. Santiago: Sernam. 1998.

Después de comparar diversos estudios estadísticos (Censo de 1992, Encuesta Casen de 1989, Encuesta nacional de la Comisión Nacional de la Familia de 1993) Ramos ofrece las cifras gruesas de la tabla precedente, y concluye:

1. Más del 60% de los hogares monoparentales corresponden a mujeres solas con sus hijos.
2. Chile presenta las tasas más bajas de convivencias o uniones consensuales de toda Latinoamérica.

La mujer ocupa la posición de jefa de un hogar o de un grupo familiar cuando carece de pareja. En 1999 existía un total de 3 millones 985 mil 680 hogares en todo el país. De ellos 878 mil 915 tenían como jefe a una mujer, es decir, el 22%^[18]. La jefatura femenina está asociada a las siguientes situaciones^[19]:

- **Viudez femenina.** El aumento en la esperanza de vida, especialmente en las mujeres, unido al hecho cultural de la diferencia de edad entre el hombre y la mujer que componen la pareja, explica que existan más viudas que viudos. No obstante, muchas viven en hogares unipersonales hasta su muerte.
- **Crecimiento del número de madres solteras y de la fecundidad adolescente** (lo que es manifiesto en las tablas 1 y 2). Es un fenómeno íntimamente ligado a la ilegitimidad de los nacimientos. La madre soltera y las adolescentes embarazadas “son dos realidades, que en muchos casos se dan juntas, pero que también tienen especificaciones”^[20]. Y aunque el madresolterismo es una condición que va más allá de la edad, es un hecho que se da sobre todo en las mujeres menores de 25 años. Esto deriva en muchos casos de relaciones sexuales fuera del matrimonio, como lo demuestra un estudio de 1988, del Departamento de Salud Pública de la Universidad de Chile, realizado al total de jóvenes santiaguinos de entre 15 y 24 años, donde el

65,0% de los hombres y el 35,4% de las mujeres declaró haber tenido coito premarital^[21].

• **Separaciones de uniones de hecho o legalmente constituidas.** “Esta jefatura por separación es más frecuente entre las mujeres adultas”^[22]. Algunos de los factores que los entendidos relacionan con el aumento de las separaciones son:

a) La menor responsabilidad que asume el progenitor cuando ve que con la incorporación de su mujer a un trabajo, la familia puede sobrevivir sin el aporte paterno (en 1998, las mujeres representaban el 36,1% de la población económicamente activa del país^[23]). En los estratos altos urbanos, las separaciones están claramente “asociadas a la mayor independencia económica de las mujeres”^[24].

b) Transformaciones en el tipo de relaciones de las parejas producto de un cambio en los valores sociales prevalecientes, más centrados en logro individual, y menos en los metas familiares^[25].

c) Dificultad para adaptarse a las exigencias de flexibilización de los roles que encaran las familias frente a las nuevas formas de inserción social de la mujeres. “La creciente incorporación de la mujer al mercado laboral ha planteado un desafío a los roles tradicionales, haciendo que hombres y mujeres cuestionen los ámbitos de acción para los cuales fueron socializados”^[26].

Una característica importante de los hogares con jefatura femenina es que tienden a ser más pobres que aquéllos con jefatura masculina o mixta^[27]. Dos razones principales lo explican:

1. Las mujeres se concentran en empleos peor remunerados que los hombres, además existe la tendencia a que ganen menos desempeñando el mismo trabajo^[28].
2. Cuando una familia se separa se empobrece, pues los mismos recursos que mantenían un hogar, deben hacerse cargo de dos.

Tras las cifras observadas previamente (el aumento de las ilegitimidades, y de las nulidades) no estamos en condiciones de afirmar cuántos niños crecen en Chile sin sus padres, pero podemos concluir que la proporción de ellos aumenta día a día.

En gran parte de la bibliografía revisada, la ilegitimidad y la jefatura femenina son entendidas como una herencia cultural, pero que a la vez constituyen una prueba concreta de que en la actualidad la conformación de la familia está cambiando, de que junto al modelo tradicional de matrimonio con hijos, hay diversas formas de construir una familia igualmente legítimas.

Para otros, en cambio, estos índices son reflejo de profundos problemas valóricos. El sociólogo católico Pedro Morandé atribuye el aumento de hogares monoparentales bajo la responsabilidad de la mujer, y la progresiva desvalorización de la figura del padre a una crisis de base: “¿Por qué le cuesta tanto a nuestra cultura contemporánea reconocer el vínculo filial? Ello se debe, en parte, a la persistencia de una ideología racional-iluminista que, a través de distintas versiones, ha pretendido fundar la soberanía del individuo y del Estado, y la autonomía de la conciencia y del juicio, en la superación de todo vínculo de dependencia, siendo el más fuerte de todos, el reconocimiento de Dios como Creador y Padre...”^[29].

Consecuencias de vivir sin un padre

Al parecer fue el homo sapiens el que comprendió su capacidad de procrear y se hizo cargo de sus hijos, dando origen, por primera vez, a la familia con una pareja sexual y a la vez parental. Previamente, los hombres se habrían comportado como los primates, donde los machos son inconscientes de que al copular engendran crías, y tienen vínculos esporádicos con las hembras^[30].

Desde la aparición de la familia, hombre y mujer han cumplido roles distintos al interior de ella, sin perjuicio de que estos roles se han modificado y evolucionado con el pasar del tiempo^[31]. Es así, como hoy en día, la diferenciación entre el papel instrumental del padre y el rol expresivo de la madre que hacía el sociólogo americano Talcott Parsons no se ajusta del todo

a la realidad actual. Según sus observaciones de los años 50, el padre ejercía la función instrumental de vincular a la familia con la sociedad, mientras la madre estaba estrictamente ligada al cuidado de los hijos. Con la incorporación de la mujer al trabajo, “los roles parentales se han modificado y las funciones instrumental y expresiva parecerían estar más compartidas por ambos padres”^[32].

A pesar de esta mayor complementación, hombre y mujer siguen cumpliendo funciones diversas, lo que nos remite a reconocer que son iguales en cuanto seres humanos, pero distintos al pertenecer a diferentes sexos. Sólo desde esta perspectiva podemos comprender por qué madre y padre no son intercambiables.

Las consecuencias de vivir sin el padre son múltiples y negativas para los niños, y a la larga para la sociedad en que viven, es por esto, como dijimos anteriormente, que los norteamericanos se han lanzado a la investigación de estas consecuencias. En Estados Unidos más del 50% de los matrimonios terminan en divorcio, lo que implica que aproximadamente la mitad de los hijos se encuentran distanciados de sus padres^[33].

Aunque la madre y el padre pueden ser igualmente receptivos y afectuosos, se ha comprobado que interactúan con los hijos de manera distinta, y que esto es notorio en los primeros años de vida de los niños. Mientras las madres enfatizan el cuidado y la cautela, los padres acentúan el juego. De esta forma, los hombres estimulan la competencia, el desafío, la iniciativa y la independencia en sus hijos^[34].

Desde los 70 los norteamericanos han corroborado a través de sucesivos estudios que la ausencia del padre afecta las habilidades cognitivas de los niños, y han concluido que papás involucrados y disponibles pueden tener un positivo impacto en la vida académica de sus hijos.

