



DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y EXTENSIÓN
SERIE DOCUMENTOS DE ESTUDIO N°54

Actualización en Legislación Familiar: Aplicación y Efectos



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
CENTRO DE ESTUDIOS Y ACCIÓN FAMILIAR

Noviembre 2000



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Decana: M^ª Eugenia Cárcamo E.
CENTRO DE ESTUDIOS Y ACCIÓN FAMILIAR
Directora: Lucía Reyes Aranís

Nº de Inscripción: 117545
Edición Periodística: Andrea Pomés
Diagramación: Carola Esquivel
Corrección de Texto: Osmán Castillo
Ediciones Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez
Vicerrectoría Académica
Dirección de Investigación y Extensión
Serie: Documentos de Estudio N°54
Circulación interna

Noviembre 2000

ÍNDICE

Presentación	5
La modernización del Derecho de Familia: Un desafío para la profundización de la democracia.	
<i>José Antonio Gómez</i>	7
La nueva Ley de Filiación: Normativa, efectos e implicancias en el ámbito familiar.	
<i>Waldo Romo</i>	15
El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesorio, a la luz de la Reforma introducida por la Ley 19.585.	
<i>Andrea Muñoz</i>	21
La necesidad de un Nombre, Filiación y Salud Mental.	
<i>Andrés Donoso</i>	31
La Ley sobre Delitos Sexuales: Modificaciones e implicancias.	
<i>Elías Escaff</i>	39
La Ley de Violencia Intrafamiliar: Visión práctica de su aplicación.	
<i>Imay Ortiz</i>	49
La Mediación Familiar; una visión diferente.	
<i>María de la Paz Donoso</i>	
<i>Deborah Levit</i>	
<i>Clara Salgado</i>	55
El Proyecto de Tribunales de Familia.	
<i>Paula Correa</i>	61
Aspectos sustantivos de la nueva Ley de Adopción.	
<i>Gonzalo Figueroa</i>	67
Adopción: “Vida en Familia”.	
<i>Marta García</i>	77

PRESENTACIÓN

En el contexto del proceso de modernización del sistema judicial en el que se inserta la nueva legislación sobre filiación, adopción, violencia intrafamiliar, delitos sexuales y el proyecto de tribunales de familia, surge la necesidad de que los profesionales y agentes sociales que trabajan de manera más o menos directa con la familia y sus problemáticas conozcan, analicen, reflexionen y se actualicen sobre este nuevo marco jurídico y su impacto en la organización familiar.

El marco jurídico define un contexto para el abordaje de las conflictivas familiares y a su vez estas nuevas leyes generan visiones diferentes desde lo psicológico, lo social y lo ético. Es por ello que el Centro de Estudios y Acción Familiar (CEAF), específicamente el Programa de Mediación Familiar, de la Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez, convocó al Seminario “Actualización en Legislación Familiar: Aplicación y Efectos”, donde un equipo multidisciplinario expuso y fomentó la reflexión sobre dichas temáticas. Dada la riqueza y utilidad de las temáticas allí tratadas nuestra Institución ha querido realizar la presente publicación ya que tenemos la convicción de que la actualización en estas materias permitirá realizar intervenciones más oportunas y pertinentes, las que irán en beneficio directo de sus usuarios y, por ende, de sus familias.

Finalmente quiero agradecer a todos los panelistas que contribuyeron con sus conocimientos a la riqueza de este Seminario y a la Dirección de Investigación y Extensión de nuestra casa de estudios, que ha hecho posible esta publicación.

LUCÍA REYES ARANÍS
DIRECTORA DEL CEAF

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA: UN DESAFÍO PARA LA PROFUNDIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA

*José Antonio Gómez Urrutia**

El Código Civil que data de mediados del siglo XIX contenía las principales regulaciones del derecho de familia en Chile; una legislación que ya no está de acuerdo a las concepciones, principios ni realidad de la familia actual. A partir del primer gobierno de la Concertación se inició una tarea de modernización de esos cuerpos legales, para lo cual se contó con asesoría experta. La Ley de Violencia Intrafamiliar, el Régimen de Participación en los Gananciales, la Introducción de los Bienes Familiares, la Igualación de la situación de la mujer y del marido frente al adulterio y la supresión de éste como delito penal, la Ley de Adopción y la Ley de Filiación, son los principales avances que se han realizado en materia legislativa en los últimos 10 años. Los desafíos aún pendientes son: la regulación de las rupturas matrimoniales, los alimentos y visitas, el establecimiento de tribunales de familia y la codificación del derecho de familia.

Agradezco a la Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez y a su "Centro de Estudios y Acción Familiar" por la invitación a intervenir en este seminario. Esto nos da la gran oportunidad de recordar la figura y el legado histórico de nuestro querido cardenal, que luchó por un país más justo y por la familia chilena, tema que precisamente hoy nos convoca.

I. ANTECEDENTES

La parte medular de nuestro derecho de familia se encuentra contenida en el Código Civil, obra de don Andrés Bello, que data de mediados del siglo XIX.

Dicha legislación recoge las ideas del individualismo liberal imperante en la época, tanto en Europa como en Chile, de manera que no es raro que nuestra legislación de familia tradicional -que en lo sustancial permaneció sin cambios desde su dictación hasta la década de los noventa- también se haya inspirado en estos principios. Una mirada contemporánea a estos principios, sin embargo, demuestra que ellos no corresponden a los actuales valores de la mayoría de la sociedad chilena, ni a aquellos inherentes a una real democracia.

Es cierto que durante las primeras nueve décadas del Siglo XX se le introdujeron numerosas

* *Ministro de Justicia*

modificaciones a esta legislación, pero también es cierto que estos cambios fueron puntuales, y sólo llegaron cuando la fuerza avasalladora de la realidad superó completamente la normativa vigente.

Las transformaciones más significativas se orientaron a mejorar la situación jurídica de la mujer estableciendo, por ejemplo, el patrimonio reservado de la mujer casada, que permite a ésta administrar libremente los bienes que adquiere con su propio trabajo, así como al establecimiento de algunos derechos -de alimentos y hereditarios- a favor de los hijos que en su momento se llamaron legítimos.

Sin necesidad de hacer aquí un juicio a esta legislación, es evidente que entre las características del derecho de familia tradicional destacaban aspectos como:

- La exclusión de amplios grupos de personas.
- La discriminación.
- La relevancia de los aspectos patrimoniales por sobre las personas.
- La inferioridad jurídica de la mujer.
- La preponderancia de los intereses individuales por sobre los familiares.

Junto a estas características subyacían otras ideas y concepciones no menos inadecuadas, como las consideraciones respecto a que:

- Sólo es familia aquélla originada en el matrimonio indisoluble de los padres.
- Lo que ocurre al interior de la familia es una

cuestión absolutamente privada.

- Los niños son sujetos de protección, no de derechos.
- La pobreza constituye, por sí sola, un impedimento para hacerse cargo de los hijos.
- Y aquella idea de que es al padre o marido a quien corresponden las decisiones fundamentales que atañen a la familia.

Basta una mirada somera para darnos cuenta de que la actual realidad de Chile en nada se condice con estos parámetros. Desde luego, existen en ella no uno, sino muchos tipos de familias: legales y de hecho; completas e incompletas; nucleares y extendidas; tradicionales y modernas. Y todas ellas merecen la protección de la ley.

Hasta 1990, el derecho de familia seguía respondiendo básicamente a los parámetros señalados.

La transformación de la legislación de familia debía basarse en principios democráticos esenciales, como la igualdad ante la ley; la no discriminación; el derecho de todas las personas a ser tratadas con igual respeto y consideración, y el respeto efectivo de las garantías y derechos fundamentales.

II. AVANCES LEGISLATIVOS

No es sino a partir del Primer Gobierno de la Concertación cuando se asume la realidad, determinándose que la legislación de familia necesitaba una reforma profunda. Se comprendió, además, que esta transformación debía basarse en principios democráticos esenciales, como la igualdad ante la ley; la no discriminación; el derecho de todas las personas a ser tratadas con igual respeto y consideración, y el respeto efectivo de las garantías y derechos fundamentales.

Se inició entonces una ardua tarea de diagnóstico, estudio y preparación de las modificaciones legales que era preciso introducir. En ella participaron no sólo autoridades del Ejecutivo, sino que se contó con el apoyo de destacados académicos y expertos.

Fruto de esta tarea son varias de las leyes ya promulgadas que, ciertamente, han cambiado el espíritu de nuestro derecho de familia, pero aún restan importantes desafíos. Incluso algunos de los cambios a los que hago referencia son tan recientes que no hemos tenido el tiempo ni la perspectiva para darnos cuenta de su trascendencia.

Varios son los avances logrados en la materia durante la década de los 90:

1. La Ley de Violencia Intrafamiliar

Si bien este cuerpo legal ha funcionado con algunas dificultades, ocasionadas básicamente por la inexistencia de una justicia especializada de familia, es una norma que, aparte de su carácter operativo, ha sensibilizado a nuestra sociedad.

En efecto, uno de sus mayores méritos ha sido poner a la vista algo que en Chile permanecía oculto: el grave problema del maltrato al interior de la familia.

Esta ley constituye un reconocimiento explícito de que las garantías constitucionales del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica rigen no sólo en el ámbito público -como suele pasar-, sino también al interior de la familia, que es o debiera ser el espacio en donde las personas se sientan más protegidas y seguras.

Dicha ley tiene un profundo sentido democratizador, ya que junto con ser una norma

protectora de los miembros más débiles de la familia, contiene eficaces medidas cautelares en resguardo de las víctimas de la violencia.

2. El régimen de Participación en los Gananciales

Hasta 1994, año en que se promulgó la Ley 19.335, existían dos regímenes patrimoniales del matrimonio, a saber, la sociedad conyugal y la separación de bienes.

