

**Rol de los operadores del derecho en la resolución de los conflictos
jurídicos derivados de la crisis de la pareja**

Gloria Negroni

La autora es licenciada en ciencias jurídicas y sociales y Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es jueza titular del Tercer Juzgado de Familia de Santiago y directora de la Asociación Regional de Magistrados de Santiago

ROL DE LOS OPERADORES DEL DERECHO EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CRISIS DE LA PAREJA¹

A cinco años de la puesta en marcha de los Tribunales de Familia como jurisdicción especializada en materias como cuidado personal, relación directa y regular, divorcio, separación, alimentos, violencia intrafamiliar, protección, infractores de ley, observamos cambios sociales profundos en la manera de enfrentar las relaciones de familia. Cambios que hablan de una sociedad en la que las mujeres se han incorporado cada vez con más fuerza al campo laboral, dejando en evidencia la necesidad de regular con mayor acuciosidad y con miras a la igualdad, la conciliación entre el trabajo y la vida familiar. Los hombres, por su parte, desempeñan cada vez en mayor número, o están interesados y claman por desempeñar roles preponderantes en la crianza y cuidado de los niños, ya sea vía acuerdo o demandándolo ante tribunales. Y la legislación está apuntando a fortalecer esa igualdad de roles, de ello dan cuenta normas como las del Código del Trabajo que apuntan a reconocer el derecho-deber de los padres en cuanto a los hijos, artículos 195, 199, 199 bis y 200 del texto legal citado.

Los divorcios de común acuerdo son una manifestación de la manera colaborativa en que se están solucionando los conflictos, lo que se refuerza con las cifras arrojadas por la mediación y la conciliación, que en el último mes de septiembre suman alrededor del 40% del total de ingresos de causas en los tribunales de Santiago.

El aumento de las denuncias por violencia intrafamiliar, también nos habla de la disminución de la tolerancia frente a este tipo de situaciones que en general afecta a mujeres, sin perjuicio de que la cifra de hombres que denuncian también ha aumentado.

Tal es así, que el derecho internacional de los derechos humanos a través de las Convenciones suscritas y ratificadas por Chile, por tanto, ley que debemos aplicar conforme lo dispone el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política, imponen obligaciones al Estado, obligaciones contraídas al amparo de los

¹ El equipo de redacción de la Revista señala que se ha mantenido el formato original de la conferencia a fin de reflejar lo más fielmente su espíritu.

derechos fundamentales que han ido adquiriendo cada vez mayor reconocimiento y que constituyen el reflejo de los cambios paradigmáticos que en estas materias presenciamos.

Como normas base en este sentido, encontramos los artículos 1° y 2° de la **Convención Americana de Derechos Humanos**:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Lo propio se establece en la **Convención de Los Derechos del Niño**, que en su mensaje señala:

“Es también obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención.”

Y en su Artículo 3 establece que:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

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

Por su parte la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belem do Parà” establece en sus artículos, 5, 6, y 8 lo siguiente:

“Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:
b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;

De lo expuesto, no resulta complejo visualizar la necesidad de adecuar la legislación interna para dar cabal cumplimiento a los principios y normas antes indicadas y evitar la colusión con las que aún permanecen en nuestros ordenamientos y que no resultan compatibles con aquellas.

La esencia del rol que cumplimos los jueces y otros operadores de justicia, se encuentra precisamente en la aplicación concreta de los derechos y libertades de que gozamos como personas humanas adultas o personas en desarrollo, en el caso de los niños, niñas y adolescentes.

En primer término, considerar a todo ser humano como persona, implica el reconocimiento de su dignidad y por tanto de su autonomía para tomar las decisiones relativas a su vida, y en el caso de los niños, se trata de una autonomía

progresiva, es decir, aquella que va en aumento en la medida que alcanza mayor grado de edad, madurez o capacidad para formarse un juicio propio. Lo anterior, en el marco del ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, las cuales se encuentran garantizadas por el bloque de constitucionalidad en un estado democrático de derecho.

