

## “El cuidado personal del niño y el lugar del padre en tribunales de familia: Un análisis desde el enfoque de derechos en contextos de maltrato marental hacia los niños”

*Denisse Olivares*

### Resumen

El artículo realiza un análisis de la situación actual de los hombres, que en Chile se ven enfrentados a diversos obstáculos, tanto para lograr la obtención del cuidado personal de sus hijos, así como también para participar de su crianza, en contextos de maltrato marental, para esto se revisan dos casos, presentándose una propuesta de análisis que tiene como ejes aquellos aspectos culturales de la historia de Chile en la cual se ha construido la parentalidad y la marentalidad, del mismo modo se revisará el principio del interés superior del niño inspirador de la CDN, constantemente vulnerado en Tribunales de Familia.

### Abstract

---

**Palabras claves:** Familia, construcción social, significado, parentalidad social, segundo nacimiento.

**Keywords:** Family, social construction, meanings, social parenthood, second birth

# Introducción

El escenario actual de la niñez permite observar la existencia de garantes difusos respecto a la condición de sujetos de derechos que debe ser asegurada, pese a existir la CDN, porque no existe una ley de protección integral ni un sistema para ello, junto con esto existe un componente cultural conservador que nutre fuertemente las opiniones vertidas respecto a la trayectoria de vida de muchos niños y niñas en tribunales de familia, quizás en la historia se encuentren antecedentes histórico culturales que impactan en la actualidad.

Lo anterior, lejos de depender solo de la aplicación de una ley, tendría sus bases en una cuestión cultural en la que la representación del padre ha estado ausente, persistiendo en los intersticios legales como un sujeto excluido de la crianza y al alero de un imaginario de mujer definida desde y

para la maternidad, llegando incluso esta valoración, a tener mayor preponderancia que el interés superior del niño en las decisiones discrecionales de los tribunales de familia.

A continuación se realizará una revisión de aquellos aspectos que en la actualidad presentan un obstáculo para la obtención del cuidado personal de los niños y niñas por parte de sus padres en tanto hombres, aún cuando sus hijos se encuentren en situación de maltrato marental, lo anterior parece incluso contradecir toda lógica que se sustente bajo el principio del interés superior del niño, se trata entonces de realizar un análisis que permita problematizar la naturalización de algunas valorizaciones que parecen tan obvias al momento de decidir en contextos de tribunales de familia.

# Marco Teórico

## 1. La familia: un escenario de nuevas configuraciones

La configuración de la familia ha ido cambiando en las últimas décadas y basar supuestos e intervenciones sociales a partir de la familia ideal, parece ser cada vez más un ejercicio inadecuado y conservador que no contextualiza las nuevas prácticas en las cuales surgen hogares no tradicionales. Por otro lado y respecto a los roles, es posible señalar que la fórmula hombre proveedor y mujer dueña de casa, parece agotarse, proliferando la asunción de nuevos lugares y tareas más compartidas, tanto en la responsabilidad económica como en la crianza de los hijos (Andersen G., 2004).

### 1.1 Parentalidad y marentalidad: una visión histórica

En Chile existe una historia que enraizó en la cultura construcciones sociales respecto a lo que es ser “mujer” y “hombre”. Respecto a esto, Montecinos (2007) plantea que desde la colonización en las mujeres comienza a gestarse la construcción de un modelo femenino, amparándose en las características de la Virgen María que deviene en una representación de la mujer desde el arquetipo Marianista, como una mujer sola, madre, pura, abnegada, virgen y entregada al sacrificio. Bajo este modelo, dirá Montecinos (2007), es interesante observar como la madre soltera es respetada en tanto represente la figura de una madre, pero si

fuese promiscua y sin hijos, pasaría a ser una libertina, perdiendo su carácter sagrado. Es así, que esta imagen de la madre, permitió dignificar la condición de muchas mujeres abandonadas o que engendraban fuera del matrimonio, para resistir la presión social que amparaba el modelo marianista de la madre sola, que incluso procreaba fuera del matrimonio, pero no el de la mujer promiscua.

La conquista de América fue, en sus comienzos, una empresa de hombres solos que violenta o amorosamente gozaron del cuerpo de las mujeres indígenas y engendraron con ellas vástagos mestizos. Híbridos que, en ese momento fundacional, fueron aborrecidos” (Montecinos, 2007, p. 48).

En cambio, la representación del padre abriga un carácter doble, por un lado es imaginado desde su ausencia y abandono como progenitor de los “huachos” y por otro, es traído fantasmagóricamente como un padre poderoso, héroe del espacio público con potestad política, económica o bélica, pero fuera del hogar, se habla de él aunque no esté, para llenar su ausencia, pero exacerbando atributos de lo masculino y sembrando las bases de una cultura “machista”. Este planteamiento es interesante, porque permite por un lado observar un padre que históricamente fue excluido de la crianza, invisibilizando su rol nutricional y por otro, revisar el enquistamiento de la representación de la mujer como madre, marginando el sin fin de posibilidades en la construcción de su identidad, fuera de lo materno o como un rol materno más allá del modelo mariano o quizás como una mujer que experimenta su ser madre desde la negligencia

cia y la desmentida de este rol. Con lo anterior, se construyen sólidos argumentos en una cultura con un discurso dominante que parece ser incapaz de asumir el rechazo de las madres hacia sus hijos. Respecto a esto cabe recordar que en Chile el aborto es ilegal, forzando los cuerpos femeninos a parir, aún cuando no sea éste su deseo, idea representada en palabras de la poetisa, cuando se refiere a la Virgen Demoniaca “bendito mi vientre en que mi raza muere” (Mistral en Montecinos, 2007, p. 60). Por otro lado, Roudinesco (2010) dirá que la palabra parentalidad habría sido difundida en 1970 con la intención de calificar la calidad del padre o la madre y de definir su rol en la familia, relevando una discusión más bien funcionalista, olvidando el origen trágico del mito y aquellos aspectos más culturales en que estas relaciones fueron gestadas, quedando la familia reducida a una planificación jurídico comportamental desde un paradigma más positivista. Por esto, este análisis pretende indagar en aspectos que parecen ser naturalizados bajo el paradigma científico y en la doctrina irregular, los cuales quedan bajo sospecha al revisar parte de la historia que cruza los discursos en tribunales de familia y en el trabajo con la niñez en general.