En 1970 una investigación examinó en una muestra de 500 niños, de entre 9 y 15 años, los efectos de la ausencia del padre en sus habilidades cognitivas. Los resultados indicaron que tanto para niños hombres como para mujeres la ausencia paterna (definida como 2 años o más de separación) estaba relacionada con una baja habilidad en tareas de percepción espacial, motrices y manipulativas. Además, los niños hombres de padre ausente arrojaron en aritmética puntajes inferiores que aquéllos de familias completas^[35].

Otro estudio de 1972 confirmó lo anterior, y agregó “que niños que sufrían la ausencia paterna a causa de divorcio, abandono o separación tenían menores puntajes que aquellos que sufrían la ausencia paterna por causa de muerte”^[36].

Un estudio de 1971 que comparó pruebas de aptitudes académicas y notas de alumnos de 3° básico, con la presencia del padre en sus vidas, obtuvo el siguiente resultado: los niños con alta presencia paterna (más de 2 horas diarias), obtenían mejores notas y tenían puntajes en los índices de logro académico superiores a los que se esperaba para su edad (cerca de un año); los que tenían ausencia paterna tardía (después de los 5 años), o baja presencia paterna (menos de 6 horas de contacto semanal), obtenían puntajes ligeramente inferiores en las pruebas de aptitud con respecto a lo esperado para su edad; los que tenían peores notas y puntajes en las pruebas, eran aquellos niños con temprana ausencia paterna (antes de los 3 años)^[37].

En 1990 se llevó a cabo un estudio que reveló la importancia del contacto de los niños con sus padres no tutores. Tras ordenar los logros académicos de hijos de padres separados de entre 9 y 15 años, se observó que tan sólo un tercio de ellos había sufrido una disminución en sus calificaciones tras la separación de los padres. Los niños fueron divididos en dos grupos, aquéllos que experimentaban menores resultados académicos tras la separación, y aquéllos que no sufrían una disminución en sus notas. Y de todos los factores que se analizaron, en lo único que ambos grupos diferían significativamente era en el tiempo que pasaban con sus padres no tutores. Los menores sin cambios en sus resultados escolares pasaban mucho más tiempo con su padre no tutor que los otros. La investigación concluye que el contacto con ambos padres beneficia la vida académica porque permite que los niños estén expuestos a una mayor gama de intereses y estímulos^[38].

También existe consenso en torno a la influencia del padre en el desarrollo moral de los hijos. “Debido a que es probable que se involucren más que las madres en la sociedad externa,

son los padres los principales transmisores de las reglas básicas de la sociedad”^[39]. Un estudio de 1971 encontró que los niños que tenían una fuerte identificación con los padres tenían mayores puntajes en las pruebas que medían juicio moral interno, valores morales y conformidad con las reglas, que los menores con una baja identificación paterna^[40].

En relación con lo anterior está el hecho de que los investigadores se han topado frecuentemente con la ausencia del padre en los expedientes de niños y niñas delincuentes^[41]. Aún más, “entre los delincuentes es más común encontrar la falta de un padre, que la presencia de un padre abusador”^[42].

El padre es importante para la consolidación de la identidad sexual tanto en los niños como en las niñas. Los niños hombres aprenden del comportamiento masculino de sus padres en las interacciones familiares. “En ausencia o carencia del padre, puede desarrollarse la masculinidad del niño siguiendo otros modelos masculinos: hermanos, tíos, abuelos, incluso profesores”^[43].

En las hijas, los padres contribuyen a fomentar su femineidad cuando son cariñosos y protectores con ellas^[44]. Diversos estudios han confirmado que mujeres exitosas en sus relaciones heterosexuales y también en el ámbito profesional, tuvieron padres que las trataron con mucho respeto, que valoraron su femineidad, y que al mismo tiempo estimularon sus habilidades^[45].

“Los expertos han encontrado que hombres y mujeres que tienen identidades sexuales inseguras o negativas, han experimentado una baja presencia del padre durante la niñez, ya sea porque estuvo ausente, porque los rechazó o porque ejerció sobre ellos una autoridad rígida o castigadora”^[46].

Existe una amplia evidencia de que los hijos de familias divorciadas o separadas en promedio exhiben más problemas conductuales, y están menos capacitados académica, social y psicológicamente que aquéllos de familias nunca divorciadas. No obstante, entre los psicólogos es permanente la discusión sobre si los problemas que presentan estos menores son producto de la separación misma o de los conflictos pre-separación^[47].

La información que hemos recolectado no se aplica a todos los niños de padre ausente, sin embargo, es probable que en presencia de ciertas predisposiciones biológicas y circunstancias sociales, sufran problemas que les hagan más difícil enfrentar la vida. Por el contrario, quienes experimentan una paternidad de buena calidad tienen más posibilidades de tener una vida satisfactoria.

CAPÍTULO 2: LA LEY Y SUS EFECTOS

En 1998 ingresaron y terminaron en los tribunales 6.318 causas por tuición. Ese mismo año, se iniciaron y terminaron 5.254 juicios por visita. Sin embargo, estas cifras del Instituto Nacional de Estadísticas no revelan la cantidad de causas totales que se ventilaron ese año, pues faltan todas las que se heredan de los años precedentes. Se estima que anualmente se ven cerca de 300 mil causas por tuición y visita^[48].

Protección mundial a los niños

El siglo XX marca un hito en cuanto a la preocupación que surge por proteger a la infancia. Se extiende la idea de que los niños de todo el mundo son criaturas indefensas, y que por su condición deben contar con normas que los resguarden.

Es así como en 1924 la Declaración de Ginebra, “instrumento que constituye el primer intento por lograr una codificación de las normas esenciales para la protección y bienestar del niño”^[49], es acogida por la Sociedad de las Naciones.

Terminada la II Guerra Mundial, y creada la Organización de las Naciones Unidas, ONU, son muchos los intentos que surgen para que a nivel internacional y nacional se reconozcan garantías a las mujeres y a los menores de edad.

En el plano interno nacieron nuevas normativas que dieron una protección especial a la

familia, proclamando los derechos de los niños y los deberes de los padres para con ellos^[50]. “Con mayor o menor intensidad, casi todos los ordenamientos jurídicos se han preocupado de reformar la legislación de familia, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo”^[51]. En Latinoamérica las mayores transformaciones fueron hechas en Perú, Bolivia y Costa Rica^[52]. Perú promulgó en 1984 un nuevo Código Civil. Bolivia y Costa Rica optaron por dictar Códigos de Familia separados de los Códigos Civiles^[53].

En 1959 la Asamblea General de la ONU, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, sin embargo, “su trascendencia real en la práctica no pasó más allá de ser una declaración de principios...”^[54], una recomendación a los Estados. Es por eso, que en 1979 surgió la idea de crear un pacto que tuviera fuerza de ley para todos los países que lo ratificaran, lo que se hizo realidad después de un arduo trabajo de 10 años: el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño fue suscrita por el gobierno chileno en enero de 1990, y fue promulgada como ley de la República en agosto de ese mismo año.

Para efectos de lo que interesa a esta investigación, podemos consignar que la Convención en su artículo 3° estipula que el interés superior del niño es el principio que organismos públicos y privados deben tener siempre presente en su actuar.

Además, entrega la responsabilidad de la crianza de los hijos a los padres, y consagra el derecho de los niños a mantener una relación personal y un contacto regular en caso de estar separado de uno o de ambos progenitores, “salvo si ello es contrario al interés superior del niño”^[55].