Ninguno de estos regímenes compatibiliza dos cuestiones fundamentales y básicas: la real y efectiva capacidad jurídica de la mujer y el principio de solidaridad que debe existir entre los cónyuges, expresado en el equitativo reparto de los bienes que son fruto del esfuerzo común.

Este nuevo régimen -el de la participación en los gananciales- es nuevo en nuestra legislación, pero está generalizado ampliamente en otros países y compatibiliza adecuadamente ambos principios. Ello por cuanto la mujer casada bajo este sistema conserva su facultad de actuar en la vida jurídica, cuestión imprescindible en una realidad como la nuestra, en que las mujeres se han insertado plenamente en el ámbito. Al mismo tiempo, provee de un mecanismo de distribución de los bienes gananciales entre los cónyuges, protegiendo a aquél que ha tenido menos éxito económico.

3. La Introducción de los Bienes Familiares

Esta institución busca dar una protección básica a la familia, y sobre todo a los hijos, frente a una situación de desacuerdo o ruptura matrimonial.

Lo hace introduciendo una limitación al derecho de propiedad que cualquiera de los cónyuges

tenga sobre el inmueble que sirve de residencia principal a la familia. Es decir, consagra, por sobre el derecho de propiedad individual, el interés de la familia.

4. La Igualación de la Situación de la Mujer y del Marido frente al Adulterio, y la Supresión de éste como Delito Penal

La legislación anterior a 1994 preveía sanciones penales distintas para el marido y la mujer en el caso de infracción del deber de fidelidad que impone el matrimonio, siendo ciertamente mucho más severa la correspondiente a la mujer.

Agravaba esta situación el hecho de que el marido, para hacerse acreedor a dicha sanción, debía cometerla reiteradamente y sin ningún disimulo. En el fondo, la antigua legislación sancionaba en la práctica la existencia de una moral sexual para los hombres y otra, muy distinta, para las mujeres. Esta flagrante vulneración de la garantía de igualdad ante la ley, fue suprimida por la Ley 19.335 de 1994.

Además, esta ley suprimió la sanción penal existente, considerándose que no corresponde al Estado inmiscuirse en la vida privada de las personas, sino sólo en aquellos casos en que se vulneran los derechos de otros. En efecto, no se protege a la familia encarcelando al padre o a la madre por haber cometido una conducta de este tipo; más bien, ello genera en los hijos traumas emocionales que durarán toda la vida.

Actualmente, el adulterio sólo conlleva sanciones de tipo patrimonial, quedando a la voluntad del cónyuge ofendido el hacerlas valer o no.

5. La Ley de Adopción

Esta nueva legislación, expresamente inspirada en el principio del interés superior del niño, establece un solo tipo de adopción: la plena, mediante la cual los adoptados adquieren la calidad de hijos de sus adoptantes.

Se trata de garantizar el derecho de todo niño a crecer en una familia responsable que le entregue el afecto y los cuidados necesarios para formarse como una persona íntegra, antes que encontrar a un niño para una familia. La diferencia es sutil, pero significativa.

Adicionalmente, esta ley agiliza los procedimientos de adopción; asegura que los adoptantes sean personas idóneas; establece una preferencia para las familias chilenas por sobre las extranjeras; toma medidas para evitar el llamado tráfico de niños y permite adoptar a las personas solteras y viudas, respondiendo con esto último a la idea -ampliamente aceptada por los especialistas- de que para un niño es mejor criarse sólo con un papá o mamá antes que en una institución de protección.

6. La Nueva Ley de Filiación

Es ésta, sin duda, la más profunda y trascendental de las reformas introducidas al derecho de familia desde la dictación del Código Civil.

Ella responde a valores democráticos esenciales: la igualdad ante la ley, la no discriminación y el derecho de toda persona a ser tratada con igual respeto y consideración.

Como es sabido, nuestro régimen filiativo anterior establecía diversas categorías de hijos, entre

las cuales hacía profundas diferencias en cuanto a los derechos que les correspondían frente a su padre y madre.

Sólo a los nacidos dentro del matrimonio, llamados entonces *legítimos*, correspondía la plenitud de los derechos de hijo. Por otra parte, podemos afirmar, sin exagerar, que el reconocer o no a un hijo nacido fuera del matrimonio y, por ende, cumplir con las obligaciones de padre, quedaba entregado a la voluntad de éste.

Así, fuera de perjudicar a cerca del 45% de los niños de Chile, que nacen fuera del matrimonio, se discriminaba indirectamente a la mujer, en cuanto ella debía hacerse cargo sola de la crianza y mantención de sus hijos en aquellos casos en que el padre no los reconocía.

Pues bien, la nueva ley ha modificado por completo ese sistema: Hoy día todos los hijos tienen los mismos derechos y se permite la libre investigación de la paternidad, a base de pruebas científicas, tomando las necesarias precauciones para evitar demandas infundadas que afecten la honra y la tranquilidad de las personas.

Es bueno consignar aquí que la tramitación de esta ley, que duró cinco años, no estuvo exenta de dificultades y ácidas polémicas. Muchos sostuvieron que su único fin era debilitar la institución del matrimonio y que no se podía igualar lo que era distinto, es decir, que los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio eran esencialmente diferentes.

III. DESAFIOS AÚN PENDIENTES

Hoy contamos con una legislación de familia sustancialmente distinta a la de hace tan sólo diez años. Pero la tarea no ha concluido. Los desafíos pendientes son:

- 1) La regulación de las rupturas matrimoniales
- 2) Alimentos y visitas
- 3) El establecimiento de tribunales de familia
- 4) La codificación del derecho de familia

1. La Regulación de las Rupturas Matrimoniales

La regulación de las rupturas matrimoniales, como Uds. saben, se enfrenta actualmente de la peor manera posible: a través de las nulidades fraudulentas de matrimonio.

Este sistema implica, entre otras cosas, la disolución del matrimonio por el mero acuerdo entre las partes; la desprotección de la familia una vez declarada la nulidad; la práctica de verdaderos chantajes al cónyuge que está más interesado en disolver su matrimonio; y la inaccesibilidad del sistema para los más pobres.

Desde el punto de vista de la política judicial, en tanto, implica un grave desprestigio para el sistema, por cuanto todos los que participan en este juicio simulado, jueces, abogados y los protagonistas, están plenamente conscientes de participar en un fraude procesal.

Creemos que para la gran mayoría la opción ideal es un matrimonio para toda la vida; y, en general, es a lo que aspiramos para nosotros y nuestros hijos. Pero no se puede desconocer que hay situaciones en que la ruptura es inevitable. Así, se deben regular jurídicamente esas rupturas.

2. El Establecimiento de los Tribunales de Familia.

De nada nos sirven los esfuerzos modernizadores de la legislación de familia si a la vez no contamos con un sistema moderno y especializado de justicia de familia. Es decir, si no tenemos los medios para hacer valer, en forma oportuna, los derechos que esa legislación nos reconoce.

La justicia de familia es hoy dispersa, no especializada, lenta, con procedimientos altamente controversiales e impartida por tribunales que no tienen un diseño adecuado para hacerse cargo de los conflictos familiares, en los que ciertamente -y no está de más decirlo- el jurídico no es el único aspecto en juego.

Fue en el primer gobierno de la Concertación cuando surgió la idea de crear tribunales especializados de familia, capaces de dar una respuesta oportuna e idónea a los conflictos familiares.

Se estimó entonces -y así lo sigue estimando el Gobierno del Presidente Lagos- que la creación de estos tribunales responde a una política de protección de la familia y acceso a la justicia, que es prioritaria.

Actualmente se encuentra en primer trámite legislativo, en la Cámara de Diputados, el proyecto de ley que crea Tribunales de Familia.

Los objetivos de este proyecto buscan:

- a) Que exista una jurisdicción especializada en materia de familia, de manera que estos tribunales especiales tengan la competencia para conocer de todas las materias que puedan afectar al núcleo fundamental de toda sociedad. Esto pondrá, así punto final a la pesadilla que supone para las familias en crisis tener que litigar ante los distintos tribunales y con diferentes procedimientos para resolver los diversos aspectos de conflicto, con el consiguiente desgaste emocional y pérdida de tiempo y dinero.
- b) Que estos tribunales aborden el conflicto de manera integral e interdisciplinaria. Es decir, que puedan resolver todos los aspectos de éste (alimentos, tuición, visitas, repartición de los bienes comunes) en un solo procedimiento. Y que, a la vez, el juez cuente con la asesoría de otros profesionales -como psicólogos y asistentes sociales- para resolver de la manera más adecuada para todos los miembros de la familia.
- c) Que estos tribunales tengan una estructura orgánica que permita a los jueces tener conocimiento directo e inmediato de las partes en conflicto y de las pruebas que rinden; y no, como actualmente sucede, por intermedio de los actuarios. Esto exige un procedimiento oral y concentrado que cuente con la presencia del juez en todas sus etapas.

Para esos efectos, se ha concebido un tipo de tribunal con varios jueces que tengan un equipo de apoyo común: un administrador que los descargue justamente de las tareas administrativas, además de un consejo técnico asesor.

- d) Que se proporcione a las partes instancias adecuadas para llegar a una solución concordada por ellos mismos y con la asesoría de exper-

tos. Se trata de la mediación. En efecto, existirá en este nuevo sistema una instancia de mediación anexa a los Tribunales de Familia, en la que un tercero, imparcial y sin poder coercitivo sobre las partes, ayudará a alcanzar un acuerdo, el que aprobado por el tribunal tendrá la misma fuerza que una sentencia.

Para este fin, el proyecto crea un sistema nacional de mediación, que regula el funcionamiento de la mediación, estableciendo claramente quiénes podrán ser mediadores, el pago de sus servicios y la formación que deberán recibir.

Existe la firme voluntad política de parte nuestro Ministerio, y muy particularmente del Presidente Lagos, de dar un fuerte impulso a este proyecto, de manera que dentro de un plazo razonable contemos en Chile con tribunales de familia y con una respuesta efectiva para las personas.