## *1.2 Maltrato hacia los niños: ¿pueden las madres ser maltratantes?*

El maltrato hacia los niños es definido por Barudy (s/f) como la privación de los cuidados necesarios para resguardar la vida de un niño, así como también su desarrollo armónico y bienestar, garantizándole sus derechos sociales, económicos y cívicos. De este modo, será maltrato toda acción en su forma activa o pasiva que cometan tanto individuos, sociedad o instituciones, siempre que

estos priven a los niños de cuidados, derechos y libertades.

En este contexto, será importante considerar que asegurar un buen trato por parte de los padres o cuidadores, dependerá de las capacidades parentales y marentales, las cuales se habrán constituido en una propia narrativa e historia familiar, con determinadas pautas de crianza y tradiciones, al respecto Barudy (2010) dirá, que las capacidades parentales y marentales, se constituyen de diversos factores; tanto de carácter biológico como hereditario, su interrelación con el medio social y la historia de vida y desarrollo de los cuidadores. A partir de esto, sostendrá que para que una parentalidad sea considerada competente se deberán asegurar: el aporte nutritivo tanto del afecto como del cuidado junto con la estimulación; los aportes educativos; los aportes socializadores; la promoción de la resiliencia entre otros aspectos. Según lo anterior, es importante señalar que la condición de mujer u hombre o ser el progenitor de un niño, no asegura el ejercicio de una parentalidad, no es intrínseco ni natural, por eso y más precisamente no se hace referencia a las capacidades exclusivas de la madre, incluso sostiene que este rol también puede cumplirse por aquellos profesionales o comunidad responsable de la crianza de un niño a lo cual llaman parentalidad social.

“Las competencias parentales y marentales se refieren a las capacidades prácticas que tienen padres y madres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, y asegurarles un desarrollo suficientemente sano. Las competencias parentales forman parte de lo que hemos llamado la parentalidad social, para diferenciarla de la parentalidad biológica, es decir, de la capacidad de procrear o dar vida a una cría” (Barudy, 2010, p. 34).

Esta distinción entre parentalidad biológica y social es fundamental, porque permite cuestionar la visión conservadora respecto a los padres, en la cual se cree que por el solo hecho de engendrar poseen las competencias para una buena crianza, especialmente se sostiene un mito respecto a la madre, considerándose que por ser “mujer” puede criar de mejor manera a un niño que un padre por ser “hombre”. Roudinesco (2010) dirá al respecto, que si para concebir un niño, actualmente es posible prescindir del acto sexual a través de la inseminación asistida y la contracepción, la institución del matrimonio queda en cuestión, en tanto en ella el fundamento del acto sexual era la procreación y en la que la paternidad biológica era inseparable de la paternidad social, ya que estos métodos de procreación serían la impugnación de los fundamentos de la familia judeocristiana, ideal de familia conservador característico de la modernidad.

Entonces, es posible sostener que un padre y una madre pueden contar o no con una capacidad de cuidado, así como también pueden presentar una incompetencia severa y crónica que puede generar estragos en la vida de un niño, en cuanto al apego; Barudy (2010) describirá en detalle como estos patrones y relación afectarán en el desarrollo de la personalidad de un niño y en su salud mental, siendo niño y luego adulto, con las consecuencias transgeneracionales que esto conlleva, explicando que esta incompetencia configura una relación de maltrato con el niño cuando:

a) Los niños se encuentran en un riesgo real sin que sea resguardada su seguridad e integridad, ya que sufren malos tratos físicos, negligencia y/o violencia psicológica y sexual (p. 384).

b) Se aprecian deficiencias graves en el ejer-

cio de la parentalidad y/o marentalidad para relacionarse con los hijos asegurando la satisfacción de sus necesidades y un desarrollo sano (p. 384).

c) Existen factores que impactan en la salud mental de los niños (p.384).

d) Los padres y/o las madres presentan características de la personalidad que afectan sus competencias parentales de manera negativa. Por otro lado, estos padres tendrían una mala relación con su red social dependiendo de otros profesionales para el cuidado de sus hijos (p. 384).

### 3. Los Derechos del niño y Tribunales de Familia

En Chile la Convención de los Derechos del Niño (CDN) fue promulgada el 27 de septiembre de 1990, entrando en vigencia a partir de ese momento. La aplicación de ésta, requería la comprensión de “la doctrina de protección integral”, que surge del enfoque de derechos de los niños, que debía convivir en un escenario cuya práctica venía operando desde una doctrina completamente diferente, llamada la “doctrina de situación irregular”, la cual encontraba fundamento en la generación tanto de políticas como de una institucionalidad que trabajaba para regular, controlar y proteger a un grupo restante de niños que se encontraban en una situación definida como problemática o irregular, en este contexto es posible señalar que la imagen del niño “irregular” correspondía a los que eran víctimas del descuido social o de las familias en situaciones de marginalidad y pobreza, por tanto las instituciones adoptaban un

carácter paternalista que buscaba su “normalización”, configurándose un sistema discriminatorio que pretendía lograr el control hacia la infancia, llegando a considerar al niño como una:

“(…) situación excepcional ante el derecho, definiéndolo ahora, en función de su carencia y necesidad de protección. Las leyes de menores no consagran los derechos de los niños, sino que las potestades de protección que tienen los adultos sobre su persona” (Cillero, 1999, p.36).

Por otro lado la CDN propone un enfoque que se orienta hacia la promoción de los derechos humanos de los niños, para que deje de ser un sujeto/objeto de protección y sea un sujeto de derechos:

“La convención representa, en consecuencia, el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en la renovación de aspectos tan esenciales como: La relación del niño con la familia; los derechos y deberes de los padres, y la responsabilidad de la sociedad civil respecto de la infancia en general” (Cillero, 1999, p. 13).

Desde este momento comienza a gestarse entre ambos enfoques una tensión que se mantiene hasta la actualidad y que tiene impacto en lo social, puesto que, en donde intenta operar la doctrina de protección de derechos que busca promover que los niños sean considerados sujetos activos en cuanto a su desarrollo personal y social, subyace una construcción cultural de principios, cuyas premisas se enmarcan desde la situación irregular y que por tanto entran en crisis con el nuevo enfoque, reapareciendo en las prácticas de tribunales de familia (Cillero, 1993).

### *3.1 El niño como sujeto de derechos y el niño “sacer” en estado de excepción en la figura de la sana crítica del juez*

Cillero (1999) dirá que:

“La historia política muestra que existe una tensión permanente entre ‘poder Soberano’ y ‘derecho de los individuos’, entre violencia legitimada por el derecho y derecho a limitar la violencia. Los niños, en la medida que la CDN les ha reforzado su posición jurídica de sujetos de derechos, pueden aspirar a transitar desde sistemas autoritarios que actuaban ilimitadamente sobre su persona y derechos, hacia sistemas limitados por un conjunto de garantías que sirvan de control a la actuación del Estado” (pp. 59-60).