Como podremos constatar más adelante, las normas que rigen actualmente la tuición y el derecho a visitas en nuestro país son coherentes con los principios de la Convención.

Evolución legal de la tuición en Chile

En Chile, a diferencia de muchos países, el legislador tempranamente diferenció el concepto de patria potestad (Título X del Código Civil), referente a los derechos del padre sobre los bienes de sus hijos no emancipados, del de autoridad paterna (Título IX del Código Civil), que se relaciona con el conjunto de derechos y deberes que existen entre los padres y los hijos. Es sobre este último tema que tratará este apartado, específicamente acerca de la evolución legal del régimen de tuición.

Según la Real Academia de la Lengua, tuición es “la acción o efecto de guardar o defender”, y guardar es cuidar, vigilar y defender. Por lo tanto, la tuición es el conjunto de deberes que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley, en relación al cuidado personal de un menor de edad. La otra cara de la moneda de este deber, es el derecho que tiene el tutor de conservar junto con él a dicho menor.

Este deber es explicitado en el Artículo 222 de nuestro Código Civil, en los siguientes términos:

“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 también en el Artículo 224:

“Toca de consuno a los padres, al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”.

Este deber, como se podría pensar, no tiene su origen en el matrimonio de los padres, sino en la filiación, es decir, “en la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra”^[56]. Sin embargo, su ejercicio depende de si los padres están juntos o separados. En el primer caso, como vimos, el cuidado toca de consuno, o sea, a ambos.

La segunda situación ha sido regulada desde la época de Andrés Bello, y la normativa ha cambiado a través del tiempo, pues diversos aspectos han determinado legalmente a quién corresponde el cuidado personal de los hijos, si al padre o a la madre.

En el Código Civil primitivo de 1855, los aspectos determinantes eran la edad y el sexo de los hijos: los niños y niñas menores de 5 años debían permanecer con la madre, luego los varones debían ir a vivir con el padre y las mujeres quedarse con la mamá. Este criterio de división según sexo y edad permaneció vigente hasta 1989^[57], sin embargo, sufrió una evolución paulatina con respecto a la edad de permanencia de los niños hombres junto a sus madres. La ley 5.680 de 1935 la elevó a 10 años, y la ley 10.271 a 14 años.

En 1989, a través de la ley 18.802, “Chile hizo su primera gran modificación”^[58] en materia de legislación de familia, y dentro de los muchos cambios que se introdujeron, la tuición fue entregada íntegramente a la madre. La civilista, experta en derecho de menores y profesora titular de la Universidad Gabriela Mistral, Solange Doyharçabal, participó en el proyecto que luego fue acogido por las autoridades de la época, y que se tradujo en la ley recién mencionada. La abogada explica que la reforma se fundó en el principio de la unidad familiar: “Si una familia se quiebra, se debe intentar mantener al resto de los integrantes unidos, no distribuirlos como quien distribuye naipes. Para los niños hombres era doblemente traumático, primero veían a su padre partir, y luego ellos debían separarse de la madre y de sus eventuales hermanas”^[59].

El cambio que introdujo la ley 18.802 al Código Civil era sustancial:

“A la madre divorciada, haya dado motivo o no al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos, cuando por su depravación sea de temer que se perviertan.

En estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, se confiará el cuidado personal de los hijos al padre.

La circunstancia de haber sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio, deberá ser considerada por el juez como un antecedente de importancia al resolver sobre su inhabilidad. Lo dicho en este inciso se aplicará, en su caso, al padre”.

Diez años después ocurrió lo que tal vez se podría denominar como la segunda gran modificación del derecho de familia chileno: la nueva ley de filiación (n°19.585). Y aunque el objetivo primordial de esta normativa era eliminar las diferencias existentes entre niños legítimos e ilegítimos, también hubo cambios en lo relativo a tuición. Veamos a continuación qué es lo que rige actualmente en el Artículo 225 del Código Civil:

“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 del nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes al 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.

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 personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”.

En esta nueva disposición hay dos reformas sustanciales: la primera, contempla la posibilidad de que los padres, de común acuerdo, determinen a quién corresponderá el cuidado personal de uno o más hijos, cumpliendo las exigencias legales contempladas; la segunda, no se hace alusión ni a la depravación ni al adulterio de la madre, como circunstancias que puedan inhabilitarla de la tuición.

Con respecto a este último punto, la abogada del Servicio Nacional de la Mujer, Sernam^[60], Catalina Infante, que participó en la redacción del proyecto de esta ley, argumenta:

“Cuando se hablaba de depravación, la ley se refería al comportamiento sexual de la madre, lo que producía juicios muy sucios, en los que se indagaba en las relaciones íntimas de la mujer. La vida sexual de un hombre y de una mujer no determina el tipo de paternidad o maternidad”^[61].

Las causales de inhabilidad han sido desde siempre el eje alrededor del cual han girado los juicios de menores en caso de discutirse la tuición, los cuales, en el mejor de los casos, duran entre 6 y 8 meses. Hoy, los padres que desean privar a la madre de la custodia, para adquirirla ellos, deben probar motivos calificados, los cuales están especificados en la ley de menores, n°16.618, que data de 1967. En su Artículo 42 especifica las circunstancias que permiten decretar la inhabilidad física o moral:

- 1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;**
- 2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;**
- 3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;**
- 4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;**
- 5° Cuando hubieren sido condenados por vagancia, secuestro, o abandono de menores;**
- 6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;**
- 7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.**

Para decretar este tipo de inhabilidades, los jueces deben requerir informes médicos o de peritos y/o sentencias condenatorias. La causal n°7 es amplia e implica la norma general, con el fin de que los magistrados puedan determinar casos específicos de inhabilidad. Es siempre el interés superior del niño lo que debe guiar sus decisiones.

En el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el cuidado personal de los hijos puede ser entregado a otra u otras personas, siempre privilegiándose a los parientes más próximos, sobre todo a los abuelos.

La proposición de la tuición compartida

Para la Corporación de Padres por la Igualdad de Derechos Frente a los Hijos, más conocida como Papás por Siempre, la ley de filiación perdió la gran oportunidad de darle a los padres chilenos la alternativa de la tuición compartida^[62].

Esta agrupación, que ha dado orientación legal a más de 5 mil hombres, nació en 1994, cuando 4 padres cansados de los procedimientos judiciales que entorpecían las visitas a sus hijos, decidieron trabajar juntos en una organización que defendiera sus derechos. En abril de 1998 consiguieron la personalidad jurídica, y en la actualidad cuentan con una sede en el centro de Santiago, en calle Catedral, donde reciben, todos los martes a las 7 de la tarde, a nuevos padres que piden asesoría en diversos temas.

La bandera de lucha de esta agrupación, así como la de muchas organizaciones similares en Latinoamérica, Estados Unidos y Europa, es la tuición compartida, es decir, que tras la separación de los progenitores la ley otorgue el cuidado de los niños, y las decisiones que ello implica, a ambos padres por igual. Papás por Siempre propone que los niños vivan un año con la madre, el siguiente año con el padre, y así sucesivamente, manteniendo siempre las visitas del no custodio.

La tuición compartida en Chile es prácticamente desconocida. Sin embargo, no es algo nuevo en Europa, sobre todo en los países escandinavos, y en Estados Unidos. En este último país las normas distinguen entre dos tipos de tuición compartida: la tuición compartida legal, en donde los dos progenitores son responsables por el cuidado, pero el niño vive permanentemente con uno, al igual que en la tuición exclusiva; y la tuición compartida física, similar a lo que plantea Papás por Siempre, con la cual además de tuición legal, los padres se turnan el cuidado del niño semanal o quincenalmente.