Por tanto el rol fundamental que debemos cumplir está asociado directamente al respeto por la autonomía de voluntad de las personas, empoderándolos, es decir, haciendo que les quede muy claro que son ellos los protagonistas de su conflicto y en consecuencia los primeros llamados a ejercer sus derechos en la forma que lo estimen pertinente, en el entendido que ambos forman parte activa del problema y de la solución. En concreto, esta forma de enfocar las acciones dice relación con el principio de colaboración establecido en el artículo 14 de la Ley N° 19.968, a través de instar a las partes en primer término a un procedimiento de mediación o a conciliar sus posiciones, a partir de las bases que el tribunal proponga con la asesoría del Consejo Técnico y de los abogados de cada una de las partes.

Tal es así, que en el ejercicio de esa autonomía, los padres, en igualdad de derechos y deberes, en interés superior de sus hijos, es decir, respetando sus derechos, promoviéndolos y velando por su bienestar, con miras al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben proporcionarle el seno de una familia y un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Lo señalado, no solo está asociado al concepto tradicional de familia, sino que es comprensivo de las distintas formas en que se organiza hoy una familia, entendiéndose por tal, según la suscrita, principales referentes afectivos de una persona, y en especial para una persona en desarrollo, los cuales se organizan para darse protección, afecto y satisfacción a sus necesidades; y puesto que la familia del niño se inicia a partir de la filiación y no termina o se extingue cuando los padres no viven juntos, el vínculo filiativo permanece.

Así la tarea común de los padres o corresponsabilidad, permanece intacta para el hijo, se encuentren sus padres viviendo juntos o separados, esto es, el ejercicio de sus derechos no debe afectarse por la situación fáctica que afecte a sus padres. Asimismo, los derechos-deberes o derechos-función de los padres no se alteran cuando termina la vida matrimonial o de pareja. Sin embargo, nuestra legislación actual en estas materias, dictada para un escenario distinto, no refuerza este principio, sin perjuicio, de que la mayoría de las normas del Código Civil relativas a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, Título IX del Libro Primero, indican derechos-deberes de ambos padres, o a ejercer de consuno por ellos; dicha circunstancia, lamentablemente aparece modificada cuando los padres viven separados.

El concepto de corresponsabilidad consiste en “reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales”².

Las ventajas de explicitar un modelo de corresponsabilidad en la ley, sin preferencias a favor de alguno de los padres, son claras y concretas, puesto que en primer término, los estudios realizados en esta materia específica, por Wallerstein y Kelly, avalan que los hijos de padres separados que presentan mayor y mejor desarrollo son aquellos que mantienen contacto regular y continuo con ambos padres después de la ruptura ³, lo que elimina la desigualdad e incluso discriminación manifiesta en virtud del género, puesto que contribuye a erradicar un prejuicio histórico, económico, sociológico y jurídico, que refuerza el rol de la mujer como ama de casa y madre conjuntamente con la dependencia económica del marido, siendo una ventaja para la madre pero también una carga; está acorde con las investigaciones en las cuales se concluye que el afecto que necesita un niño es independiente del sexo del progenitor que lo provea; contribuye a evitar la idea de la existencia de un derecho de propiedad sobre el hijo, centrando la atención en las necesidades emocionales del niño por sobre las de la madre⁴.

En relación a los niños y su interés superior y también a los padres, las ventajas del principio de corresponsabilidad son evidentes ya que:

- Conserva en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones sobre sus hijos, ya que son los padres quienes se encuentran en mejores condiciones para arribar al acuerdo que resultará más beneficioso para sus hijos.
- La intervención judicial en el supuesto anterior, debe relegarse a un segundo plano y funcionar como mecanismo de control, haciendo concreta la máxima que establece que los tribunales somos la última *ratio*, y que el rol a desempeñar es subsidiario de la voluntad de las partes y su autonomía, priorizando la solución colaborativa de los conflictos, en que las partes son los protagonistas de su vida, se hacen cargo de ella y comprenden

² Definición extraída en relación a la tuición compartida, del libro de Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, autores Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar S.A. Editora. Primera Edición año 2006.