3. Codificar el Derecho de Familia

Actualmente, la legislación de familia se encuentra dispersa en numerosas leyes. Asimismo, producto de las variadas modificaciones, se ha transformado en incoherente en ciertos aspectos.

Estos dos elementos la hacen muy poco accesible a las personas, incluso a quienes se desempeñan en el ámbito jurídico.

Nos parece esencial que esta legislación sea de fácil comprensión, pues ella afecta o puede afectar muy profundamente la vida de las personas. Es de sobremanera importante que las personas que tienen menos acceso a la asesoría de abogados puedan asimilarla, al menos en sus aspectos más esenciales ya que son, precisamente, los más desposeídos, los más afectados al no poder resolver sus conflictos de familia.

Es pues necesario iniciar la enorme y compleja tarea que supone preparar un Código de Familia que regule orgánicamente todas las materias que este derecho abarca: matrimonio, vida en pareja, filiación, adopción, tuición de los hijos, patria potestad y alimentos, por nombrar sólo algunos.

Es también necesario hacer un enorme esfuerzo para darle a este Código una redacción que la gente pueda comprender, de manera que sepan cuáles son las normas aplicables y cuáles sus efectos.

Ciertamente también son necesarias otras medidas complementarias que contribuyan a prevenir la violencia, el conflicto familiar, el abandono, el maltrato de los niños, la drogadicción adolescente, la responsabilidad juvenil penal, modelo de protección de la infancia; y otros males relacionados, pero ellas exceden con creces el ámbito del derecho de familia.

Quisiera terminar esta ya prolongada exposición asegurándoles que estamos poniendo nuestros mejores esfuerzos para llevar adelante las tareas pendientes en materia de legislación familiar.

Ello, con el convencimiento de que una legislación moderna y garante en materia de familia -junto a una justicia de familia eficiente y eficaz- es un poderoso instrumento de paz social, que incide también en la superación de la pobreza.

No me resta sino dar las gracias a quienes han organizado este seminario, por su preocupación por el tema, y también a quienes asisten a él, interesados -sin duda- en contribuir a la superación de los problemas que hoy afligen a tantas familias de nuestra patria.

LA NUEVA LEY DE FILIACIÓN: NORMATIVA, EFECTOS E IMPLICANCIAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Waldo Romo*

A propósito de la nueva ley de filiación, se reconocen algunos bienes que esta ley busca cautelar. La evitación de toda forma de discriminación de los hijos y el favorecimiento de la investigación de la paternidad o maternidad, son los principales. Con ellos, se está de acuerdo en que son necesarios de respetar, valorar y promover. Sin embargo, el reconocimiento de la diversidad de familias no obsta para que el Estado, en su conjunto promueva la creación y mantenimiento de familias derivadas del matrimonio, pues es en ellas en las cuales se forman las personas con mayor capacidad de perdón, de diálogo, de solidaridad. Todo ello debe combinarse con una completa política de fortalecimiento de la familia.

I. ANTECEDENTES SOBRE LA NUEVA NORMATIVA

Esta ley introduce uno de los cambios más profundos y significativos que ha experimentado el Código Civil: se derogan nueve títulos del Libro I (acerca de las personas) y varios otros artículos del Libro III (sobre sucesiones por causa de muerte y de las donaciones entre vivos) y del Libro IV (sobre obligaciones y contratos - reemplazo de los hijos de familia por hijos sujetos a la patria potestad; reemplazo de padre o madre de familia por padre o madre).

Se introducen, además, modificaciones a la ley de Registro Civil; a la ley de menores; a la ley que autoriza cambio de nombres y apellidos; a la ley

sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; a la ley sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

Tras esta profunda modificación hay una filosofía de base:

- a) evitar la discriminación a los hijos (si legítimos o ilegítimos) en su valoración social y en las consecuencias patrimoniales, entre otras; y
- b) favorecer la investigación de la paternidad o maternidad.

Las dos líneas de base constituyen bienes jurídicos que son perfectamente adecuados de respaldar y fomentar. En efecto, los hijos no tienen que sufrir las consecuencias de los com-

* Teólogo. Instituto de Ciencias Religiosas, Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez

portamientos de los padres, y toda discriminación que los afecte es odiosa y reprobable, desde el momento que no son responsables de la conducta de sus progenitores. A su vez, es un bien jurídico urgir y facilitar la posibilidad de saber quién es el padre o la madre de una persona.

Lo expresado no se queda sólo en la esfera de bienes jurídicos que es valioso alcanzar; también se proyecta al ámbito de conductas que tienen dimensiones éticas, es decir, constituyen signos de un buen comportamiento en la medida que favorecen procesos de mayor humanización de las personas. El criterio de eticidad de una conducta se juega -a mi juicio- si se favorece o no con ese comportamiento el crecer en humanidad.

II. ANÁLISIS DE ALGUNOS EFECTOS DE LA NUEVA LEY

Es claro, sin embargo, que esta filosofía de base que inspira la nueva ley de filiación es necesario cotejarla con los bienes jurídicos que procuraba favorecer la anterior articulación del Código Civil en estas materias: asegurar un tipo de familia basada en el matrimonio, donde se aspiraba promover la responsabilidad parental de tener hijos dentro del matrimonio o legitimarlos por matrimonio ulterior de los padres. En relación a lograr saber sobre la paternidad, no creo que a la legislación de la época no le inte-

resara hacerlo. Sólo que los medios para conseguirlo no alcanzaban a las pruebas periciales de carácter biológico actuales.

Es verdad que la realidad contemporánea es muy diferente a la de mediados del siglo XIX, cuando Andrés Bello estructuró la ordenación anterior. Sin embargo, cabe preguntarse si es o no un valioso bien jurídico alentar la constitución de una familia sólida, sin desmedro de alentar nuevos bienes jurídicos presentes en la actual ley de filiación. Estoy consciente de que es un problema de énfasis y de

equilibrios: propender principalmente a que los hijos se tengan dentro del matrimonio, conduce a aceptar discriminaciones de legitimidad o ilegitimidad. A mi juicio, la ley hace bien al favorecer la eliminación de esa discriminación. Por su parte, propender a superarla conduce a un debilitamiento de la familia a partir del matrimonio. No basta, en este punto, decir que es necesario reconocer lo que nos dice la realidad. También en otros campos del comportamiento humano la realidad nos dice y presenta conductas muy diversas a las que plantea una ley, y no por eso se intenta modificar ésta. El respeto a la diversidad puede darse en un marco valórico fundamental. Incluso ello se manifiesta, aunque no tenga efectos prácticos (¡en buena hora!) en el artículo 179 de la presente ley, cuando se expresa que "la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial". Y no podría ser de otra manera, ya que hacerlo iría, como expresa el artículo, contra la naturaleza de un hecho que es evidente.

Cabe preguntarse si es o no un valioso bien jurídico alentar a la constitución de una familia sólida, sin desmedro de alentar nuevos bienes jurídicos presentes en la actual ley de filiación.

1. Postura que privilegia la Diversidad de Familias

Algunas personas y corrientes de pensamiento estiman que se debe privilegiar la diversidad de tipos de familia. Ese planteamiento ya estuvo presente en el Informe de la Comisión Nacional de la Familia -de la cual fui miembro- en el año 1993, y se continúa proponiendo. Se habla del respeto y protección a las madres y padres solteros (familias monoparentales), a las familias de abuelos que crían a sus nietos en ausencia o abandono de sus padres, a las familias de parejas de personas anuladas (divorciadas) y vueltas a casar (familias reconstituidas), de familias formadas por personas que han adoptado hijos. Precisamente, en el Día Internacional de la Familia celebrado en el Palacio de La Moneda el 15 de mayo pasado, se quiso dar una muestra real de ese respeto a la diversidad invitando a 34 familias de distinta constitución.

2. Postura que privilegia el fortalecimiento de la Familia derivada del Matrimonio

Otras personas, corrientes de pensamiento e instituciones (la Iglesia Católica, entre ellas) -respetando y reconociendo la diversidad- estiman que es necesario fortalecer la familia que deriva del matrimonio para constituir el mejor bien que pueden recibir los miembros de la familia, especialmente los hijos.

Esta segunda línea de posición encierra, sin embargo, notables matices que es necesario hacer presentes:

- Algunas personas -incluso ciertos dignatarios eclesiásticos- consideran la presente ley como el inicio de la demolición de la familia, institución a la cual se la señala -según el art. 1 de la

Constitución Política del país- como “el núcleo fundamental de la sociedad”, y más adelante, en el mismo artículo (inciso 5), se indica que “es deber del Estado... dar protección a... la familia y propender al fortalecimiento de ésta...”. Es verdad que el constituyente no definió lo que entendía por familia (aspecto que ya se argumentó en la mencionada Comisión Nacional de la Familia). Sin embargo, por la historia de la ley y por el pensamiento conocido de la mayoría de los redactores del texto, sería legítimo concluir que el constituyente tuvo en mente a la familia heterosexual, monógama y constituida a partir del matrimonio. Si esto es así, la presente ley no se inscribiría, a juicio de estas personas, en la línea de fortalecimiento de este tipo de familia, a lo menos en la última de las precisiones planteadas. Concluyen que por esta pendiente y línea argumentativa (poner como criterio determinante para legislar lo que nos dice la realidad) pronto llegará el divorcio, más adelante la legitimación del matrimonio de personas del mismo sexo (¡se trata de respetar la diversidad y no admitir discriminaciones!), la aceptación legal de la fertilización asistida fuera del matrimonio, es decir, la posibilidad de tener hijos para “parejas conyugales” del mismo sexo o para personas solteras o separadas; y, a futuro, finalmente, la legislación sobre el aborto, desde el momento que la realidad nos entrega el dato fuerte de miles de abortos clandestinos. Estas personas respaldan su convicción en lo ocurrido en países económicamente desarrollados.