En general, las leyes estatales que contemplan la tuición compartida se refieren a la legal y no a la física, y el objetivo de esta normativa ha sido “garantizar tanto a los papás como a las mamás sus derechos parentales, facilitar la participación paterna en las decisiones de crianza, y hacer del acceso al hijo por parte del padre no tutor algo fácil y frecuente” ^[63].

Según estudios hechos en el 1985, 1992, 1993, y en 1994, la tuición compartida es ventajosa para los papás: dicen sentirse cómodos con su rol paternal y se involucran bastante en el cuidado de sus hijos. Mientras las mamás declaran sentirse menos sobrecargadas de responsabilidades ^[64].

Entre la tuición compartida y nuestra tuición exclusiva para la madre, hay normativas que consagran la tuición exclusiva, pero dejan a padre y madre en igualdad de condiciones para obtenerla. Por ejemplo, el Código Civil español en su Artículo 159:

“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad...”

Según la presidenta de la Asociación Nacional de Jueces de Menores, y jueza del 7° Juzgado de Menores de Santiago, Gabriela Ureta, una redacción de este tipo facilitaría los juicios, porque no sería necesaria decretar la inhabilidad de la madre para dar la tuición al padre. “Hay casos específicos en que uno sabe que sería mejor para el niño permanecer con el padre, pero si no hay una inhabilidad seria no podemos saltarnos la ley”, afirma.

La abogada del Sernam, Catalina Infante, explica que en el proyecto de la ley de filiación nunca existió la intención de dejar a madre y padre en igualdad de condiciones. La razón: “Los hombres chilenos no demuestran un desarrollo de una paternidad responsable”.

Esta responsabilidad paternal se puede medir a través del pago de las pensiones alimenticias por parte de los padres que viven separados de sus hijos. En 1997 el Centro de Estudios de Asistencia Legislativa, dependiente de la Universidad Católica de Valparaíso, analizó 600 causas de alimentos de 10 tribunales del país, en 5 regiones diferentes. En el 39% de las causas las mujeres solicitaron pensiones inferiores a los 50 mil pesos, y sólo un 24% pidió más de 100 mil pesos. Por el incumplimiento en el pago de estas pensiones en un período de entre 2 y 6 meses, la orden de arresto fue solicitada en el 41% de los causas. La baja cantidad de las sumas demandadas, unidas al incumplimiento de los demandados son reveladoras.

Sin embargo, un informe preparado para el Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos recomendó la tuición compartida por encontrar que el contacto papá-hijo estaba en directa proporción con el pago de pensiones. El informe agregaba que el desentendimiento de los padres no tutores se debía en muchos casos al sentimiento los hombres de no control sobre los acuerdos judiciales ^[65].

En nuestro país es posible que los padres de manera privada acuerden un tipo de tuición compartida. Pero no es algo que tiene acogida a nivel de las autoridades. Catalina Infante cree que resultaría injusto para las mujeres un régimen de este tipo. “Los hombres pueden ofrecer a los niños mayor bienestar material ya que en general ganan más que las mujeres”.

Tampoco en Estados Unidos la tuición compartida es celebrada por todos. Para el presidente del Instituto para los Valores Americanos (Institute for American Values), David Blankenhorn, apoyar la tuición compartida implica evadir el problema de fondo, al intentar mejorar el proceso de divorcio, y no, en cambio, fortalecer el matrimonio. “Pretender mejorarlo, es no ver como el principal problema al divorcio en sí mismo” ^[66].

Los investigadores estadounidense, E. Marvis Hetherington y Margaret M. Stanley-Hagan han estudiado los efectos del divorcio en su país, y con respecto a la tuición compartida han concluido lo siguiente: “Desafortunadamente, para muchas parejas que se separan el conflicto que caracteriza al período anterior al divorcio suele no terminar con el divorcio, sino que aumenta tras él. Por lo tanto, tras el divorcio la efectividad de la tuición compartida frente a la situación de conflicto permanente es dudosa. Si bien los hijos pueden beneficiarse de la participación de ambos padres en sus vidas, es probable que sólo algunas familias puedan hacer

de la tuición compartida legal una experiencia no estresante y positiva”^[67].

¿Una relación directa y regular?

Un juicio de tuición es simultáneamente uno de visita, pues la legislación consagra las visitas como un derecho irrenunciable de los padres no custodios. No obstante, esto no significa que no sea un derecho relativo, “que queda a discreción de las circunstancias que aconsejan o no otorgarlo, y en qué condiciones”^[68].

Y aunque el padre visitador “es un papá en las sombras, un hombre desplazado que trata de no convertirse en un ex papá”^[69], que pierde control y conocimiento, y que difícilmente “es posible que reproduzca las características del contacto normal entre padre e hijo de una familia intacta”^[70], sigue siendo necesario para sus hijos. Varias investigaciones han comprobado que una relación cariñosa y cálida con el papá no residente está asociada a una mayor autoestima, a más habilidades sociales, y cognitivas, y a menores problemas conductuales en los hijos^[71].

Por eso en la nueva ley de filiación se prefirió reemplazar el concepto de visita, que alude más bien a ir a ver a otro por cortesía y atención, por el de mantener con el hijo una “relación directa y regular”, (utilizando así los conceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, vista en el primer apartado de este capítulo). Si ésta no es acordada por los padres separados, son los tribunales de justicia los que deben estimar con qué frecuencia y libertad se llevará a cabo la relación directa y regular.

Pero a pesar de la buena intención de la letra de la ley, rondan dudas sobre si los tribunales nacionales están actuando a favor de esta relación directa y regular.

En poder de los magistrados está decidir el número de visitas al mes, si es posible compartir las vacaciones y festivos, y si el padre no tutor puede ver a sus hijos sin testigos o si es necesaria la presencia de alguna persona. No hay ningún tipo de normativa que especifique con mayores detalles de qué forma los jueces deben administrar este derecho de los padres no custodios.

En la actualidad, un padre no tutor que quiere tener visitas, debe interponer una demanda ante un Juzgado de Menores, y esperar en promedio tres meses^[72] antes de que ambos progenitores sean citados a un comparendo, en el cual el juez se supone, porque no siempre es así, debe fijar un régimen de visita provisorio, que luego puede ser ampliado o reducido. Durante esos tres meses, la madre está en condiciones de impedir la relación entre el hijo y su padre, sin que éste último tenga la posibilidad de hacer algo. La explicación que da un actuario del 2° Juzgado de Menores de Santiago, no identificado, es que simplemente “los tribunales existentes no dan abasto para acoger las numerosas demandas”^[73].

En Chile, la práctica judicial ha establecido que un régimen de visitas amplio signifique un fin de semana por medio, o sea, 4 días al mes. La presidenta de la Asociación Nacional de Jueces de Menores, Gabriela Ureta, explica que la idea es que ambos padres compartan los fines de semana, “porque durante la semana el niño está en el colegio, y como se deben respetar los horarios habituales de éste, puede ser perturbador para él ver de noche al padre con el que no vive”^[74].