Lo anterior, configura el ideal del ejercicio de estos derechos y la aparición de un sujeto niño amparado en dicha doctrina de protección integral que cuestiona la práctica de una doctrina de situación irregular o sistema tutelar autoritario, sin embargo, y como se revisará con posterioridad, existe una trayectoria histórica que subyace en nuestra cultura, la cual reaparece en las prácticas de tribunales de familia como una lógica “tutelar” pero en nombre de la CDN, de manera contradictoria y ambivalente, amparándose en la potestad del juez denominada “sana crítica”, entendida como la capacidad del Juez para valorar las pruebas y fundamentar las sentencias basándose en la lógica de la experiencia, los conocimientos científicos afianzados y la buena fe (González, 2006). De este modo, muchos casos jurídicos dependen no de la aplicación de la ley, sino que de esta potestad del Juez, que si bien tiene por principio resolver

bajo “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia” (Couture en González, 2006) En la práctica esto no opera, ya que es posible revisar, en varias sentencias, que muchos jueces amparados en la sana crítica, buscan los resquicios legales posibles para poner en práctica una cultura que tiende a “cosificar” al niño despojándolo de su condición de sujeto, para preservar la vieja estructura dominante de lo que su convicción valórica le permite, operando en sus fundamentos bajo principios discriminadores, adultocéntricos, discrecionales y conservadores, que parecen tener mayor protagonismo que el interés superior del niño o que el sujeto niño. De este modo, Luciani (2010) describirá un niño “sacer” o desecho al cual como sujeto articulado por la convención, el estado debe garantizarle sus derechos que pueden serle reconocidos en tanto existen, pero que se ausentan en cuanto a su ejercicio. En este sentido, el niño es “sacer” por encontrarse excluido en el ejercicio fáctico de sus derechos, encontrándose en la condición de excluido como una vida desprovista de valor o de residuo humano, actuando así la lógica de una biopolítica de la infancia, activándose dispositivos de control para estos marginados (Luciani, 2010), ya que en tribunales de familia se decide respecto a la “vida” de estos niños “entonces una teoría del estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho” (Agamben, 2007, p. 24).

En este sentido Agamben (2007) permite pensar la figura de un niño en estado de excepción, en tanto momento del derecho en el que éste es suspendido, como un lugar que no cubre el derecho, un intersticio desprotegido en el que no existen garantías; es por esto que el estado de excep-

ción está en el umbral del ordenamiento jurídico, llegando incluso al amparo de la sana crítica del juez, este lugar es la ‘tierra de nadie’, un “entre” en donde es arrojado el niño “sacer”, de este modo “lo esencial en un estado de excepción es la producción de un umbral de indecibilidad” (Agamben, 2007, p. 67); indecibilidad que toma la forma de la discrecionalidad del juez en la cual se confunde derecho con excepción “aquel que en el caso de necesidad actúa más allá del texto de la ley, no emite juicio desde la ley, sino desde el caso singular en el cual ve que las palabras de la ley no deben ser observadas” (Agamben, 2007, p. 62).

Por otro lado y “según algunos autores, en el estado de necesidad el juez elabora un derecho positivo de crisis, así como en tiempos normales colma las lagunas del derecho” (Mathiot, en Agamben p. 69).

(...) lejos de responder a una laguna normativa, el estado de excepción se presenta como una apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objetivo de salvaguardar la existencia de la norma y su aplicabilidad a la situación normal (...) es como si el derecho contuviese una fractura esencial que se sitúa entre la posición de la norma y su aplicación y que, en el caso extremo puede ser colmada solamente a través del estado de excepción, esto es, creando una zona en la cual la aplicación es suspendida, pero la ley permanece como tal en vigor (Agamben, 2007, p. 70).

### 3.2 *El interés superior del niño y las relaciones parentales*

Es este uno de los principios fundamentales de la CDN, se refiere a que:

“(…) 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, se atenderá al “interés superior del niño” como una “consideración primordial”. Este principio se especifica y complementa con el derecho del niño a expresar su opinión o punto de vista, en todos los asuntos que le afecten” (Cillero, 1999, p. 25).

Por otro lado, cabe señalar que “El interés superior del niño, no alude, ni puede aludir, más que a la satisfacción de sus derechos fundamentales. El interés superior del niño es siempre la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos” (Cillero, 1999, p. 25), esto afirma que el niño no puede ser una persona ignorada por el derecho y mucho menos ser instrumentalizado para el favor de uno de los padres.

El autor será claro al respecto, refiriendo que cuando se trata del interés superior del niño se está aludiendo a la satisfacción integral de sus derechos, por otro lado la CDN explicita que el interés superior del niño es una garantía, puesto que todas las decisiones respecto al niño deben considerar especialmente sus derechos (Cillero, s/f).

“En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa “realizaba” el interés superior del niño, lo “constituía” como un acto potestativo, que

derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad” (Cillero, s/f p. 9).

Existen algunas críticas respecto a este principio por la falta de normativas que con claridad permitan comprender y evitar discrecionalidades en nombre del interés superior del niño que en realidad contradicen el espíritu de la CDN.

Por otro lado, es importante señalar que la CDN se permitirá dar directrices respecto a la relación del niño con su familia, y en particular con sus padres especificando en los Artículos 5 y 18 lo que concierne a la crianza y la educación, así como también a la autonomía progresiva con que el niño según la evolución de sus facultades, puede ejercer sus derechos por sí mismo. En este contexto, los padres también deben garantizarle estos derechos ya que “los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior” (Cillero, s/f, p. 13).

Según lo anterior, es importante aclarar que si bien el artículo 18 de la CDN que trata sobre el derecho y responsabilidad de padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, esto no debe confundirse con brindar apoyo a padres en situaciones maltratantes y negligentes como si esto bastase sin resguardar primero su condición como sujeto de derechos, perdiendo de vista el interés superior del niño.



### 3.3 Contexto jurídico respecto al cuidado personal del padre

Los tribunales de familia se crean bajo el espíritu de facilitar el acceso a la justicia de la familia buscando resolver “El atochamiento del sistema; La gran dispersión de reglas, procedimientos aplicables y tribunales competentes en los asuntos de familia; La inexistencia de tribunales especializados; La preponderancia de la lógica adversarial para el tratamiento de los conflictos” (Turner, 2002, p. 414).