3. Valoración de la Familia surgida del Matrimonio, y Superación de la Discriminación

Otras personas -y me inscribo, como teólogo católico, en esta línea- no tenemos tal visión

apocalíptica. Si bien valoramos fuertemente la familia surgida del matrimonio, estamos también por superar las discriminaciones y por facilitar la investigación sobre la paternidad. Incluso el propender a este último objetivo puede incrementar la responsabilidad de traer un hijo a este mundo sin esconderse o abandonar a la mujer. Estimamos, entonces, que es necesario ser muy cuidadosos en el análisis de la diversidad de los tipos de familia, y ser también claros en señalar algunos extremos donde a nuestro juicio no se hacen posibles, o se dificultan notoriamente, los marcos valóricos fundamentales de la razón de ser de la familia, independiente de sus tipos. Nos referimos, en materia de posiciones extremas, a la poligamia y al matrimonio de personas del mismo sexo. En el primer caso, la valoración de la monogamia no viene de ser el modo occidental más frecuente de constituirse en familia, sino en que desde la monogamia se favorece en mejor forma la verdadera igualdad del varón y de la mujer. Este respeto por la igualdad de dignidad no es un valor confesional religioso u occidental, sino un valor de humanización de la persona. En relación a la segunda situación (posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo), no se trata de discriminar contra las personas homosexuales; se trata de ir al núcleo del ser familiar, donde las figuras femeninas y masculinas (mujer y varón) son esenciales en los procesos de socialización de los hijos. El ser varón o mujer no es, a mi juicio, "una construcción de la cultura", sino que es un modo de ser en el mundo, que se expresa culturalmente pero que tiene un fundamento en la biología. El bien social del hijo está

La familia bien constituida es la mejor formadora de personas. Es allí donde se aprende a ser menos violento, más solidario, más dialogante, capaz de perdonar y de recibir perdón.

en juego, y no sólo los derechos del hombre o la mujer a formar una familia como sea su decisión.

III. FAMILIA: ESCUELA DE HUMANIDAD

En el Día Internacional de la Familia ya mencionado, la esposa del presidente, Sra. Luisa Durán, señaló en su discurso¹ que "la familia es el lugar de los afectos, donde uno se educa, se forma, y donde aprende a nombrar las cosas y a nombrar el mundo. También aprendemos las normas, los valores y las pautas de comportamiento que nos acompañarán toda la vida". Personalmente, agregaría elementos clásicos de sociología familiar, tales como la familia en cuanto lugar social donde adquirimos nuestra identidad de persona, donde nos ponen nombre y somos nombrados como seres únicos e irrepetibles, donde aprendemos nuestros roles sexuados y nuestra condición de seres que interactuamos con otros, donde nos aman o donde amamos. Creo que ello no se favorece con la apertura hacia las formas extremas mencionadas.

¿Qué decir de los otros tipos de familias? Es necesario ir haciendo un cuidadoso discernimiento sin poner a todas en igual pie. Es claro que se hace necesario proteger a las familias monoparentales, especialmente -aunque no exclusivamente- cuando la jefa de hogar es la mujer. La legislación debe propender a esta protección. Sin embargo, también es necesario dar señales -no necesariamente legales- de la importancia que

1 Versión tomada desde la prensa, el día 16 de mayo de 2000

el Estado, como rector del bien común, asigna a aquellas familias donde los hijos tienen figuras estables y claramente definidas de progenitores que velan por ellos y que contribuyen con su presencia activa a su adecuada socialización. Ello es un bien que no debe ser cautelado sólo por la Iglesia Católica u otras confesiones religiosas. Es a la nación entera, políticamente organizada, es decir, al Estado, a quien también debe interesarle que ello ocurra, porque así los hijos que se inician a la vida en sociedad tendrán una mejor posibilidad de formarse como personas y como ciudadanos. Una mejor comunidad humana pasa por una mejor familia y, las “virtudes” mencionadas se aprenden “connaturalmente” en la familia, y no en la sociedad. Con razón Juan Pablo II ha llamado a la familia la primera escuela de socialización. (Cf. Exhortación Apostólica “Familiaris Consortio”).

Pasemos a otro tipo de familia: ¡En buena hora hay abuelos que ejercen el principio de suplencia y de subsidiariedad ante la ausencia o el abandono de los padres! El afecto, caldo nutritivo para desarrollarse como persona, puede serle brindado a ese niño por seres que lo aman y se responsabilizan de él. Es claro, con todo, que es una labor de suplencia, es decir, en tanto en cuanto la parte a la cual le compete (los padres) no cumple su cometido.

Sólo cabe admiración y gratitud frente a aquellas parejas o personas que han adoptado, otorgando el calor de un hogar, a seres que carecían de él. En la maternidad y paternidad biológica, el hijo es el que genéticamente ha correspondido. En la adopción no hay tal determinación genética. ¡El hijo adoptado es un hijo elegido!

El punto más polémico y complejo está en relación a la familia reconstituida a partir del divorcio o de la anulación, como ocurre en Chile. Justo es reconocer que la sociedad en este punto está divi-

da. Los argumentos en pro y en contra se conocen y no siempre llegan a convencer a la otra parte. Se produce lo que en ajedrez llamamos “hacer tablas”. El presente trabajo no tiene por objeto profundizar en este tema. Basta decir, sin embargo, que ante el concreto y preciso proyecto de ley, que modifica profundamente el matrimonio civil -que está actualmente en segundo trámite en el Senado- y que introduce el divorcio vincular, la Iglesia Católica ha planteado reparos y ha hecho preven- ciones. Las conozco en detalle por haber partici- pado en el debate interno eclesial sobre este pro- yecto de ley. Mencionemos algunos de esos repara- ros: hacer que la ley no favorezca el divorcio-re- pudio; hacer posible la renuncia a la cláusula del matrimonio divorciable para aquellos que quieran contraer matrimonio indisolublemente. Si se trata de respetar la diversidad, aquí hay algunos puntos para considerar.

Es necesario expresar, sin embargo, que aun- que en Chile se aprobara una ley de divorcio vin- cular, la Iglesia haría bien en continuar proclamando la Buena Nueva de un compromiso para siem- pre. Ello no es un valor sólo para los católicos. También es bueno para los propios cónyuges, para los hijos y para toda la sociedad.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, cabe reconocer los valores posi- tivos de la presente ley. Los respaldamos y com- partimos. Preocupa, sin embargo, un camino le- gislativo que responde, de manera tan preponde- rante, a lo que va dictando exclusivamente la rea- lidad. También las leyes pueden entregar algunas señales de orientación valórica. Es cierto que ellas no cambian el corazón del ser humano, pero bien pueden ser “signos de pista” al proponer determi- nados bienes jurídicos que aspiran a conseguir. La pregunta de fondo es: ¿Cómo -en definitiva-

favorecemos el fortalecimiento de la familia? La propia ley comentada propone una opción valórica para los padres: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades” (art. 222).

Esta opción valórica no es, sin embargo, obra exclusiva de las leyes. Se trata de asumir una verdadera política familiar con acciones concertadas y orgánicas que apoyen y favorezcan al “núcleo fundamental de la sociedad”. Ello compete al Estado y a toda la comunidad nacional. Es necesario partir de la convicción de que en el fortalecimiento de la familia se juega una dimensión crucial para el futuro de toda la humanidad. El propio Presidente Clinton ha señalado recientemente, con ocasión de los reiterados comportamientos de violencia entre menores de edad en los E.E.U.U., que la génesis de esas conductas está en la disolución de la familia que experimenta esa nación. ¡Tardío reconocimiento que puede ser, sin embargo, un signo de esperanza!

La adopción de esta política de fortalecimiento de la familia hay que abordarla desde diversas perspectivas: una educación sexual que sea más que una exclusiva información sexual y que no quede sólo en enseñar cómo prevenir el embarazo no deseado. Es una educación sexual integral que incorpora la preparación para la vida familiar. En esta línea, los objetivos transversales en edu-

cación pueden ser una oportunidad para hacer efectivo este enfoque; la capacitación de los oficiales civiles para que puedan orientar mínimamente con ocasión de los matrimonios civiles. La preocupación por una vida matrimonial armónica no puede ser sólo responsabilidad religiosa; los tribunales de la familia -de próxima aparición- no deben estar pensados sólo para administrar separaciones, sino para ayudar a salvar matrimonios bien constituidos de su dañina ruptura, cuando todavía se pueden reconstituir.

Hay ya algunas iniciativas que se inscriben en esta línea de fortalecimiento de la familia. Es el caso, por ejemplo, de la ley de violencia intrafamiliar que establece “penas educativas”; la creación de instancias de mediación y conciliación antes que de enfrentamiento. El mismo trabajo de C.E.A.F. es un buen ejemplo en la línea de las Conserjerías matrimoniales. Es claro que queda mucho por hacer. Pensamos, por ejemplo, en políticas de vivienda que favorezcan la casa como hogar y no como un espacio de hacinamiento donde se retroalimenta la violencia; en la capacidad crítica para asumir los mensajes que se transmiten por los medios de comunicación y que no contribuyen a una vivencia armoniosa de la familia; la interacción escuela-familia, con la creación de escuelas de padres, etc.

Desde esta perspectiva de una política de fortalecimiento de la familia, la presente ley que comentamos puede articularse con otros objetivos valiosos para el crecimiento de la familia como escuela de verdadera humanización de las próximas generaciones.

EL NUEVO ESTATUTO FILIATIVO Y LAS MODIFICACIONES AL DERECHO SUCESORIO, A LA LUZ DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 19.585

Andrea Muñoz S. *

Las modificaciones al estatuto filiativo corrigen la antigua ley de filiación, caracterizada como discriminatoria y restrictiva, fundadas en los derechos garantizados por la Constitución, los acuerdos internacionales suscritos por Chile y la realidad del país. Con la ley se elimina la distinción entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio; se promueve una libre investigación de la paternidad o maternidad; se establece el principio de sujeción a la verdad biológica; se modifican los efectos jurídicos de la filiación en materia sucesoria, en lo que respecta a la patria potestad y en materia de alimentos.