Una investigación de tipo cualitativo hecha a 60 hombres separados, de entre 30 y 45 años, de estrato socioeconómico medio de la Región Metropolitana, concluyó que el mayor impedimento para ejercer la función de padre de estos hombres no custodios era la limitación de tiempo del que disponen para las visitas^[75]. “La brevedad de las visitas hace que el encuentro resulte una experiencia nostálgica y frustrante para la gran mayoría; los padres sienten no haber podido entregar todo lo que quisieran”, afirma el estudio.

De esos 4 días mensuales del régimen amplio, las visitas pueden ser reducidas a un solo día del fin de semana por medio, a un día al mes, o simplemente a dos horas cada 15 días, en los tribunales los sábados por la mañana bajo la vigilancia de actuarios y asistentes sociales.

Las causas de estas reducciones son diversas: éstas van desde el incumplimiento en las horas de regreso, y el no pago de la pensión alimenticia (aunque estrictamente se trata de un

juicio distinto), hasta un alto nivel de conflicto entre los progenitores, y el temor por la integridad física y moral del niño. “Cuando se teme algún tipo de peligro, las visitas se establecen en casas que den confianza a ambos progenitores. En última instancia, cuando se constata a través de informes, que las denuncias de las madres acerca de maltratos o abusos deshonestos son ciertas, se decide como lugar de reunión el tribunal, en todo caso ésta es una medida extrema”, afirma la jueza Gabriela Ureta.

Las visitas en los tribunales han sido denunciadas en la prensa sucesivamente por la Corporación Papás por Siempre. Se quejan de que el lugar no es apropiado, que las madres son capaces de mentir con tal de privarlos de visitas libres, que las juezas fallan según prejuicios, etc.

Recorrer los tribunales de menores los sábados por la mañana es sumamente deprimente. En edificios públicos, padres e hijos tratan de jugar y olvidar el frío escenario que los rodea durante las escasas horas que disponen. En 1996, las diputadas Mariana Aylwin, Fanny Pollarolo, y María Antonieta Saa, concurren hasta el 2° Juzgado de Menores de Santiago para ver con sus propios ojos lo que ahí ocurría, y coincidieron en que el gobierno debía con urgencia encontrar un nuevo lugar para que se realizaran las visitas^[76]. Sin embargo, desde entonces nada ha cambiado.

El otro tema que denuncian los padres es la manipulación de las madres hacia los niños para reducir al máximo el contacto con sus hijos. Gabriela Ureta, reconoce que es algo que sucede a diario, y que en ocasiones pagan justos por pecadores. “En las reuniones periódicas que hacemos los jueces de menores, generalmente discutimos sobre este aspecto. No estamos prejuiciados contra los hombres, cuando detectamos algún tipo de manipulación, inmediatamente otorgamos las visitas. Es usual, por ejemplo, que las madres les digan a sus hijos que fueron objeto de abusos deshonestos, cuando en realidad, lo único que los padres hacían era bañarlos”, ejemplifica.

El sociólogo estadounidense, profesor de la California State University, Lewis Yablonsky, concluyó tras una investigación de 4 años, que de todas las personas que intervienen para filtrar la imagen del padre, la madre es la figura más significativa, y que “con frecuencia, un hijo que vive con su madre después de la separación o divorcio, puede tener un retrato de su padre, según lo que le dice la madre, como alguien horrendo a quien hay que evitar”^[77].

No obstante, lo más preocupante de esta realidad es que los jueces fijen estas exiguas visitas cuando no hay motivos reales para hacerlo. En un informe que confeccionó la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso para la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, esto queda claro en una de sus propuestas: “Incluir una norma que garantice que el lugar en que se realicen las visitas sea el adecuado para producir un ambiente de intimidad en la relación padres-hijos, frente al aumento de la práctica judicial de regular visitas de los padres en el recinto del tribunal, sin que exista motivo que lo justifique”^[78].

A todo esto se agrega el problema de que en Chile una mujer que impide las visitas entre los hijos y el padre no tiene ningún tipo de sanción en la práctica, peor aún, no hay cómo remediar el daño hecho a la relación padre-hijo. Según estipula la ley^[79], quien infrinja las resoluciones judiciales en torno al régimen de visita, puede ser arrestado durante 15 días, no obstante, como explica la jueza Gabriela Ureta, prácticamente jamás se procede de tal forma porque ello significa dejar a los menores sin su tutor.

Catalina Infante reconoce que la obstrucción a las visitas es un tema complicado, y que el Sernam no lo ha abordado. Cree que la mujer que impide las visitas por capricho propio debe ser sancionada de alguna manera, aunque no con el encarcelamiento. “No me parece descabellado plantear, como lo hace Papás Por Siempre, que cuando la madre impide el contacto con el padre, ejerce un tipo de violencia psicológica”, opina.

El Vicario de la Familia, monseñor Jaime Fernández, va más allá. “En Chile existe una legislación draconiana. Se necesitan procedimientos judiciales expeditos y claros, especialmente cuando no ha sido el padre el culpable de la ruptura. La mujer no puede interferir para que no haya una relación personal entre el papá y los hijos, incluso más, si la madre envenena la relación, socava su derecho a tener la tuición”^[80], sentencia.

¿Cómo conseguir una relación directa y regular?

Desde 1995 está en trámite en el Congreso un proyecto de ley —originado en una moción de los diputados Darío Paya y Exequiel Silva— que pretende una mayor regulación de las visitas a través de modificaciones a la ley 16.618 y al Código Civil. Las principales enmiendas que propone son las siguientes^[81]:

1. “Abreviar los plazos para que quede determinado judicialmente el régimen a que estará sometido el ejercicio de esta relación entre el hijo y el padre o madre que no lo tiene a su cargo”.
2. “Escuchar siempre la opinión del niño”.
3. “Dar prioridad, como medio de regulación, al acuerdo entre los padres y la conciliación entre ellos, antes que a la resolución del tribunal”.
4. “Admitir la posibilidad de que el padre o madre que no tiene el cuidado personal recupere el tiempo no utilizado [cuando el padre custodio frustra, retarde o entorpezca el ejercicio del derecho a visita], mediante resolución judicial”.
5. “Facultar al tribunal para hacer extensiva a otros parientes la relación directa y regular con el menor cuando sea conveniente para éste”.
6. “Ordenar que el juez, cada vez que confíe el cuidado personal de un menor a una persona determinada, determine de oficio la forma a la cual se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, si no se ha debatido esta materia”.

Sin embargo, tanto en el Sernam como en los padres representados por la Corporación Papás por Siempre, las esperanzas están puestas en los futuros tribunales de familia.

La creación de estos tribunales está contenida en un proyecto de ley que fue presentado por la administración Frei Ruiz Tagle al Congreso en noviembre 1997. Desde esa época prácticamente no han habido modificaciones^[82].

En atención a la delicada naturaleza de los conflictos familiares, estos tribunales incluirán un paso absolutamente revolucionario para el procedimiento judicial chileno: la mediación.

Las causas relativas a alimentos, tuición y visita deberán obligatoriamente someterse a un procedimiento de mediación previo, donde un tercero neutral y capacitado profesionalmente ayudará a las partes a encontrar por sí mismas una solución a su conflicto. La idea es lograr “soluciones que además de comprometer personal y espontáneamente a las partes, tenderán a sentar las bases de una relación pacífica para el futuro”.