Sin embargo, lo anterior parece no garantizar el ejercicio adecuado de estos principios a la hora de resolver materias que podrían definir un mejor bienestar en la trayectoria de vida de un niño, puesto que aún persiste en los jueces, concejeros técnicos y variadas instituciones colaboradoras, un enfoque que opera desde la doctrina de situación irregular, siendo permeables a valoraciones conservadoras que vulneran los derechos del niño, sin que se tenga por prioridad su interés superior como se indica en la Ley de Familia en su Artículo 16:

“Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”

Por otro lado, según refiere la ley de familia, las sentencias abrigan la valoración discrecional de las pruebas presentadas al Juez que amparado en la sana crítica apreciará la prueba o en palabras de Cillero “se concentra en el juez de menores, las más amplias, discrecionales e indeterminadas facultades tutelares” (1999, p. 36).

“En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia” (Art. 32, Ley 19.968)

Respecto al Artículo 41, la misma ley 19.968 explicará que el NNA solo será interrogado por el juez, teniendo en consideración que ello no signifique un daño en su persona, sin embargo, en un proceso judicial un NNA puede ser “invadido” por profesionales que perician su situación o veracidad del testimonio, siendo expuesto a innumerables evaluaciones, siempre que lo soliciten las partes, lo recomienden las instituciones expertas, o el mismo tribunal, desvalidándose sin justificación técnica, informes periciales particulares por parecer poco “objetivos” y relevándose la opinión de los profesionales pertenecientes a programas estatales, aún cuando muchas veces el mejor desempeño del trabajo y las evaluaciones se ven mermadas por la alta demanda laboral y la poca experticia e idoneidad de los profesionales. Lo an-

terior, asociado a las malas condiciones laborales y la supervisión técnica precaria que tiene SENAME como organismo supervisor, no propiciándose una mejor capacitación o una demanda más adecuada que permita conservar la calidad técnica requerida, cuando se trata de definir muchas veces, aspectos fundamentales en la trayectoria de vida de un niño.

Por otro lado y debido a que muchos jueces amparados en esta discrecionalidad resuelven sentencias, poniendo obstáculos a la participación de los hombres en la crianza de sus hijos, ya sea denegándoles el cuidado personal de éstos, aún cuando se acreditaba la situación de maltrato bajo el cuidado de la madre, o no resolviendo efectivamente respecto a la obstaculización generada por las madres respecto al régimen de visitas. Por lo anterior, es que se crea el presente año la Ley Amor de Papá N° 20.680, la cual realiza modificaciones importantes al código civil y otros cuerpos legales a fin de proteger la integridad del niño en caso que sus padres se encuentren separados, destacándose como principio fundamental el que la asignación del cuidado de los hijos debe centrarse en el interés superior del niño y no tener el foco solo en la calidad de los padres. En este sentido, la ley establece un estatuto igualitario entre padre y madre, otorgando una mayor participación al padre que no vive con el niño, lo anterior pretende aminorar los efectos negativos que podría tener en el NNA la separación de sus padres:

Art. 225 (Ley 20.680) “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida (...) Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos

y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades. A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido”.

Además, cabe señalar que en el Artículo 229 (Ley 20.680) se sanciona al padre que se dedique a obstruir la relación del NNA con el padre no residente:

“El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del Artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”.

“El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”

En esta ley se establecen criterios para que el juez pueda resolver de la mejor manera a cuál de los padres otorgar el cuidado personal, estos criterios se mencionan en el artículo 225-2:

En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

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

i) El domicilio de los padres.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

## Exposición de casos de maltrato marental en tribunales de familia<sup>1</sup>

A continuación se expondrán dos casos de maltrato marental y de padres a quienes les fueron negados los cuidados personales y protectores de sus hijos y en donde las madres obstaculizaban además la relación con ellos, para luego revisar aquellos aspectos culturales que subyacen en las prácticas de tribunales de familia de San Miguel, Santiago y Puente Alto en donde la trayectoria de vida de estos niños ha transitado hacia la revictimización.

### Caso A

Se trata de tres niñas de 13,10 y 6 años, que vivían con ambos padres, luego de la separación de éstos y como dispone la ley, la tuición le es otorgada a la madre quien se cambia de ciudad. Esta situación obliga al padre a dejar su trabajo, mermando su situación laboral y carrera profesional, para trasladarse a la misma ciudad en la que se encontraban viviendo sus hijas. En este momento, las niñas comienzan a estar expuestas a reiteradas conductas vulneradoras ejercidas por su madre y

<sup>1</sup> La profesional que escribe, tiene acceso a estos casos de manera autorizada en su lugar de trabajo, sin embargo para resguardar la privacidad de los niños involucrados, no se entregan datos que puedan permitir identificar a los niños mencionados y sus familias.

abuela materna, entre ellas se acredita la existencia de consumo abusivo de alcohol, negligencias graves en la salud de las niñas que las ponen en riesgo vital, interrupción de hecho del régimen de visita del padre por decisión de la madre, desescolarización, socialización con grupos delictuales y consumo de drogas. Por estos motivos, el padre informa al tribunal la situación solicitando una medida de protección, la cual es rechazada. Paralelo a esto la madre abre una causa para aumentar la pensión de alimentos, la que es acogida por el tribunal de manera inmediata.

En este contexto, la escuela informa al tribunal la situación de las niñas, sin que sea aceptada la solicitud de una medida de protección, por lo que el caso es referido a la OPD correspondiente. Cabe señalar, que la situación de las niñas en el transcurso del tiempo se agrava.

El padre durante tres años, expone todos estos antecedentes en tribunales de Familia y presenta dentro de las pruebas un peritaje psicológico realizado a las niñas que es desestimado por el tribunal, aún cumpliendo a cabalidad todos los detalles técnicos, solicitándose una nueva pericia a un centro DAM, a petición de la concejera técnica que no consideró los daños asociados a la revictimización que ocurre, cuando un NNA es sometido a reiteradas evaluaciones. Esta pericia, ni siquiera consideró aspectos de salud que mantenían a dos de las niñas en riesgo vital por la interrupción del tratamiento adecuado, asociados a una cardiopatía y epilepsia, por la negligencia de la madre, quien no las llevaba a los controles correspondientes e incluso impidió a una de las niñas la realización de una operación por una fractura en el hombro, sin embargo, ésta tiene preferencia en la resolución del juez, ya que el DAM la considera con una parentalidad parcialmente competente, sin profundizar en los antecedentes de las redes de salud y educación de los cuales se disponía.