³ Estudios de Wallerstein, J.S. y Kelly J.B., *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*, New York, Basic Books, 1980.

⁴ Comentarios respecto al tema de la tuición compartida, extraídos del libro de Derecho Constitucional de Familia, ob. cit.

la responsabilidad derivada de las decisiones que adoptan, logrando una solución que les brinda mayor satisfacción, pues quién mejor que ellos para decidir sobre sus conflictos, a través de la mediación o la conciliación, todo ello acorde con el principio de colaboración establecido en el artículo 14 de la Ley N° 19.968.

- Garantiza la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos.
- Se logra la equiparación de padres en cuanto a la organización de su vida personal y profesional distribuyendo la carga de la crianza.
- Reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno.
- La comunicación permanente entre los progenitores.
- La distribución de los gastos de manutención.
- Apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias de sus padres.
- La atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación de los padres.
- El reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial o de pareja.
- El niño necesita continuar el contacto que tenía antes de la separación con ambos padres.
- El niño mitiga el sentimiento de presión, eliminando los conflictos de lealtad con alguno de los progenitores, en especial con el que conserva su custodia.
- Garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ello un mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.
- La decisión en paridad de condiciones en cuanto a los aspectos de educación, crianza y cuidado de los hijos obliga a los padres a conciliar y armonizar sus actitudes personales a favor del mejor y mayor bienestar de los niños, lo que pone a prueba su actitud y aptitud como progenitores.
- El interés superior de todo niño en alcanzar un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, se identifica en un contexto familiar en el que participen activamente ambos progenitores, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. (Pream. C.D.N.)
- Se encuentra acorde con los artículos 3 de la C.D.N., que habla de la obligación de los Estados en asegurar al niño la protección y cuidados necesarios para su bienestar, tomando en cuenta los derechos y deberes de sus padres, artículo 5, que indica como otra obligación del Estado respetar las responsabilidades y derechos y deberes de los padres, artículo 7 de la C.D.N., en el marco del derecho a la identidad: “conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”. Artículo 9, que el niño no sea separado de sus padres, y en su caso, mantener con ellos relaciones personales y contacto directo de modo regular; artículo 14, Los Estados respetarán los derechos y deberes de los padres como guías en el ejercicio de la libertad de pensamiento del

niño; artículo 18 de la C.D.N., “Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

- Acorde con el Principio de igualdad, artículo 224 C.C.; artículo 1 y 19 N°2 Constitución Política
- Acorde con lo dispuesto en la Convención Belem Do Parà, artículo 5 inc. B y 16 inc. d., puesto que las funciones parentales se distribuyen en forma equitativa entre los progenitores, lo que constituye un alivio para una gran mayoría de mujeres que trabajan fuera del hogar y deben repartir su vida entre el ejercicio de su profesión u oficio y la crianza de sus hijos, encontrando poco o casi nada de tiempo para su desarrollo personal.
- Provoca un estímulo para los padres que quieren compartir más momentos con sus hijos y participar en su educación y crianza en forma activa, y no como un tercero ajeno en la toma de decisiones.
- Se promueve un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol con independencia, igualdad y respeto recíproco, de acuerdo a los principios reconocidos en las diversas normas internas como en las incorporadas a través de convenciones⁵.

Supuestas desventajas del principio de corresponsabilidad:

- Generaría indefinición de las funciones propias del padre y de la madre, creando una disociación para el hijo en dos mundos.
- Provocaría un aumento de la judicialización de los conflictos ante la falta de acuerdos entre los padres.
- Problemática de con quién se queda el niño mientras los padres se ponen de acuerdo.