Así, ambos progenitores entenderán mejor cuáles son las consecuencias de las decisiones que están tomando, comprenderán que deben aplacar sus sentimientos amargos y de revancha en pro del interés superior del hijo, y tal vez acuerden visitas que superen los 4 días mensuales del actual régimen amplio. En el mejor de los casos, la mediación permitirá que los padres decidan compartir de una manera equilibrada las responsabilidades para con el hijo. Se ha comprobado que “el punto central de la relación padre no custodio-hijo depende de los acuerdos amistosos que toman sus progenitores”^[83].

Si la mediación no resulta completa o parcialmente, la ley faculta al juez para que en cualquier momento del juicio llame a las partes a conciliación, o sea, para que se sigan buscando soluciones cooperativas, alternativas orientadas a mitigar la confrontación. Con el propósito de que la acción de los magistrados, en este sentido, sea efectiva, el proyecto contempla que los jueces estén asesorados por un Consejo Técnico, integrado por psicólogos y asistentes sociales. El fin último, es que en los tribunales comience a darse una comprensión interdisciplinaria de los acontecimientos.

Y aunque todo suena muy bien, la abogada Catalina Infante advierte: “No hay que ser ilusos, los tribunales de familia también pueden automatizarse y los técnicos ser invadidos por una actitud burocrática”.

Para que en Chile hayan tribunales de familia falta mucho, lo dijo la ministra del Sernam, Adriana Delpiano: “En el Congreso el proyecto no se ha movido porque no hay fondos, en estos

momentos todos los recursos están dirigidos a la reforma procesal penal”^[84].

Mariana Aylwin e Ignacio Walker, denuncian en el libro que escribieron para defender su posición favorable al divorcio vincular, la inexistencia de tribunales de familia: “Es curioso constatar que en Chile tenemos una alta valoración acerca del trabajo, tenemos un Código del Trabajo, Tribunales del Trabajo, y en fin, un verdadero Derecho del trabajo... Pero, hasta ahora, no hemos hecho lo mismo en materia de familia. Decimos tener una alta valoración de la familia; sin embargo, no tenemos un Código de Familia. Tampoco tenemos Tribunales de Familia y escasamente podemos decir que tenemos un Derecho de Familia”^[85]. Unas páginas más adelante explican que esto demuestra la incapacidad de la sociedad chilena “para prevenir y hacerse cargo de las familias que viven en crisis”^[86].

CONCLUSIONES

1. El primer problema tiene que ver con un aspecto cuantitativo. En Chile no hay estadísticas que permitan dimensionar con certeza los fenómenos que afectan la composición familiar. No hay datos sobre las separaciones de hecho de los matrimonios legalmente constituidos, tampoco sobre las separaciones de convivencias estables, ni sobre el tema del padre ausente, que afecta a un grupo importante de niños chilenos. No hay estudios de seguimiento de causas de visitas que permitan concluir en qué porcentaje los niños mantienen contacto con el padre no tutor y con qué frecuencia, es decir, con qué proporción se otorga el régimen de visita amplio, o cuántos hombres deben visitar a sus hijos en los tribunales.

2. El segundo problema está relacionado con las prácticas judiciales, que no se ajustan al espíritu de la nueva Ley de Filiación, en relación al derecho de los padres no tutores a tener “una relación directa y regular” con sus hijos. Como vimos, el régimen amplio es exiguo, en circunstancias de que diversas investigaciones han comprobado que los niños requieren de un contacto estrecho y estable con ambos progenitores. Por eso resulta preocupante que los jueces de menores estén decretando visitas en los tribunales cuando no hay motivos para hacerlo. De hecho, los proyectos de ley que se estudian para mejorar la situación confirman la existencia de problemas en torno a los procedimientos.

3. Crecer con un padre ausente tiene consecuencias negativas para los niños en el aspecto económico, psicológico, cognitivo y afectivo. Por lo tanto, los encargados de las políticas públicas deberían concentrar sus esfuerzos en fortalecer la familia y la paternidad masculina, ya sea a través de la educación o los medios de comunicación, antes que dedicarse a desarrollar medidas paliativas de las rupturas familiares.

BIBLIOGRAFÍA

Literatura:

AYLWIN, MARIANA e IGNACIO WALKER. *Familia y divorcio: razones de una posición*. Santiago: Editorial Los Andes. 1996.

AYLWIN, NIDIA y CARMEN GLORIA HIDALGO. *Familia e Interdisciplina*. Documento de Trabajo n° 36. Santiago: CPU. 1992.

AYLWIN, NIDIA y MARÍA ISABEL SOLÉ. *Percepción del rol paterno en familias de estrato bajo*. Santiago: Escuela de Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 1989.

BLANKENHORN, DAVID. *Fatherless America: confronting our most urgent social problem*. New York: Basic Books. 1995.

BOGOCIAN, ROSA JULIA. *Tuición de Menores*. (Memoria de Grado). Valparaíso: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso. 1966.

CÁDIZ, MARÍA INÉS, CAROLINA FUENTES, SONIA JELDRES y PAULINA MONTES. *El ejercicio del rol paterno de un grupo de hombres separados no custodios de sus hijos de la Región Metropolitana*. (Seminario de Título). Santiago: Instituto Profesional Carlos Casanueva, 2000.

CENTRO DE ESTUDIOS DE ASISTENCIA LEGISLATIVA. *Estudio de seguimiento de la Ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias*. Santiago: Sernam. s/f.

CROXATTO, ALEJANDRA y LUIS FELIPE OCAMPO. *Manual de Derecho de Menores. Visión crítica y práctica*. (Memoria de Grado). Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Central.

COVARRUBIAS, PAZ, MÓNICA MUÑOZ y CARMEN REYES. *Familia y Necesidades Básicas*. Santiago: Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 1989.

GUEVARA, SOLEDAD. *Madresolterismo: Estructuras y Vivencias*. Santiago: Ediciones Academia. 1994.

INE. *Compendio Estadístico 1999*. Santiago: INE. 2000.

IRARRÁZABAL, IGNACIO y JUAN PABLO VALENZUELA. *La ilegitimidad en Chile: ¿Hacia un cambio en la formación de la familia?*. Documento de Trabajo n° 188. Santiago: CEP. 1992.

LAMB, MICHAEL (editor). *The role of the father in child development*. Estados Unidos: Jon Wiley & Sons Inc. 1996.

MARRAS, SERGIO (editor). *A partir de Beijing: La familia chilena del 2000*. Santiago: Las Ediciones de Chile 21. 1998.

MONTECINO, SONIA. *Madres y huachos: alegoría del mestizaje chileno*. Santiago: Editorial Sudamericana. 1996.

MORANDÉ, PEDRO. "La imagen del padre en la cultura de la postmodernidad" en revista *Anthropotes: Rivista di Studi sulla Persona e la Famiglia*. Vaticano: Istituto Giovanni Paolo II. 1996.

------. *Persona, matrimonio y familia*. Santiago: Ediciones Universidad Católica. 1994.

RAMOS, CLAUDIO. *La familia en la investigación social en Chile*. Documento de Trabajo n° 56. Santiago: Sernam. 1998.

SERNAM. *La familia en Sudamérica*. Documento de Trabajo n° 10. Santiago: Sernam. 1992.

------. *Los números de la diferencia: estadísticas de género*. Santiago: Sernam. 1999.

SERRANO, PEDRO PABLO. "Educación de los Hijos: Una mirada desde la perspectiva paterna" en *Corriente de Opinión* n° 28. Santiago: Fundación Chile Unido. Enero 2000.