En la sentencia de la demanda por cuidado personal de las niñas que solicita el padre, la juez dicta:

“En conformidad a las reglas de la sana crítica, esta juez ha arribado a la conclusión que efectivamente, y tal como dan cuenta los informes y lo observado por esta juez en el transcurso del juicio las niñas...se encuentran en un contexto familiar inestable, puesto que los padres las involucran en sus conflictivas de adulto. La profesional asistente social del DAM concluye que: la descoordinación parental existente entre los padres ha influido en la dificultad para entregar un marco normativo y afectivo acorde a la etapa evolutiva de las niñas, tendiendo la madre a establecer vínculos laxos con ellas, en tanto que el padre tiende a ser mas restrictivo en el ámbito de la crianza”.

“El padre reconoce las necesidades afectivas de sus hijas, tendiendo a responsabilizarse de los requerimientos de las niñas. Tiende a instaurar un sistema de crianza con reglas y límites, sin embargo, se aprecian dificultades con la madre, quien tiene otro estilo de crianza, el padre muestra interés en participar de las actividades curriculares de sus hijas, participado el año 2010 de reuniones de apoderados debido a la inasistencia de la madre”

“Por la declaración de las niñas y los testigos es posible inferir que la madre tiene un estilo de crianza laxo, en que no cuenta con pausas ni estrategias parentales que le permitan imponerse como figura de autoridad y en su rol de madre...igualmente, ha sido posible inferir que la madre ha organizado fiestas o convivencias en su domicilio durante el tiempo de la separación y que también ha bebido alcohol junto a la abuela materna en algunas

ocasiones y que ha permitido que las niñas presencien su estado de ebriedad. Además, aparece del mérito del proceso que la madre no tuvo la voluntad de practicarse un examen toxicológico”.

“Que efectivamente existe un nivel de ausentismo escolar de las dos hijas mayores, que da cuenta de una cierta irresponsabilidad de la madre en los hábitos de educación de las hijas...otro aspecto más que se manifiesta de las falencias en el rol de la madre, que pudieran mejorar con la intervención terapéutica a que se encuentra sometida, sin que, a juicio de esta juez, sea una gravedad tal que la inhabilite completamente en el cuidado de sus hijas”. “Que en esta causa no se ha podido acreditar maltrato por parte de la madre ni negligencia ni otra causa calificada en grado tal que haga concluir a esta juez que la madre se encuentra inhabilitada y que, en consecuencia, sea necesario entregar el cuidado al otro padre, por lo que no se dará lugar a la demanda”.

## Caso B

Es el caso de un niño de ocho años, cuando tenía cinco años sus padres se separan quedando la madre con la tuición del niño, a los pocos meses la madre lo deja bajo el cuidado del padre cerca de seis meses, sin mantener contacto con el hijo durante un mes. Aquí, se inicia una serie de abruptos cambios para el niño; de jardín escuelas, casas, tribunales y profesionales evaluadores. La madre agrava la condición de vida de su hijo exponiéndolo a cambios constantes de domicilio, desarraigándolo de su medio natural, con personas que conoce de manera reciente, entre ellas una pareja con la cual mantiene una dinámica de violen-

cia, entre estos eventos se incluyen amenazas de muerte a ella y el niño. Posteriormente entrega el niño al padre, sin visitarlo durante un mes, en este periodo reanuda su relación de pareja con el agresor, quien además mantenía antecedentes de homicidio, quedando embarazada de él y se lleva al niño, incomunicándolo por tres meses con su padre y familia paterna, cambiándolo de escuela. En este contexto, el padre solicita en dos oportunidades una medida de protección para el niño y la formalización del cuidado de hecho que siempre ejerció con su hijo, cada vez que la madre le cedía el cuidado del niño, siendo él quien lo llevaba a sus controles médicos, figuraba como apoderado en el jardín infantil y luego en la escuela ejerciendo el rol más nutricional. Todos los antecedentes fueron presentados al tribunal, sin embargo, éste no considera pertinente abrir una medida de protección, porque no reconoce vulneraciones del niño, luego en otro tribunal de familia se abre una medida de protección siendo desvalorizadas las pruebas y testigos presentados por el padre, la madre no asiste a ninguna audiencia y el tribunal valida como única prueba respecto a la situación del niño un informe presentado por una OPD, en la cual solo entrevistó a la madre, quien acompañaba al niño a las evaluaciones, excluyendo por completo a los familiares por línea paterna que había solicitado la protección del niño. En base a este informe, la alta angustia presentada por el niño en las evaluaciones psicológicas, el mal rendimiento académico y las inasistencias, la negligencia en este ámbito de la madre y en la salud del niño, es interpretada y reducida por la profesional, como producto de problemas entre los padres y como una posible situación de celos por parte del padre (según relata la misma madre), sin dar cuenta de la convivencia de la madre con un agresor, información disponible en las denuncias realizadas por la propia madre y que fueron entregadas a la OPD

por una institución que también intervenía con la familia. En este periodo, el padre quedó cesante por dedicarse exclusivamente a los trámites del tribunal, entre ellos las denuncias en carabineros y la solicitud de que se respetase el régimen de visitas que consistía en que el niño debía permanecer de lunes a viernes con él, ocupándose de todos los quehaceres escolares y los fines de semana con la madre acordado en mediación, además debía entregarle la pensión correspondiente, la cual depositaba en la cuenta de la hermana de la madre, ya que ella había extraviado su tarjeta del banco, con esto, la madre lo demanda por pensión de alimentos, debiendo cancelar nuevamente todos los pagos bajo orden de arresto (este trámite fue expedito). Por otro lado el tribunal, solo consideraba pertinente aperecibir a la madre transcurriendo tres meses en que el padre no pudo ver ni hablar con su hijo, además no pudo obtener noticias de él, siendo la madre quien lo incomunicaba, no autorizando la solicitud de orden de arresto correspondiente por ley, aún cuando existe este incumplimiento. En este periodo el niño, su madre y su hermano permanecen en calidad de “sustracción” en la casa, sin que el agresor antes mencionado los dejara salir, golpeando a la madre y tirándola por la escalera, todo esto es presenciado por el niño, quien confiesa luego a su padre, que la madre le tenía prohibido contar o hablar de su pareja. El niño agrava su situación de salud, teniendo pesadillas, inapetencia, aislamiento en la escuela con sus compañeros, bajo rendimiento y crisis de pánico, mostrando resistencia cada vez que debía quedarse con la madre los fines de semana, quien además continuaba teniendo el cuidado personal.