Contra argumentos:

- Respecto al primer punto, se trata de una crítica basada en un concepto de familia que no se condice con las estructuras familiares modernas, eminentemente variables, ligadas al funcionamiento particular de cada familia en un momento específico, en el campo económico, cultural, político, ideológico y religioso.
- En cuanto al aumento de la judicialización, es dable señalar que si consideramos las estadísticas, de la cantidad de familias existentes en el

⁵ Algunas de las ventajas del régimen de tuición compartida mencionadas, fueron extraídas del libro de Derecho Constitucional de Familia, ob. cit.

país con hijos cuyos padres no permanecen juntos, un porcentaje bastante minoritario lleva sus conflictos a tribunales y cuando ello ocurre, o es necesario regular el tema en los divorcios de común acuerdo, estas materias se resuelven vía acuerdo, como su nombre lo indica. Luego las causas de divorcio unilateral en las que hay hijos menores de edad, las relativas a cuidado personal y relación directa y regular, en su mayoría se resuelven vía mediación o conciliación, y un porcentaje muy reducido, se resuelve mediante la adjudicación del juez, tendencia que está confirmada por las cifras que arroja la mediación y la conciliación como formas alternativas de resolver el conflicto.

- Finalmente, respecto al conflicto a resolver mientras los padres no llegan a acuerdo, se propone que el juez resuelva manteniendo como medida cautelar la custodia del niño en manos de uno de los padres, tomando en cuenta especialmente la opinión del niño conforme a su edad y madurez y la idoneidad de los padres, considerando como factor preponderante la facilidad que otorgue uno de ellos para el contacto con el otro de los padres, todo ello conforme al interés superior del niño, y manteniendo la corresponsabilidad en cuanto a las decisiones más importantes relacionadas con la crianza, educación y establecimiento del niño.

Finalmente, en relación a lo expuesto, es necesario recordar uno de los roles fundamentales de la ley, cual es su valor educativo, por tanto, debe desplegar su potencial de cambio al máximo, intentando adelantarse o, en su defecto, ir a la par de los cambios culturales⁶.

Asimismo, es importante tener en cuenta las propuestas y conclusiones alcanzadas en el Segundo Encuentro de Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 24 y 25 de agosto de 2006, en materia de responsabilidad parental, en el que se establecieron pautas de armonización legislativa y especialmente en lo referido a “la Guarda de los Hijos después del Divorcio”, expositora, Cecilia Grosman, encuentro en el que participó Chile a través de la presencia y exposiciones de doña Maricruz Gómez De La Torre. En lo pertinente, se trata de las siguientes:

“1. Cuestiones terminológicas: reemplazar la expresión “patria potestad” por “responsabilidad parental”. Tenencia o custodia de los hijos por “cuidado personal de los hijos” o “convivencia con los hijos”. La expresión “visitas” por “comunicación con los hijos”.

⁶ Comentario respecto del rol del legislador y la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma que en la ley Argentina establece preferencia para la madre respecto de la tuición de hijos menores de 5 años, extraído del libro de Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, ob. cit.