La reforma legal que comentamos es de la mayor trascendencia para nuestro país, ya que introduce una de las más grandes modificaciones de los últimos tiempos en el Código Civil, con el objeto de terminar con las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos existentes actualmente en nuestro ordenamiento jurídico y de establecer un estatuto igualitario para todos los hijos nacidos en Chile, cualquiera que sea la situación jurídica que hubiere entre sus padres al momento de la concepción o del nacimiento.

I. ANTECEDENTES

Se trata de una iniciativa presentada por el Ejecutivo en el año 1993, la que fue aprobada con pequeñas modificaciones y por una amplia mayo-

ría en la Cámara de Diputados y luego fue objeto de un prolongado y exhaustivo estudio por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Ella respetó en lo fundamental las ideas matrices del proyecto, y permitió perfeccionarlo en muchos aspectos, demostrando que constituye una normativa sólida y coherente, necesaria para todos los chilenos.

Debo destacar que precedieron a esta iniciativa del Ejecutivo una serie de mociones parlamentarias que pretendían corregir las numerosas deficiencias del régimen de filiación vigente en ese momento, entre las que se encontraba una, destinada a ampliar la investigación de la paternidad; otra, a promover la prueba del ADN; y desde luego aquellas destinadas a consagrar la igualdad de

* Abogada. Fiscal de la Superintendencia de Isapres.

los hijos, como fue el caso de la iniciativa presentada por la diputada (QEPD) Sra. Laura Rodríguez y de la ex-senadora doña Laura Soto. Apreciando debidamente la relevancia de estas iniciativas, que reflejan honda preocupación por el estado actual de nuestra legislación en la materia, el Ejecutivo estimó imprescindible promover una reforma integral del sistema filiativo, que abordara el problema en toda su complejidad y que articulara una propuesta coherente con el marco constitucional, que asegurara a todas las personas la igualdad ante la ley.

Como es de vuestro conocimiento, el régimen vigente hasta antes de la reforma poseía dos características que la nueva ley intenta corregir. Era discriminatorio y restrictivo.

Discriminatorio, por cuanto clasificaba a los hijos en legítimos e ilegítimos, dependiendo de si habían sido concebidos dentro o fuera del matrimonio; y establecía un estatuto jurídico diferente para cada una de estas categorías, bastante más desfavorable, por cierto, para quienes ostentaran la calidad de ilegítimos.

Restrictivo, en lo que se refiere al sistema contemplado para poder establecer una determinada filiación. En efecto, si bien el sistema anterior permitía la investigación de la paternidad y de la maternidad, esto era posible solamente en función de ciertas causales específicas contempladas en la ley, que se basaban esencialmente en la voluntad del padre o de la madre de reconocer a un hijo como suyo, y existían una serie de limitaciones para ejercer las acciones de reclamación de estado civil correspondientes.

La circunstancia en que un sujeto es concebido no puede ser determinante en la distribución de derechos que afectan a ese individuo.

Es importante reconocer que el sistema filiativo contemplado en nuestro Código Civil había sido objeto de notables avances desde su dictación en el año 1855, especialmente durante el curso de este siglo. No obstante, éstos resultaron insuficientes, en la medida que mantuvieron una diferenciación que castigaba a quienes no son responsables de las condiciones de su concepción y nacimiento, y se apartaba del imperativo constitucional que ordena un trato igualitario para todas las personas. Desconocía, asimismo, la realidad chilena que presenta, como veremos a continuación, altos índices de niños nacidos fuera del matrimonio.

II. FUNDAMENTOS DE LA REFORMA INTRODUCIDA

El sistema que contemplaba nuestro ordenamiento hasta antes de la reforma, atentaba gravemente contra la dignidad de la persona humana, lo cual resulta inaceptable, tanto desde un punto de vista ético o moral como desde el punto de vista del ordenamiento jurídico chileno. Recordemos que ya desde las bases de la institucionalidad consagradas en la Constitución Política del Estado, se establece que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La discriminación a que eran sometidos los hijos atentaba gravemente, por otra parte, contra el principio de igualdad ante la ley que la misma Constitución garantiza a todas las personas. En efecto, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 19 N°2 de la carta fundamental, el Estado garantiza a todas las

personas la igualdad ante la ley y prohíbe toda discriminación arbitraria. El derecho a la igualdad significa, en esencia, que todas las personas tienen, por el hecho de serlo, derecho a ser tratadas con igual consideración y respeto, no pudiendo establecerse diferencias arbitrarias por ley ni autoridad alguna.

La situación resultaba más grave aún, a la luz del art.5° de la Constitución Política, que ordena respetar y promover los Tratados Internacionales suscritos por Chile que digan relación con los derechos esenciales de la persona humana. En la especie, concretamente, se estaba violando el Pacto de San José de Costa Rica, que ordena no hacer distinción entre hijos que nacen dentro o fuera del matrimonio.

Desde un punto de vista moral o ético, la diferenciación entre los hijos tampoco era aceptable, ya que no es posible atribuir responsabilidad a las personas sino por actos voluntarios y jamás por condiciones adscritas que no les son imputables, como podría ser la raza o el color de la piel. Como es obvio, no compartimos, por otra parte, la postura que pretende justificar esta discriminación en la necesidad de defender la familia legítima, en la medida que, desde una perspectiva axiológica, una persona humana no puede ser utilizada como un medio para alcanzar un determinado fin, por valioso que éste parezca (que es el caso de la familia). Además, resulta poco eficiente y bastante erróneo pretender defender a la familia por la vía de favorecer conductas que atentan contra su propia unidad y contra la fidelidad que comprometieron los cónyuges. Por el contrario, estimamos que la igualdad de derechos fomentará la conducta responsable de los sujetos, instándoles a tomar sus decisiones más pensadas, que impactarán favorablemente en la estabilidad de la familia.

Sinceramente, no creemos que esta reforma pueda menoscabar el sentido del matrimonio, al establecer iguales derechos entre los hijos que nacen dentro o fuera de él. Suponer que así lo fuera, significaría a la postre, desconocer lo que hace a la esencia de esa institución que tanto valoramos y respetamos, significa olvidar que lo que lleva a unirse en matrimonio a una pareja es un proyecto común de vida y el deseo de constituir una unión estable y para toda la vida, y no si los hijos tendrán, o carecerán, de iguales derechos y oportunidades.

Finalmente, y en la misma línea de fundamentación que inspiró esta reforma, creo importante hacer presente la dimensión social de ésta, y cómo ella responde a una realidad inquietante e ineludible de la cual el Estado no se podía desentender, por una razón de Bien Común.

Según antecedentes proporcionados por el Registro Civil, la tasa de nacimientos ilegítimos en nuestro país ha aumentado progresivamente, alcanzando en 1995 al 40% de los niños nacidos en ese año. Ahora bien, de este porcentaje, aproximadamente el 70% correspondía a hijos naturales reconocidos por ambos padres, lo cual hace presumir que en la mayoría de los casos se trata de uniones de hecho o de convivencias, que probablemente tengan su origen en la inexistencia de una verdadera solución legal para las rupturas matrimoniales. Otro fenómeno bastante extendido en la sociedad chilena, que explicaría en parte estas cifras, es el de los embarazos adolescentes.

Esto nos obliga a entender la verdadera dimensión de la ley y no circunscribirla a los hijos adulterinos, como suele ocurrir. En efecto, cada vez que se habla de esta clase de hijos, se tiende a pensar solamente en hijos que son producto del

adulterio, situación que si bien puede producirse, resulta ser bastante marginal.

III. PRINCIPALES EJES DE LA REFORMA

Los principales ejes de la reforma introducida por la ley 19.585 se centran, fundamentalmente, en los siguientes aspectos:

1. Eliminación de la distinción entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio

Acorde con el principio inspirador de la reforma, que es el de establecer un estatuto igualitario para todos los hijos, se elimina la distinción entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Como ustedes podrán observar, esta nueva ley admite, sin embargo, que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, lo cual se establece sólo en función del régimen de determinación de la filiación, ya que no se puede desconocer que el matrimonio constituye un principio de certeza que permite presumir la paternidad del marido, hecho que naturalmente habrá de influir en el régimen jurídico de las acciones de filiación matrimonial.

2. Libre investigación de la Paternidad y Maternidad

Enseguida, las nuevas normas consagran el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, lo cual implica que se levantan las restricciones actualmente existentes para reclamar una determinada filiación y se entierra definitivamente la prohibición de investigar que, consagrada por el Código de Napoleón, había inspirado no sólo a Bello, sino

influido en todos los derechos codificados de la época.

En efecto, aun cuando la ley 10.271 del año 1952 modificó el sistema originariamente consagrado en el código civil chileno, introduciendo la posibilidad de investigar la paternidad, la verdad es que, como advertimos en un comienzo, lo hizo en forma restrictiva -sólo por determinadas causales que señalaba la ley- y de una forma que dependía, al fin, de la propia voluntad del padre. En efecto, las hipótesis de reconocimiento forzado consagradas en el código civil se reducían, fundamentalmente, a la confesión de paternidad contenida en instrumento público o privado, o al reconocimiento tácito que hay detrás del establecimiento de la posesión notoria del estado civil de hijo, en la medida que lo que allí se prueba es el trato, el nombre y la fama de hijo del presunto padre.

El sistema que se modificó contemplaba, por otra parte, una serie de limitaciones al ejercicio de la acción de reclamación del estado filiativo, lo que hacía muy difícil su aplicación práctica.

Estudios recientes demuestran de manera elocuente lo que vengo sosteniendo. En efecto, de acuerdo a una investigación encargada por el Sernam, se determinó que en los 30 juzgados civiles de Santiago, entre 1980 y 1992, ingresaron sólo 22 causas de indagación de paternidad, de las cuales un número ínfimo alcanzaron éxito. Lo anterior es concordante con la información registrada en los anuarios judiciales, según la cual, entre 1980 y 1989, el volumen de causas de este tipo representó un 0,002% del ingreso total de causas civiles contenciosas.