A continuación se exponen extractos de sentencias del tribunal respecto a este caso:

Primera solicitud de medida de protección en tribunales de Familia de Santiago:

“Por lo que no dándose los presupuestos legales para iniciar un procedimiento de medidas de protección, por estas consideraciones, antecedentes apreciados según Las Reglas de La Sana Crítica, visto además lo dispuesto en (...) Convención Internacional de Derechos del Niño, Niña y Adolescente (...) SE DECLARA”

**I.- Que no se hace lugar al requerimiento presentado (...)** por corresponder la pretensión del padre, obtener el cuidado personal de su hijo.

Luego en otra solicitud de medida de protección en tribunales de Familia de Puente Alto:

Opinión concejera técnica respecto a la solicitud del padre de que se respete el régimen de vistas luego de tres meses sin ver a su hijo:

“Como se puede apreciar de los escritos del padre solicitando aperecibimientos a la madre por el incumplimiento de ésta del régimen comunicacional (...) Si se adiciona a lo anterior la causa actualmente en tramitación iniciada por el padre en este Tribunal, donde el padre refiere sintomatología agresiva en el niño producto de la exposición a violencia intrafamiliar entre la madre y la pareja de ella, podemos suponer, que a la base de estas disputas está el cuestionamiento acerca de las capacidades proteccionales de la madre y la situación de daño actual que presentaría el niño. Es relevante mencionar, que si vemos el tipo de régimen comunicacional acordado prácticamente correspondería a un cuidado personal del padre (de lunes después del colegio hasta el viernes) igualmente en la causa de transacción del cuidado personal, los padres habrían acordado un cuidado personal del niño con su padre por un período ‘de tres meses’ (permanece con el padre 6 meses).

Por tanto, pareciera que mientras no se dilucidara claramente la situación de vulneración de derechos que podría estar afectando al niño, de tan solo 6 años, o, en su defecto, el cuidado personal de éste, no será posible llegar a acuerdos sanos entre las partes respecto a materias como régimen comunicacional y otros, por lo que parecería conveniente esperar el desarrollo de la causa de protección, entendiendo que en ésta el niño tendría que ser evaluado, resolviéndose acerca de su situación proteccional.

En la audiencia de juicio por otra causa de Protección el tribunal resuelve:

2° Que el requerimiento se funda en el hecho que la madre del niño sería víctima de violencia intrafamiliar por parte de su pareja exponiendo a situaciones de riesgo al menor.

6° Que el artículo 32 de la Ley 19.968, sobre Tribunales de Familia, indica que en este tipo de procedimientos la prueba debe ser apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por lo que no podrán contradecirse los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

7° Que de los antecedentes aportados al proceso, principalmente la prueba pericial, analizada conforme a las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, logra desprenderse la existencia de una vulneración de derechos hacia el menor de autos, en los términos de la norma señalada anteriormente, por lo que se hace necesaria y procedente la adopción de una medida de protección en su favor por parte del tribunal.

11° Que se hace necesario, a fin de erradicar la vulneración de que ha sido víctima el menor, la intervención de aquel adulto que lo tiene a su cuidado, de forma tal que la medida de protección se adoptará en dicho sentido.

I.- Su ingreso a terapia reparatoria (...) el ingreso de los padres (...) a una terapia familiar, con énfasis en trabajar en la resolución de conflictos existentes a fin de no involucrar al niño (...).

## Jurisprudencia:

En un recurso de casación de fondo sobre el cuidado personal, en una sentencia del dos de mayo de 2011, ingresó corte N° 984-2011, se señala:

“Décimo: que en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés superior del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida. En el caso en estudio, dicho interés no se advierte que haya sido vulnerado por los sentenciadores, al decidir como lo han hecho, puesto que éste junto con el derecho a ser oído, han constituido precisamente los fundamentos sobre la base de los cuales los jueces del fondo han fundado su decisión de acoger la acción intentada por el

padre...En este sentido, cobra especial interés los efectos que el referido principio produce en el marco de las relaciones parentales, en las que, por un lado, se encuentra el derecho y la responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos y por otro, la protección y el desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por el interés superior de los menores, en aras de la satisfacción integral de ellos.

Cabe señalar, que si bien no se ha acreditado inhabilidad por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hijo, los jueces del fondo relevando el interés superior del niño constituyeron que las acciones señaladas por el padre constituían causa calificada a la luz del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para determinar que su cuidado personal sea ejercido por su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida del niño, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo la custodia de su progenitor”.

## Discusión y análisis

En ambos casos, cabe señalar como punto de análisis crítico, que en nombre del interés superior del niño y amparándose en la sana crítica, se vulnera su protección por el mismo tribunal, ya que existiendo antecedentes suficientes de maltrato por parte de ambas madres y condiciones adecuadas por parte de los padres, aún así, no les es otorgado el cuidado personal o proteccional de sus

hijos, tampoco se resuelven cautelares para evitar el riesgo de los NNA.

En estas historias, es importante revisar las “trayectorias de vida de estos niños en tanto sujetos de derechos” y no objetos, en que ambos padres inician una serie de causas judiciales en un periodo de tres años aproximadamente y en las que existen consecuencias en estas vidas, mostrándose en su esplendor, la biopolítica de estos cuerpos expuesto a toda la observación científica pericial en reiteradas ocasiones, situaciones reconocidas por el tribunal pero que parecen no ser resueltas en las decisiones discrecionales de los jueces y en las opiniones de otros profesionales consultados en su calidad de expertos.

## Vulneración de derechos del niño en tribunales de familia: El niño en estado de excepción y el Maltrato institucional en tribunales de Familia.

En ambos casos se presentan pruebas periciales que dan cuenta de la situación de los niños, sin embargo, los jueces amparados en la “sana crítica” resuelven que la crianza de los hijos, corresponde a la madre, otorgando al padre solo un rol proveedor, “dilatando legalmente” la posibilidad de resolver en la urgencia requerida y bajo el principio rector del interés superior del niño. De esta manera, quedan los niños en estado excepción, ya que bajo el amparo de la ley siguen siendo vulnerados, invisibilizados o minimizando los hechos de vulneración a fin de no tensionar el discurso dominante al cual deben servir y en que la mujer debe ser madre no importando cómo, los jueces dictan