2. En caso que los padres no convivan, debe mantenerse el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos padres, ello sin perjuicio de que por voluntad de las partes o decisión judicial, en interés del hijo, se atribuya el ejercicio de la función a solo uno de ellos o se establezcan distintas modalidades en cuanto a la distribución de tareas. Igualmente, podrá establecerse el ejercicio unipersonal si se acreditare un serio desentendimiento del hijo por parte de uno de los padres”.
3. En el modelo armonizador debe consignarse que la voluntad de los padres es prioritaria para decidir el régimen de convivencia con el hijo, ya sea el cuidado unipersonal del hijo o el cuidado compartido, salvo que tal acuerdo lesione el interés del niño o adolescente.
4. Deben propiciarse los acuerdos de “cuidado compartido” del hijo y plantearlo como alternativa preferencial en los ordenamientos legales, teniendo en cuenta el derecho del niño a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación, consagrado en los artículos. 9° y 18° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es conveniente en principio contar con el acuerdo de los padres. Sin embargo, pueden darse circunstancias por las cuales resulte apropiado que el juez disponga el régimen de cuidado compartido en interés del hijo.
5. Aun cuando se considere el cuidado compartido del hijo como la opción más beneficiosa para el grupo familiar, como no siempre es posible o conveniente arribar a esta solución, no solo los padres podrán acordar el cuidado unipersonal del hijo, sino también podrá decidirlo el tribunal si en función de las circunstancias del caso, y teniendo el interés del niño o adolescente, no resulte aconsejable el sistema de cuidado compartido.
6. En la atribución del cuidado del hijo de carácter unipersonal deben evitarse exclusiones fundadas en presunciones abstractas de ineptitud en función del sexo, la religión, la orientación sexual o las preferencias políticas o ideológicas. Sólo pueden juzgarse las conductas y actividades de los progenitores en la medida en que afecten el interés del niño o adolescente y repercutan en su desarrollo y formación.
7. La preferencia materna, que aún subsiste en ciertas legislaciones de la comunidad regional, constituye una discriminación en función del sexo que lesiona el derecho igualitario de ambos padres en la relación con sus hijos, consagrado en los tratados de derechos humanos. Ello no impide que la edad del hijo se considere un elemento relevante a la hora de decidir con quién convivirá el niño, pero el juez debe tener la libertad de adoptar una decisión teniendo en cuenta su mejor interés en cada caso singular.
8. Debe considerarse como un elemento relevante para acordar el cuidado del hijo, cuál es el progenitor que facilite de manera amplia la comunicación y las relaciones con el padre no conviviente.

9. Es necesario consignar en forma expresa que el régimen de comunicación con los hijos no solo consiste en encuentros periódicos, sino que, al mismo tiempo, implica el derecho del padre a participar en forma activa, juntamente con el progenitor que vive con el hijo, en la función de crianza y educación.

10. En los casos de obstrucción al régimen de comunicación del progenitor con sus hijos, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que se establezcan, es conveniente la implementación de un procedimiento que permita indagar las causas del conflicto planteado mediante el apoyo de un equipo interdisciplinario que oriente y ayude a las partes a encontrar una solución a dicho conflicto. Esta misma herramienta legal es preciso instrumentarla en los casos en que resulte incumplidor el progenitor a cuyo favor se estableció el régimen de comunicación.

11. La obstrucción de la relación materno o paterno-filial podrá dar lugar a que se modifique el régimen de convivencia con el hijo, salvo que ello afecte su interés.

12. Procede la acción de daños y perjuicios contra el progenitor que obstaculiza las relaciones del hijo con el otro padre, así como también es responsable civilmente de los daños causados el progenitor que incumple injustificadamente el régimen de comunicación con el hijo.

13. Es necesario establecer en el modelo de armonización legislativa de la comunidad regional, el derecho del niño o adolescente a relacionarse con familiares u otras personas con las cuales tiene un vínculo de afectividad que desea mantener.”⁷.

Finalmente, cabe hacer una distinción fundamental dentro de la temática del concepto de cuidado personal, y consiste en separar los términos de custodia o tenencia del niño, del cuidado personal referido a la corresponsabilidad en las decisiones de la crianza, educación y desarrollo del niño, puesto que el hecho de que uno de los padres conserve dicha tenencia o custodia no puede privar al otro padre del ejercicio de los derechos-deberes respecto del hijo común, salvo que en interés del hijo, y por resolución judicial, se limiten estos derechos o su ejercicio a uno de los progenitores.

⁷ Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 43, julio/agosto 2009, Armonización del derecho de familia en el Mercosur y Asociados. Directora Cecilia P. Grosman.