Es por eso que abrir la posibilidad de ejercer la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, en contra de quien corresponda y uti-

lizando todos los medios de prueba, como lo establece la nueva normativa, constituye un cambio significativo que abre las puertas a la búsqueda de la verdad real por sobre la verdad formal, que es la que prima actualmente.

Un adecuado tratamiento de este principio, sin embargo, obliga a tomar los resguardos necesarios para evitar acciones temerarias o falsas imputaciones de paternidad o maternidad, que pudieren lesionar la paz o armonía familiar de otros hogares.

Previendo este peligro, y tratando de compatibilizar ambos intereses -búsqueda de la verdad y preservación de la armonía familiar-, el sistema nuevo establece un mecanismo de control de viabilidad de la demanda, que consiste en que el juez podrá dar curso a la tramitación de una demanda de reclamación de estado civil, en la medida que se presenten antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda.

La verdad es que es posible que en un comienzo se presenten dudas acerca de cómo interpretar esta limitación. A la postre, esperamos que se imponga el criterio que inspiró la reforma y que se encuentra presente en otras legislaciones, como las de Argentina y España, según el cual no se pretende constituir un obstáculo a la investigación de la paternidad o maternidad, sino acoger a tramitación sólo aquellas demandas que presentan visos de seriedad.

3. Principio de Sujeción a la Verdad Biológica

El principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad se ve fortalecido y complementado con otro principio básico que se viene analizando, cual es el principio de sujeción a la verdad biológica, acreditada mediante toda clase de pruebas, incluidas las llamadas pruebas biológicas. Estas pruebas son, básicamente, la prueba de grupos y subgrupos sanguíneos, el análisis del ADN y otras pruebas de contenido científico. Si bien hoy día la prueba del ADN parece ser la que otorga un mayor grado de certeza en la determinación de una determinada filiación, la norma consagrada en la nueva ley no restringe su admisibilidad a ella, sino que deja la puerta abierta a otras pruebas científicas que, en el futuro, los avances de la ciencia puedan llegar a desarrollar.

La determinación de la filiación deja de ser un acto gracioso de quien reconoce a un hijo como suyo y pasa a ser un hecho que se impone, como resultado de un proceso de búsqueda de la verdad.

La admisión de este tipo de pruebas científicas implica introducir un cambio muy notable en nuestro ordenamiento jurídico: como decíamos anteriormente, significa abordar el problema desde una perspectiva diferente a la existente hasta la fecha, que apunta a que una de las cuestiones interesantes en esta materia fue la discusión en torno al alcance de las pruebas biológicas: quién tiene derecho a solicitarlas, quién las practica, cuál es su valor probatorio, si acaso es posible que esta prueba recaiga en una persona fallecida, o qué ocurre cuando el demandado se niega a someterse a esta prueba, por nombrar algunas de las cuestiones debati-

das que requirieron de un mayor análisis y reglamentación en la nueva ley.

La admisión de las pruebas biológicas, que constituye uno de los ejes centrales de la propuesta del Ejecutivo, fue objeto de interesantes ajustes en la discusión parlamentaria, tendientes a establecer un mayor equilibrio en el valor que se les asigna a las pruebas biológicas y a la posesión de estado, atendido que a través de esta institución se refleja un hecho afectivo y social notable, como es la voluntad de acogida demostrada por un sujeto en relación a otro, a quien trata como hijo, lo cual hace necesario reconocerle a la posesión de estado civil la calidad de verdadera fuente del estado civil.

De esta manera, pareció prudente no darles a las pruebas biológicas un valor absoluto, sino morigerar el principio, para dar cabida a la posesión de estado, bajo ciertas circunstancias que en la nueva ley se indican.

4. Modificaciones a los Efectos Jurídicos de la Filiación

Consecuente con la idea de igualdad, que se ha reconocido como la clave de esta reforma, y no siendo suficiente con la eliminación de las categorías de hijos existentes, la nueva normativa introduce importantes modificaciones en los efectos jurídicos de la filiación, con el propósito de darle consistencia efectiva a aquella anunciada igualdad. Lo anterior se traduce, fundamentalmente, en el ámbito sucesorio, en relación a la patria potestad y al derecho de alimentos, cada una de las cuales paso a examinar:

4.1. En materia sucesoria : Se establece un estatuto igualitario para todos los hijos, lo cual significa que todos tendrán los mismos derechos here-

ditarios en la herencia de su padre o madre, cualquiera que sea la circunstancia de su nacimiento.

Es menester tener presente que al introducir esta importante reforma, el proyecto no hace sino concluir una larga y sostenida evolución en la materia, en virtud de la cual los hijos naturales habían venido accediendo, paulatinamente, a posiciones más equitativas, pero aún discriminatorias. Debemos recordar que en la legislación que ahora se reforma, los hijos naturales ya eran legitimarios, esto es, herederos forzosos y concurrían en el primer orden de sucesión, con los descendientes legítimos, correspondiéndoles, sin embargo, la mitad de la cuota de éstos y con un cierto límite en relación al monto total de la herencia.

De manera que es este aspecto específico, la ley 19.585 profundiza, de manera cuantitativa, los derechos que les corresponden a los hijos que son concebidos y que nacen fuera del matrimonio. Introduce, sin embargo, reformas de carácter sustantivo, cuando llama en el primer orden de sucesión a todos los hijos, sin distinción, ya que ello corrige la discriminación que se daba, según la cual, de no haber descendientes legítimos que concurrieran en el primer orden de sucesión, los hijos naturales pasaban a compartir el segundo y hasta el tercer orden de sucesión, con los ascendientes legítimos y el cónyuge del causante; e incluso, eventualmente, con los hermanos del difunto.

Se modifican, además, otros aspectos que la actual discriminación entre los hijos trae como consecuencia; así, por ejemplo, se da cabida al derecho de representación en toda la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos, sin distinguir si quienes concurren por esa vía han nacido dentro o fuera del matrimonio. Ésta es una consecuencia necesaria e inevitable de la igualdad que se consagra, que tiene, por otra parte,

una connotación especial, ya que significa entender que el hijo que nace fuera del matrimonio y cuya filiación ha sido determinada por alguna de las vías contempladas en la ley (reconocimiento o sentencia judicial), se vincula no sólo al padre o a la madre respecto del cual la filiación quedó establecida, sino también con respecto al resto de la familia a la cual ese padre o esa madre pertenecen. Se trata de reconocerles un entorno familiar que, al menos desde una perspectiva jurídica, les confiere derechos que a cualquier otro descendiente (nieto) le corresponden.

Sin tener directa relación con la filiación, el sistema recientemente aprobado contempla un claro mejoramiento de los derechos del cónyuge sobreviviente, acogiendo de esta manera la tendencia mayoritaria en el derecho comparado y haciéndose eco de una inquietud bastante extendida en nuestro medio nacional, por la desmedrada situación en que éste se encontraba. En efecto, las reformas consagradas en esta materia mejoran sustancialmente los derechos del cónyuge sobreviviente, al transformarlo, por una parte, en legitimario -esto es, heredero forzoso- y al reconocerle, por otra, un derecho preferente en la partición y adjudicación de los bienes hereditarios. Revisaremos con alguna mayor detención estas materias:

- a) **Se termina con la porción conyugal**, una institución compleja y artificiosa que, en los términos que actualmente está concebida, tiene poca o ninguna aplicación práctica. Resulta, por otra parte, bastante injusta para quien ha compartido la vida con el difunto.
- b) Producto de lo anterior, **se le confiere al cónyuge sobreviviente la calidad de legitimario**, con lo cual se producen una serie de consecuencias que obviamente le benefician. Es así como la cuota que en esa condición le corres-

ponde no dependerá del régimen de bienes bajo el cual haya estado casado (a) con el causante y, por lo tanto, podría llevar perfectamente mitad de gananciales y además su cuota por concepto de legítima.

Lo anterior no obsta a que el cónyuge sobreviviente conserve su condición de potencial asignatario de cuarta de mejoras.

- c) En cuanto a la cuota hereditaria propiamente tal, al cónyuge sobreviviente le corresponderá una porción igual al doble de lo que como legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo; y en el caso de haber un solo hijo, una cuota igual a la de éste, no pudiendo en todo caso esa cuota ser inferior a la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, en su caso.
- d) En materia de partición de la herencia, se le otorga al cónyuge sobreviviente un derecho preferente para enterar su cuota hereditaria, atribuyéndosele la propiedad sobre el inmueble que constituya la residencia principal de la familia y sobre los bienes muebles que la guarnecen, siempre que, como es obvio, dichos bienes sean parte del patrimonio del difunto.

Se prevé, asimismo, que en el caso que la cuota hereditaria sea inferior al valor de tales bienes, el cónyuge tenga la opción de que se constituya a su favor, en aquella parte que sus derechos hereditarios no alcanzan para adjudicarse la propiedad, un derecho de uso o habitación, en forma gratuita y vitalicia.

La verdad es que esta modificación se encuentra en perfecta armonía con las recientes reformas introducidas al código civil, mediante las cuales se creó la institución de los bienes familiares, lo cual refuerza la idea de dar una

mayor protección a la familia -en el caso que el viudo o la viuda se hagan cargo de hijos menores- y al cónyuge que ha aportado con su esfuerzo a la construcción del patrimonio familiar. Resultaba tremendamente injusto y hasta penoso, se diría, ver cómo, en ocasiones, hijos, nueros y yernos despojaban al cónyuge sobreviviente de los bienes en los cuales había vivido durante años en compañía del causante, para efectos de distribuírselos en la partición. La figura consagrada en el proyecto contribuirá a proteger al cónyuge sobreviviente de estos avatares, favoreciendo su tranquilidad futura.