SULLEROT, EVELYNE. *Un nuevo padre para un nuevo mundo*. Barcelona: Ediciones B.S.A.

1993.

UNICEF. *Convención sobre los Derechos de los Niños*. Unicef. 1989.

----- . *Ser mujer: Chile en los 90*. Santiago: Unicef. 1990.

VALENZUELA, MARÍA ELENA, SYLVIA VENEGAS y CARMEN ANDRADE. *De mujer sola a jefa de hogar*. Santiago: Sernam. 1994.

WINQUIST NORD, CHRISTINE Y NICHOLAS ZILL. "Non custodial parent's participation in their children's lives: evidence from the survey of income and program participation". 1996. Internet: <http://www.afc.org/study/dhhsvol2.htm>.

YABLONSKY, LEWIS. *Padre e hijo: la más desafiante de las relaciones familiares*. México: Editorial El Manual Moderno. 1993.

Artículos de diario:

FONSECA, MARÍA CRISTINA. "Debido equilibrio" en diario *El Mercurio* de Santiago. 24 de junio de 1999, p. A2.

"Diputadas analizan régimen de visitas" en diario *El Mercurio*. Santiago: 11 de junio de 1996, p. C8.

"Padres descontentos con nueva ley de filiación" en diario *La Tercera*. Santiago. 8 de noviembre de 1999. Edición electrónica.

"Piden a Corte Suprema perfeccionar aplicación de régimen de visitas" en diario *El Mercurio*. Santiago: 27 de septiembre de 1996, p. C7

Leyes:

Boletín n°1.551-18, Comisión de Legislación, Constitución y Justicia del Senado. 3 de agosto de 1999.

Boletín n°1402-18, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. 3 de agosto de 1999.

Boletín n°2118-18, Cámara de Diputados. 5 de noviembre de 1997.

Código Civil chileno.

Código Civil español.

Código Civil francés.

Código Civil peruano.

Código de Familia boliviano.

Ley 14.908 "Sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias"

Ley 16.618. “Ley de Menores”.

Ley 18.802 que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley 16.618.

Ley 19.585 “Nueva Ley de Filiación”.

Entrevistas:

DOYHARÇABAL, SOLANGE: Abogada civilista, profesora titular de la Universidad Gabriela Mistral, experta en Derecho de Menores. 5 de junio de 2000.

FERNÁNDEZ, JAIME. Vicario de la Pastoral de la Familia. 26 de junio de 2000. (Vía telefónica)

INFANTE, CATALINA. Abogada del Sernam. 30 de junio de 2000.

ROZAS, MARCELO. Psicólogo, presidente de la Corporación de Padres por la Igualdad de Derechos frente a sus Hijos. 27 de junio de 2000.

URETA, GABRIELA. Jueza del 7° Juzgado de Menores de Santiago, presidente de la Asociación Nacional de Jueces de Menores. 21 de junio de 2000.

^[1] JAIME FERNÁNDEZ. Entrevista realizada vía telefónica el 26 de junio de 2000.

^[2] Ver DAVID BLANKENHORN. *Fatherless America: confronting our most urgent social problem*. New York: Basic Books. 1995, y EVELYNE SULLEROT. *Un nuevo padre para un nuevo mundo*. Barcelona: Ediciones B.S.A. 1993.

^[3] SONIA MONTECINO. *Madres y huachos: alegoría del mestizaje chileno*. Santiago: Editorial Sudamericana. 1996, p. 43.

^[4] PEDRO MORANDÉ. *Persona, matrimonio y familia*. Santiago: Ediciones Universidad Católica. 1994, p. 82.

^[5] *Ibíd.*, p. 83.

^[6] SONIA MONTECINO. *op. cit.*, pp.46-51.

^[7] *Ibíd.*, p.50.

^[8] CLAUDIO RAMOS. *La familia en la investigación social en Chile*. Documento de Trabajo n° 56. Santiago: Sernam. 1998, p. 22.

^[9] *Ibíd.*, p.23.

^[10] GABRIEL SALAZAR. *Labradores, peones y proletarios*. Santiago: Editorial Sur. 1985, citado en MARÍA ELENA VALENZUELA, SYLVIA VENEGAS y CARMEN ANDRADE. *De mujer sola a jefa de hogar*. Santiago: Sernam. 1994, p. 9.

^[11] CLAUDIO RAMOS. *op. cit.*, p. 63.

^[12] *Ibíd.*, p. 25.

^[13] IGNACIO IRARRÁZABAL y JUAN PABLO VALENZUELA. *La ilegitimidad en Chile: ¿Hacia un cambio en la formación de la familia?*. Documento de Trabajo n° 188. Santiago: CEP. 1992, p. 15.

^[14] En la ley chilena el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, es sólo una separación de cuerpos, por lo tanto los cónyuges divorciados no pueden contraer un nuevo matrimonio. “Es solicitado con frecuencia en los servicios de asistencia judicial por mujeres de sectores populares que no pueden acceder a la nulidad”, UNICEF. *Ser mujer: Chile en los 90*. Santiago: Unicef. 1990, p. 19.

^[15] A través de la nulidad los jueces disuelven el matrimonio, declarando que nunca fue válido por faltar requisitos de forma establecidos en la ley. Probar esto da origen a todo tipo de

fraudes legales. Los servicios de asistencia judicial no las tramitan, por lo tanto sólo tienen acceso a ella quienes pueden pagar un abogado en forma particular. Ver tema en MARIANA AYLWIN e IGNACIO WALKER. *Familia y divorcio: razones de una posición*. Santiago: Editorial Los Andes. 1996.

^[16] SERNAM. *La familia en Sudamérica*. Documento de Trabajo n° 10. Santiago: Sernam. 1992, p. 20.

^[17] INE. *Compendio Estadístico 1999*. Santiago: INE. 2000

^[18] SERNAM. *Los números de la diferencia: estadísticas de género*. Santiago: Sernam. 1999. s/n.

^[19] MARÍA ELENA VALENZUELA, SYLVIA VENEGAS y CARMEN ANDRADE. *De mujer sola a jefa de hogar*. Santiago: Sernam. 1994, pp. 16-17.

^[20] SOLEDAD GUEVARA. *Madresolterismo: Estructuras y Vivencias*. Santiago: Ediciones Academia. 1994. p. 102.

^[21] SOLANGE VALENZUELA, JOAN HAROLD y LEO MORRIS. *Encuesta de salud reproductiva en adultos jóvenes*. Santiago: Universidad de Chile. 1989, citado en CLAUDIO RAMOS. op. cit., p. 51.

^[22] MARÍA ELENA VALENZUELA et al, op. cit., p. 443.

^[23] SERNAM. *Los números de la diferencia: estadísticas de género*. Santiago: Sernam. 1999. s/n

^[24] SERNAM. *La Familia en Sudamérica*. Documento de Trabajo n° 10. Santiago: Sernam. 1992, p. 20.

^[25] Ver tema en EVELYNE SULLEROT. op. cit.

^[26] MARÍA ELENA VALENZUELA et al, op. cit., p.17.

^[27] *Ibíd*em, p. 18.

^[28] Ver SERNAM. *Los números de la diferencia: estadísticas de género*. Santiago: Sernam. 1999.

^[29] PEDRO MORANDÉ. “La imagen del padre en la cultura de la postmodernidad” en revista *Anthropotes: Rivista di Studi sulla Persona e la Famiglia*. Vaticano: Istituto Giovanni Paolo II. 1996. p. 257.