los fallos relevando el derecho de estas madres por sobre el interés superior de los niños, pero paradójicamente, en nombre de este principio, existiendo una tendencia a invocar el interés superior del niño, pero no a encontrar argumentos fundados y bajo razonamientos que contemplen los derechos en cuestión, puesto que se reconocen sus vulneraciones y riesgos adoptando medidas que no resuelven el tema de fondo, el bienestar del niño, sino que se resuelve en función de “perpetuar el orden establecido” debiendo permanecer estos niños con sus madres, pudiendo encontrarse resguardados y en mejores condiciones con sus padres. Del mismo modo, impresiona de que manera el malestar de un niño es reducido a conflictos entre adultos, desviándose el tema central de relevar su interés superior y recomendándose terapia familiar desde una mirada familista en situaciones inviables, sin que con esto se resuelva en la urgencia la materia en cuestión de protección. En este contexto, cabe recordar lo expuesto anteriormente respecto al artículo 18 de la CDN en el que se señala el deber del Estado de garantizar el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y educación, pero recordando que esto no debe confundirse ni reducirse a prestar apoyo a los padres como si estas medidas por si solas bastasen, exponiendo a los niños en este proceso “por no alejarlos de sus padres”, sin que primero se asegure su bienestar. El artículo también señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo al interés superior del niño y por esta razón los niños no pueden volverse objeto de sacrificio para “mantener la familia”, – imagen de familia conservadora –, puesto que esto configura un maltrato institucional desde una biopolítica, porque es la dominación de los cuerpos de los niños, es la definición de sus trayectorias de vida desde y para el estatus quo de los adultos. En este sentido, destaca como los jueces buscan la inhabilidad de la madre como argumento para

que ésta pierda el cuidado personal y no el mejor bienestar posible del niño, distinto a como se considera en la jurisprudencia presentada bajo un análisis desde un enfoque de derechos del niño y con una aplicación criteriosa del interés superior del niño.

Se trata entonces, de observar la tensión existente entre la CDN en el marco del enfoque de derechos que la sustenta y la práctica expuesta, entendiendo que esta convivencia abriga la resistencia de una cultura que intenta preservar sus propias leyes enquistadas, que responden a discursos dominantes. Por otro lado, cabe señalar que es interesante como se construye a los niños en tanto “objetos dañados” o “niños sacer” (Luciani, 2010), lo anterior se fundamenta en criterios mecanicistas que sustentan la decisión de otorgar terapias incluso, cuando existen antecedentes de su inviabilidad y solicitar múltiples evaluaciones, esta es la lógica de la doctrina de situación irregular que tiende a la “sanitización” de agentes infecciosos, amparada en un discurso científico deshumanizante que otorga invisibilidad a la violencia y responsabilidad institucional de quien siendo tribunal de familia, debía garantizar estos derechos – concentrando lo irregular en la “cosa dañada” como algo posible de controlar o normalizar, lo cual se contradice con el enfoque de derechos del niño o bien corresponde a un periodo de transición como dirá Cillero (1993) en el que concurren la ley de menores y la Convención de los Derechos del Niño, que daría continuidad a lo que el autor llama sistema de control / protección de la infancia, que transita hacia el sistema de protección integral de la Infancia, sin embargo, lo que sí queda manifiesto, es que estas resoluciones se forjan bajo una doctrina irregular positivista, adultocéntrica, familista, moralista y machista que dista bastante de un enfoque de derechos basado en la CDN.

Otro aspecto que cabe señalar, es la urgencia que tribunales de familia pone a las demandas por pensión de alimentos que realizan ambas madres a los padres, llegando a solicitar orden de arresto y todos los apremios respectivos. Sin embargo, cuando los padres reclaman el derecho al cumplimiento de las visitas, pueden transcurrir meses en que estos padres no vean a sus hijos y en donde el tribunal solo realice apercibimientos a las madres, esto es, enviarles una notificación en las que se les pida que den cumplimiento, sin velar porque se hagan efectivas estas visitas y evitando dictar órdenes de arresto como hacen con los padres en cuestiones de alimentos, entonces se reitera esta figura del padre excluido de la crianza pero al que, sin embargo, se le exige el cumplimiento de su rol como proveedor, con un ideal de madre que parece intocable.

## El interés superior del niño en contextos de maltrato marental

Estos casos exponen a cabalidad como pierde relevancia el interés superior del niño en aras del interés superior de la madre, la familia y otros ideales desde lecturas conservadoras en espacios de poder, produciendo y cosificando la figura del niño, quien se desdibuja como sujeto para transformarse en un “Niño sacer eliminable y/o desechable sin que su muerte entrañe consecuencia jurídica alguna” Bustelo en Luciani (2010 P. 897), se trata de niños en estado de excepción para poder forzar la relación materna y la perpetuación del modelo mariano “no importando que”, no importando el interés superior del niño, se superpone un interés adulto céntrico y machista. La sana crítica da la potestad al juez, de poner en estado de excepción el derecho del niño y del padre.

La lógica que opera es “si es madre es buena”, perdiéndose de vista el niño por salvar a la santa, porque como se revisa en Montecinos esta construcción femenina de la mujer tiene dos salidas, en tanto cuerpo que engendra detendrá un carácter sagrado incluso victimizado y el rechazar esta maternidad lo que implica perder su carácter sagrado pasando a ser prostituido o maldito. El Juez soberano, que en la sana crítica, decide sobre el estado de excepción, estado que se funda en el estado de necesidad, en tribunales de familia, deja en estado de excepción el derecho del padre y el derecho del niño para forzar el maternaje, la matría y la marentalidad propia del modelo mariano chileno.

Sin embargo, nuevos enfoques respecto a la parentalidad plantean que esta función es una construcción principalmente social, sin desconocer aquellos aspectos biológicos fundantes. En este sentido, es posible plantear que no es exclusividad de la madre la crianza y que también los hombres pueden participar activamente en este rol, sin embargo, cabe preguntarse por qué el criterio de los jueces parece naturalizar el rol de crianza en las madres y el de proveedor en los padres, permaneciendo el padre forluido y con esto es inevitable recordar el padre ausente descrito por Montecinos y Salazar, un padre que en la cultura chilena ha devenido como una figura ausente de la crianza. Hacia una nueva parentalidad masculina y el interés superior del niño