^[30] EVELYNE SULLEROT. op. cit., p. 13.

^[31] Ver evolución del rol paterno en LEWIS YABLONSKY. *Padre e hijo: la más desafiante de las relaciones familiares*. México: Editorial El Manual Moderno. 1993, pp. 9-11.

^[32] NIDIA AYLWIN y MARÍA ISABEL SOLÉ. *Percepción del rol paterno en familias de estrato bajo*. Santiago: Escuela de Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 1989, p. 4.

^[33] LEWIS YABLONSKY. op. cit., p. 121.

^[34] Ver MICHAEL LAMB. “The development of father-infant relationships” en MICHAEL LAMB (editor). *The role of the father in child development*. Estados Unidos: Jon Wiley & Sons Inc. 1996.

^[35] HENRY B. BILLER y JON LOPEZ KIMPTON. “The father and the schoolaged-child” en MICHAEL LAMB (editor). *The role of the father in child development*. Estados Unidos: Jon Wiley & Sons Inc. 1996, p.147.

^[36] *Ibíd*em.

^[37] *Ibíd*em, p.146.

^[38] *Ibíd*em, p.149.

^[39] LEWIS YABLONSKY. op. cit., p. 1.

^[40] HENRY B. BILLER y JON LOPEZ KIMPTON. op. cit., p. 153.

^[41] Ver NIDIA AYLWIN y MARÍA ISABEL SOLÉ. op. cit.

^[42] HENRY B. BILLER y JON LOPEZ KIMPTON. op. cit., p. 155.

^[43] NIDIA AYLWIN y MARÍA ISABEL SOLÉ. op. cit., p. 10.

^[44] *Ibíd*em, p. 9.

^[45] HENRY B. BILLER y JON LOPEZ KIMPTON. op. cit., pp. 149-159.

- ^[46] *Ibídem*, p. 156.
- ^[47] E. MAVIS HETHERINGTON y MARGARET M. STANLEY- HAGAN. “The effects of divorce on fathers and their children” en MICHAEL LAMB (editor). *The role of the father in child development*. Estados Unidos: Jon Wiley & Sons Inc. 1996, p. 197.
- ^[48] Cifra otorgada por Gabriela Ureta, presidenta de la Asociación Nacional de Jueces de Menores.
- ^[49] ALEJANDRA CROXATTO y LUIS FELIPE OCAMPO. *Manual de Derecho de Menores. Visión crítica y práctica*. (Memoria de Grado). Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Central, p. 3.
- ^[50] Ver ALEJANDRA CROXATTO y LUIS FELIPE OCAMPO. *op. cit.*
- ^[51] SOLANGE DOYHARÇABAL. “La reforma a la legislación de familia, a la luz de los principios que rigen el derecho comparado”, en UNICEF. *Ser mujer: Chile en los 90*. Santiago: Unicef. 1990, p. 25.
- ^[52] *Ibídem*.
- ^[53] En Chile las leyes relativas a familia y a menores son de diversa antigüedad y se encuentran dispersas en distintos textos.
- ^[54] ALEJANDRA CROXATTO y LUIS FELIPE OCAMPO. *op. cit.*, p.6.
- ^[55] Artículo 9, inciso 2°, de la *Convención sobre los Derechos de los Niños*. Unicef. 1989.
- ^[56] ROSA JULIA BOGOCIAN. *Tuición de Menores*. (Memoria de Grado). Valparaíso: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso. 1966, p.43.
- ^[57] El criterio de sexo y edad aún existe en el Código Civil de Perú, que data de 1984. Los hijos varones mayores de 7 años quedan a cargo del padre.
- ^[58] SOLANGE DOYHARÇABAL. *op. cit.*, p. 25.
- ^[59] SOLANGE DOYHARÇABAL. Entrevista personal realizada el 5 de junio de 2000.
- ^[60] La ley que creó al Sernam estableció dentro de sus obligaciones promover reformas legales, reglamentarias y administrativas en relación a la mujer y a la familia en general.
- ^[61] CATALINA INFANTE. Entrevista personal realizada el 30 de junio de 2000.
- ^[62] “Padres descontentos con nueva ley de filiación” en diario *La Tercera* (edición electrónica). Santiago. 8 de noviembre de 1999.
- ^[63] E. MAVIS HETHERINGTON y MARGARET M. STANLEY- HAGAN. “The effects of divorce on fathers and their children” en MICHAEL LAMB (editor). *The role of the father in child development*. Estados Unidos: Jon Wiley & Sons Inc. 1996, p. 207.
- ^[64] *Ibídem*.
- ^[65] CHRISTINE WINQUIST NORD Y NICHOLAS ZILL. “Non custodial parent’s participation in their children’s lives: evidence from the survey of income and program participation”. 1996. Internet: <http://www.afc.org/study/dhhsvol2.htm>.
- ^[66] DAVID BLANKENHORN. *op. cit.*, p.158.
- ^[67] E. MAVIS HETHERINGTON y MARGARET M. STANLEY- HAGAN. *op. cit.*, p. 208.
- ^[68] ALEJANDRA CROXATTO y LUIS FELIPE OCAMPO. *op. cit.*, p. 256.
- ^[69] DAVID BLANKENHORN. *op. cit.*, p.148.
- ^[70] *Ibídem*, p.169.
- ^[71] E. MAVIS HETHERINGTON y MARGARET M. STANLEY- HAGAN. *op. cit.*, p. 202.
- ^[72] “Piden a Corte Suprema perfeccionar aplicación de régimen de visitas” en diario *El Mercurio*. Santiago: 27 de septiembre de 1996, p. C7
- ^[73] “Diputadas analizan régimen de visitas” en diario *El Mercurio*. Santiago: 11 de junio de 1996, p. C8.
- ^[74] GABRIELA URETA. Entrevista personal realizada el 21 de junio de 2000.
- ^[75] MARÍA INÉS CÁDIZ, CAROLINA FUENTES, SONIA JELDRES y PAULINA MONTES. *El ejercicio del rol paterno de un grupo de hombres separados no custodios de sus hijos de la Región Metropolitana*. (Seminario de Título). Santiago: Instituto Profesional Carlos Casanueva, 2000. s/n.
- ^[76] “Diputadas analizan régimen de visitas” en diario *El Mercurio*. Santiago: 11 de junio de

1996, p. C8.

^[77] LEWIS YABLONSKY. op. cit., p. 105.

^[78] Boletín n° 1402-18, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. 3 de agosto de 1999, p.4.

^[79] Artículo 66, inciso 2° de la Ley 16.618.

^[80] JAIME FERNÁNDEZ. Entrevista realizada vía telefónica el 26 de junio de 2000.

^[81] Boletín n° 1.551-18, Comisión de Legislación, Constitución y Justicia del Senado. 3 de agosto de 1999, p. 20.

^[82] Boletín n° 2118-18, Cámara de Diputados. 5 de noviembre de 1997.

^[83] MARÍA INÉS CÁDIZ et al. op. cit. Conclusión.

^[84] Reunión de la Corporación Papás por Siempre con la ministra del Sernam, Adriana Delpiano. 29 de junio de 2000.

^[85] MARIANA AYLWIN e IGNACIO WALKER. *Familia y divorcio: razones de una posición*. Santiago: Editorial Los Andes. 1996, p. 18.

^[86] *Ibíd*em, p.25.

[VOLVER](#)