Aquí, lo que fue operando en la práctica es el prejuicio que tiene por fórmula “MUJER -MADRE” y “HOMBRE- PROVEEDOR” categorías que son parte de la doctrina de situación irregular y de un modelo de familia idealizado y conservador, pero bajo el discurso de “protección de derechos del niño”, citado muchas veces en audiencia, lo cual configura una dicotomía entre discurso y práctica, naturali-

zando un rol en la mujer y el hombre como características intrínsecas, desconociendo su construcción cultural y las diferencias en los modos de relacionarse de hombres y mujeres en distintas culturas (Montecinos, 2007). Esta lógica desconoce la posibilidad de una parentalidad compartida en una familia “no tradicional” y parece sesgar el campo de acción, respecto a la crianza, de hombres y mujeres, asumiendo que por naturaleza a la mujer le corresponde el espacio doméstico y de crianza de los niños y al hombre el espacio público y de proveedor económico (Sping-Andersen 2004), nótese que en ambos casos la resolución por pensión de alimentos solicitada por la madre es bastante más expedita que la solicitud de cumplimiento de régimen de visitas o proteccionales solicitadas por los padres respecto a los niños. Este discurso, mantiene el ejercicio de un poder discriminador respecto a roles y género, negando la posibilidad y capacidad de un hombre en cuanto a la crianza de un hijo, más allá de la clasificación hombre proveedor. Respecto a esto, es posible destacar que recientemente un grupo de hombres logran organizarse e influir en la ley de tuición compartida, visibilizando estas contradicciones y defendiendo el derecho a una nueva parentalidad en la que hombres se niegan a permanecer excluidos de la crianza de sus hijos y se vuelven simbólicamente una respuesta contestaría que obliga a reparar no solo en las valoraciones discrecionales conservadoras de los jueces y consejeros técnicos de familia, sino que también en los profesionales evaluadores de la red de programas “validados” y tan poco cuestionados por el tribunal.

## Palabras Finales

En este sentido y a modo de conclusión, es importante considerar como principal obstáculo presentado para la obtención del cuidado personal de los hijos por parte de los padres en contextos de maltrato marental el que si bien se realizan cambios legales como la Convención de Derechos del Niño y la reciente Ley de Tuición Compartida, esto no se traduce en la práctica del ámbito jurídico conservando el espíritu de las propuestas, ya que se sigue operando bajo contextos culturales que sostienen su propia lógica que tiende hacia la invisibilización del sujeto niño, así como también de las nuevas formas de familias, del ejercicio de la parentalidad y roles de género, promoviendo en cambio discursos adultocéntricos dominantes. Los casos presentados, si bien refieren a una particularidad, manifiestan el impacto de una cultura que no es ajena a los jueces, a los consejeros técnicos o profesionales que evalúan, ni a las normas jurídicas discordantes con la convención de los derechos del niño que en Chile presentan una escena con garantes difusos que impacta en la trayectoria de vida de NNA. En este sentido, es importante preguntarse respecto qué condiciones sociales son necesarias para garantizar el ejercicio de derechos de los niños como sujetos con trayectorias de vida y no como objetos inertes, dañados, imposibles de reparar, así como también cuáles son los obstáculos que se presentan actualmente para ello y si es imperiosa acaso la aprobación de una ley de protección integral con un sistema nacional acorde a ella.

Por último y respecto a la importancia del principio del interés superior del niño revisado a lo largo de este escrito, es importante observar aquellos nudos críticos que este concepto abraza, ya que debieran presentarse notorias diferencias

e interpretaciones desde doctrinas disímiles. En este caso habrá que hacer distinciones en su aplicación desde un enfoque tutelar o irregular que de un enfoque de derechos humanos y en dónde esta discrecionalidad de los jueces debiera regularse, reconociéndose de este modo que la niñez es un campo en disputa que permanece en estado de excepción – aún con garantes difusos – y en el que también los hombres que son padres participan defendiendo un lugar para el ejercicio de una nueva forma de parentalidad y de relación con sus hijos, cuestionando con esto la ausencia histórica en la cual han sido representados y desnaturalizados los discursos dominantes revisados.

## Referencias Bibliográficas

Agamben G. (2007). "Estado de excepción: Homo Sacer, II, I". Argentina, Adriana Hidalgo.

Barudy J.; Dantagnan M. (2010). "Los desafíos invisibles de ser madre o padre: Manual de evaluación de las competencias y la resiliencia parental". Barcelona, GEDISA.

Barudy J., s/f. "El papel de los profesores en el apoyo de los niños y niñas víctimas de malos tratos". Extraído el 19 de Noviembre de 2013 desde [http://www.buentrato.cl/pdf/est\\_inv/conviv/ce\\_barudy.pdf](http://www.buentrato.cl/pdf/est_inv/conviv/ce_barudy.pdf)

Cillero M.; Madariaga D. (1999). "Infancia, derecho y justicia: Situación de los derechos del niño en América latina y la reforma legislativa en la década de los noventa". Santiago, UNICEF.

Cillero M., s/f. "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño". Extraído el 19 de Noviembre de 2013 desde [http://www.iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

Convención sobre los Derechos del Niño. (2004). Corporación Asociación Chilena Pro Naciones Unidas ACHNU-PRODANI, Segunda Edición.

Esping-Andersen G., (2004), "La política familiar y la nueva demografía". Revista de economía ICE: Consecuencias de la evolución demográfica en la economía N° 815, pp. 45-60. Extraído el 19 de Noviembre de 2013 desde <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=933836>

González J; (2006, Abril s/f). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Revista Chilena de Derecho, 33 (1), 93-107. Extraído el 18 de Noviembre de 2013 desde <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>

Ley amor de papá, Ley N° 20.680, Biblioteca del Congreso nacional. Recuperado en: <http://www.bcn.cl>

Ley que crea los Tribunales de Familia, Ley N° 19.968, Biblioteca del Congreso nacional. Recuperado en: <http://www.bcn.cl>

Montecinos S., (2007) "Madres y huachos: alegorías del mestizaje chileno". Santiago.

Roudinesco E., (2010) "La Familia en desorden". Argentina. Fondo de cultura económico.

Sentencias emanadas de Tribunales de Familias de Chile, obtenidas en SITFA (Sistema informático de tribunales de familia). Recuperado desde: <http://www.poderjudicial.cl>

Turner Saelzer, Susan. (2002). LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. *Ius et Praxis*, 8(2), 413-443. Recuperado el 27 de noviembre de 2013, en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000200013](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013)

# Bibliografía

Cid L.; (2011). “El Cuidado Personal de los Niños, Niñas y Adolescentes desde el Enfoque de Derechos: Las Prácticas Decimonónicas de los Tribunales de Familia en los Tiempos de la Protección Integral.” En: *Niñez y Ciudadanía*. Santiago de Chile: Ed. Pehuén.

Larraín S.; Traverso M. (2001). “Maltrato Infantil y Abuso Sexual en Chile”. UNICEF. Santiago.

Luciani L.; (2010, Noviembre 24). La protección Social de la niñez: subjetividad y posderechos en la segunda modernidad. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*; 8 (2), 885-899. Extraído el 18 de Noviembre de 2013 en <http://revistaumanizales.cinde.org.co/index.php/Revista-Latinoamericana/article/view/78/36>