Se discutió, durante la tramitación de la ley, la conveniencia de buscar algún mecanismo que permitiera reservar estos derechos y beneficios a quienes hayan sido, a la época de fallecimiento del causante, verdaderamente marido y mujer, de tal manera de evitar que esos derechos se extendiesen a quienes, no obstante conservar formalmente vigente el vínculo matrimonial con el causante, se encontraban separados de hecho por largo tiempo, pudiendo incluso, en ocasiones, haber constituido nuevas familias estables. En tal sentido sólo se pudieron hacer algunos ajustes en materia de desheredamiento, pero lo cierto es que no se logran buenos resultados y habrá que esperar que se dicten las normas pertinentes en materia de rupturas matrimoniales.

Por último, y todavía dentro del ámbito sucesorio, se modifica el mecanismo con que opera el segundo orden de sucesión intestada, así como la distribución de derechos entre quienes concurren al mismo. Esto se traduce en que si el causante no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo y el cónyuge sobreviviente, quien

recibirá el doble de lo que les corresponda a los primeros. Sólo a falta de cualquiera de éstos -cónyuge o ascendientes- son llamados a suceder los hermanos del causante.

En la revisión final de la ley en el Congreso, surgió otra reforma sucesoria no prevista en el proyecto original, consistente en considerar a los ascendientes como potenciales asignatarios de la cuarta de mejoras. El fundamento de esta reforma es el avance del promedio de edad de las personas en la época actual, lo que obliga a velar por los ascendientes, que en ocasiones pueden llegar incluso a sobrevivir a sus propios hijos.

El derecho de visitas se consagra como un derecho y un deber de quien no tenga a su cargo el cuidado personal del hijo.

Con ello, la cuarta de mejoras se constituye en una asignación forzosa a través de la cual es posible beneficiar a todos quienes son potenciales legitimarios, esto es, a los

descendientes, ascendientes y cónyuge sobreviviente. Significa, en todo caso, reducir de alguna forma la libertad de testar, lo que para algunos puede resultar cuestionable.

4.2. En lo que respecta a la Patria Potestad, se introducen importantes modificaciones destinadas, básicamente, a consagrarla como una institución establecida en interés del niño -sin distinguir si se trata de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio- y a permitir una mayor participación de la madre en el ejercicio de la misma.

Ésta es un materia en que, personalmente, lamento que no hayan prosperado una serie de otras reformas que proponía el proyecto original, por cuanto éstas estaban orientadas a modernizar la mencionada institución y a establecer una regulación coherente con lo que en la actualidad son las

relaciones paterno-filiales. Allí apuntaban, por nombrar algunas propuestas, la idea de que padre y madre ejercieran en forma conjunta la patria potestad, a través de un mecanismo de autorizaciones tácitas y recíprocas, que no es desconocido por el derecho, así como la reunión en un mismo instituto, de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad, como ocurre en el resto del derecho comparado.

Las reformas que fueron aprobadas, sin embargo, constituyen un adelanto que igualmente me parece importante destacar:

- a) La patria potestad, antes reservada a los hijos legítimos no emancipados, se entiende establecida en beneficio de todos los hijos, sin atender al origen de su filiación, lo cual, evidentemente, es una consecuencia necesaria del principio de igualdad que consagra este proyecto.

En términos prácticos, además, se evita con ello el engorroso trámite mediante el cual se debía designar al padre o a la madre natural, como tutor o curador del hijo.

- b) Enseguida, y concluyendo la evolución que se había producido en esta materia con la modificación introducida por la ley 18.802, se establece que si los padres viven separados, corresponderá ejercer la patria potestad a quien tenga a su cargo el cuidado personal del hijo. Con ello se logra reunir, en una sola cabeza, dos aspectos que hoy suelen encontrarse repartidos entre el padre y la madre, lo cual no resulta beneficioso para el menor.

Aunque la tuición no forma parte de la patria potestad, creo conveniente mencionar aquí

la reforma que se ha introducido en esta materia, según la cual, siempre que los padres vivieren separados, el cuidado personal de los hijos menores se decidirá de común acuerdo entre aquéllos; y a falta de acuerdo, se le otorgará la tuición de los hijos a la madre, pudiendo el juez hacer variar esta situación, si concurren causas calificadas que así lo ameriten.

Del mismo modo se regula, claramente, en función del interés del niño, de manera que puede ser suspendido o restringido sólo cuando en forma manifiesta perjudique el bienestar del hijo, lo que el juez deberá declarar fundadamente.

- c) En cuanto a la titularidad de la patria potestad, se entrega a la voluntad de los propios padres, quienes decidirán, de común acuerdo, quién la ejerce. A falta de acuerdo, corresponderá al padre.

4.3. Finalmente, en materia de alimentos, se acaba con la distinción entre alimentos congruos y necesarios, dando paso a una sola clase de alimentos, igual para todos los hijos, sin distinguir el origen de su filiación. El proyecto proponía una definición conceptual de lo que comprende el derecho de alimentos, pero a los legisladores les pareció prudente que aquello siguiera siendo perfilado a través de la jurisprudencia.

Previendo los conflictos que se pueden suscitar en la aplicación de esta ley a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, se han previsto una serie de normas que regulan sus efectos en el tiempo.

LA NECESIDAD DE UN NOMBRE, FILIACION Y SALUD MENTAL

Andrés Donoso Castillo*

La filiación es un pilar estructural del concepto de familia, siendo el status filial parte integrante de la identidad de cada persona. El derecho de familia tiene que ser sensible a evitar la injusticia, la estigmatización, la marginación, la exclusión, dando protección a los miembros más débiles del sistema familiar. Así lo recoge la Convención de los Derechos del Niño. Así también lo testimonian las historias de las personas, que revelan la necesidad y anhelo de tener un padre presente, accesible y conocido.

En lo que sigue expongo algunas consideraciones sobre la relación entre filiación y salud mental. Para ello, adopto la perspectiva de un terapeuta que centra predominantemente su atención en las relaciones interpersonales; es decir, considera a las personas participando en sistemas sociales supraindividuales dentro de los cuales la familia ocupa un lugar de destacada importancia.

I. LA IMPORTANCIA DE SER HIJO O HIJA

La filiación, entendida como “la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de otra” (1), diríamos que es un pilar estructural del concepto de familia. Así lo considera el Informe de la Comisión Nacional de la Familia, cuando al definirlo dice: “Este informe considera a la familia como un grupo social, unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo las uniones de hecho cuando son estables. Es por ello que se es miembro de una familia en la medida que se

es padre o madre, esposo o esposa, hijo o hija, abuelo o abuela, tío o tía, etc.” (2)

Si hay algo en común que tenemos todos los seres humanos, es que somos hijas o hijos. Esto no sucede con los demás tipos de parentesco ni con el ser madres o padres, cuestión que no nos es común a todos. Y esto -el ser hijos o hijas- no es un elemento irrelevante en la constitución de nuestra personalidad. El status filial es parte integrante de nuestra identidad y, por lo tanto, de nuestro bienestar o malestar existencial.

Hay quien ha dicho que el ser humano necesita desde niño salud o bienestar y libertad o autonomía, y éstas serían necesidades universales a las que cada cultura puede responder a través de satisfactores diversos.

Entendemos que este proceso es evolutivo y que lo que el medio social va entregando como satisfactores, en las distintas etapas, va a posibilitar el desarrollo de un sujeto adulto “capaz de tra-

* Psiquiatra. Docente del Instituto Chileno de Terapia Familiar

zar para sí una noción de bien o de virtud, de forzar planes de vida idiosincráticos de acuerdo a ese ideal y de lograr y obtener recursos para ejecutarlos". (3)

Las niñas o niños (hijas o hijos) se encuentran, pues, en curso hacia esa meta, motivo por el cual "el Estado -atendido que el logro y goce de esa autonomía es un bien público, que interesa a todos- debe diseñar políticas que tiendan a facilitar el logro de esa autonomía y plena constitución de la personalidad moral de quienes son hoy día menores". (3)

He aquí uno de los puntos donde se intersecta la legalidad con la salud, entendida como bienestar biopsicosocial de las personas.

Por esta razón, quienes trabajamos en el tema de la salud debemos poner atención en las normativas legales que interfieran el desarrollo integral del ser humano y lesione su dignidad, identidad y libertad. Por eso, constituía una situación gravemente atentatoria a la dignidad humana la situación de nuestro ordenamiento jurídico cuando consideraba distintas clases de hijos, unos con mayores derechos que otros, fundado pura y simplemente en su diverso origen.

El derecho de familia tiene que estar acorde con nuestros tiempos y ser sensible a evitar la injusticia, la estigmatización, la marginación, la exclusión, dando la debida protección a los miembros más vulnerables o débiles del sistema familiar.

Bien sabemos que nacemos en la más absoluta indefensión, en una prematurez casi total

(sólo podemos respirar por nuestra cuenta); luego, la dependencia de otros es materia de vida o muerte. En el actual estado de desarrollo social, el nacimiento de cada nuevo miembro de la especie nos interpela a todos y deberíamos ser capaces de asegurarle, de parte del Estado y sus órganos, un trato igualitario de respeto y consideración.

Algunos tratadistas del derecho postulan que "en orden a la filiación concurren: a) El reconocimiento a la personalidad y sus atributos: la intimidad, el honor, el derecho a un estado civil, la dignidad de la persona; b) la protección de la familia: el derecho a la verdad, posibilitando la investigación de paternidad y maternidad, y la igualdad jurídica". (1)

"el Estado -atendido que el logro y goce de esa autonomía es un bien público que interesa a todos- debe diseñar políticas que tiendan a facilitar el logro de esa autonomía y plena constitución de la personalidad moral de quienes son hoy día menores".

II. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Por la importancia de la intersección entre legalidad y salud es que ha sido un notable aporte la proclamación de los Derechos Humanos, y en lo que dice relación al tema que expongo, recoge la Convención de los Derechos del Niño. (4)

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional étnico o social, la posición económica,

los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o de sus tutores o de sus familiares.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Después de definir qué se entiende por niño en el artículo 1, ya encontramos el término "nacimiento" en el art. 2, y luego el derecho a un nombre después de su nacimiento.

Este articulado se hace eco de la necesidad básica de identidad y pertenencia del hijo o hija.

Pues bien, necesitamos un nombre: ¿Quién nos lo proporciona? ¿Quién nos lo garantiza? De aquí que nuestro origen, las circunstancias de nuestro nacimiento, jueguen un rol tan central en nuestro psiquismo.

En nuestra sociedad, la situación ideal para el nacimiento de una niña o niño es que sea el fruto de una relación amorosa entre un hombre y una mujer que aceptan ser padre y madre respectivamente. Pero no se trata de cualquier hombre y cualquier mujer. Como todos sabemos, no pueden ser padre e hija, por ejemplo; no pueden ser hermanos, y en fin, las restricciones pueden hacerse cada vez más idiosincráticas según los distintos estratos sociales.

No es de extrañar, entonces, que en la oficina del terapeuta emerja el tema con dramatismo, como en aquella mujer de unos treinta años, elegantemente vestida, exitosa social y profesionalmente, que desencajada me dice: "Vengo porque soy hija natural y nadie lo sabe", para luego relatar que su apellido no es el de su padre biológico y desplegar sus grandes contradicciones emocionales al respecto. O, como aquel nieto confidente de su abuela que le revela que ella es hija natural, enterándose de que sus bisabuelos nunca se casaron, quedando a cargo de un secreto familiar que lo privilegia y lo segrega (al menos del resto de sus primos, y quizás tíos).

III.VOCES PÚBLICAS: COMPLEJIDADES DEL SENTIR SOBRE EL PROPIO NACIMIENTO

Quiero traer aquí las voces de personajes públicos, así no traiciono ninguna confidencialidad profesional, que nos muestran las complejidades

del sentir humano, en relación a las circunstancias de su nacimiento.

Todos sabemos que don Bernardo O'Higgins fue hijo extramatrimonial. Habría que recordar que nació de una relación clandestina entre una mujer criolla de 18 años y un hombre más que cincuentón, funcionario de la monarquía española. Dejemos el relato a cargo del historiador Jaime Eyzaguirre:

“Tenía apenas 18 años cuando pasó el coronel O'Higgins por la estancia de Palpal, y la contextura sanguínea del maduro oficial tuvo estremecimientos de adolescencia ante la muchacha ardiente de pelo azabache y mirada azul. Las visitas comenzaron a menudear, y el irlandés -probado estratega al fin- puso sitio a la plaza, que acabó por rendírsele. Así se deshojó el honor de la ardiente e irreflexiva Isabel en las manos de ese hombre terco, que excedía en más de diez años de edad al padre de ella y que la había halagado con promesa formal de matrimonio. (5)

“Hubo una pausa de vergüenza y desengaño, de profunda desolación y abandono. Y con este exordio triste vino al mundo en Chillán, el 20 de agosto de 1778, en el seno de una familia modesta, donde Isabel había ido a refugiarse, un infante que recibió por nombre el de Bernardo, santo del día. Todo ocurrió dentro del mayor sigilo, e igual secreto rodeó los primeros pasos del niño. No tuvo más hogar que el humilde que lo vio nacer; pero fue criado con holgura y una mano lejana quiso descargar su conciencia proveyendo religiosamente a su manutención. (5)

“Apenas ha cumplido un año al frente de la intendencia de Concepción y ya el monarca le ha exaltado a la primera magistratura, confiándole el gobierno de la capitanía general. Cuántos españoles de alcurnia envidiarían lo que él, extranjero sin influencias, ha conseguido por su tesón, su la-

boriosidad incansable y su espíritu leal a la corona. Al fin, no despreció ocasión para mostrarse eficiente cuidador de los intereses reales y supo eludir con tino todo compromiso u obstáculo capaces de derrumbar su escala de ascensos ininterrumpidos. ¿Qué sería de él, por ejemplo, si cediendo a los impulsos del corazón hubiera ligado su suerte a la de la bella criolla Doña Isabel Riquelme de la Barrera? Contravenir la prohibición real de celebrar matrimonio con mujer del país era cortarse la carrera. Y los fríos cálculos de su cabeza de ingeniero pudieron más que las póstumas tentaciones de un corazón envejecido. Pero quedaba siempre en pie ante su conciencia, como acusación ineludible, el fruto de esa palabra empeñada y no cumplida. El hijo estaba allí, condenándole con la sola existencia. Ante su recuerdo, el cálculo deshumanizado se detuvo con respeto. Y un sentimiento, si no de ternura, al menos de culpabilidad, le arrancó la promesa de asegurar el porvenir de la criatura que durante toda su vida cargaría injustamente con la marca de su pecado”. (5)

Éstas son las circunstancias del nacimiento del Libertador de Chile, a las cuales él se refiere en carta a José Joaquín de Mora el 8 de junio de 1834, es decir, cuando tenía 55 años:

“Si un charlatán aristócrata se ha repletado al decir que mi nacimiento fue obra de la casualidad, sin duda para dedicar a esta obscura deidad las glorias de Chile, yo puedo asegurar que desde que tuve el uso de mi razón, mi alma conocía otra filosofía más engrandecida, que representaba mi nacimiento, no para mí mismo, sino como de mi Soberano Creador, para la gran familia del género humano y para la libertad de Chile, mi tierra natal.” (5)

¡Cómo trasunta este texto la necesidad y derecho del ser humano a dignificar y valorizar su nacimiento y defenderse de la estigmatización y el desprecio!

Pero la historia se repite, y él mismo es padre de un hijo extramatrimonial, “adulterino”, según la discriminatoria clasificación legal ya derogada.

Eyzaguirre describe la vida cotidiana de don Bernardo en su destierro en Perú, en una visita que le hiciera el general chileno don José María de la Cruz.

“Cruz, por su parte, no cesaba de admirar los rasgos sencillos y patriarcales de la vida hogareña de O’Higgins. Le resultaba conmovedor ver a ese hombre que había alcanzado los más altos rangos del honor y del poder, sentado en la mesa, junto a las muchachas indígenas que había traído de Chile y dando de comer en sus rodillas, con solicitud cariñosa de abuelo, al chico de la pehuenche. Pero a la vez le sorprendía la forma en que ocultaba en público la existencia del propio hijo, Pedro Demetrio. ¿Era esto cosa de pudor? ¿O una revancha inconsciente al duro trato paterno recibido en su lejana juventud? Cruz lo ignoraba, pero un día que notó en la mesa un asiento vacante, no se resistió a decir a Don Bernardo: “General, parece que se han olvidado llamar al dependiente, creyéndolo tal vez fuera... Lo acabo de ver en la puerta interior del almacén”. O’Higgins, sin darse por aludido, le respondió con naturalidad: “No, general, come siempre en su cuarto a distintas horas que nosotros, por motivo de sus ocupaciones. La silla que ve vacante era para su ayudante, que ayer asistió a la mesa, creyéndolo que seguía mejor, pero acabo de verlo y, encontrándolo peor, le he dicho que no deje la cama, pues no es tan contenido como usted.” (5)

Trágico ejemplo de historias familiares en que una pauta de comportamiento se traslada de generación en generación, tal como nos toca a menudo conocer a los terapeutas familiares.

Y al igual que su padre don Ambrosio, al momento de extender su testamento, estando gravemente enfermo, según Eyzaguirre, “instituye a doña Rosita (su hermana) heredera del remanente de los bienes que queden después de cubiertos ciertos encargos secretos. El más importante de éstos es el de entregar buena parte de su haber a Pedro Demetrio, que como hijo adulterino queda excluido de la herencia legal”. (5)

Veamos brevemente lo que otro personaje de nuestra historia vive en relación al tema. Don Diego Portales, cuya vida privada los historiadores han recogido, dejó un abundante espistolario donde expone su punto de vista en relación a la sexualidad, las mujeres y el matrimonio. Se casó y envió a una prima suya, circunstancia que puede haber influido en su renuencia a contraer segundas nupcias, hecho que, sin embargo, no le impidió dejar descendencia.

En una carta escrita en Lima, donde vivió un tiempo probando suerte en los negocios, escribe:

“Nos retiramos de la tierra del oro más pobres que cuando salimos de la tierra de la miseria. Dejamos, en cambio, hijos y amores, pero una reputación sobrada y un crédito lleno de dignidad”. (6)

“Decididamente, prefiero las mujeres chilenas a las peruanitas: éstas son muy refinadas y muy falsas, muy ardientes y ambiciosas, muy celosas y desconfiadas y amaneradas. Vivo en compañía de Julia; pero estoy dispuesto a darle la patada. Vivir con mujeres es broma, sobre todo cuando son intrigantes. Nuevo cambio de tierras, nuevas aventuras de amores, amigo.” (6)

En un episodio ocurrido más adelante, y con otra mujer, don Diego se encuentra con un pleito encima y con la inminencia de un hijo; escribe:

“Si este pleito se alarga y el doctor no anda listo, no hay vuelta; tendré que cargarme con una mujer que de todo tiene menos de moral, y de un señorito que me echará en cara su desvergüenza”. (6)

Respecto a su larga relación con Constanza Nordenflycht, se explaya en lo que sigue:

“C.... es tesonera y sólo entiende estar a mi lado en la cama, no dejándome trabajar en nada. Las resultas ya podrá Ud. calcularlas, echando a este pícaro mundo un ser desdichado nuevamente. Una mujer tan vehemente como C...sólo espera de mí un amor sin término y no discierne sobre los quehaceres que debo atender en bien propio de ella. Arregle Ud. de la mejor manera esta importuna visita; que yo llamaré a C.... tan pronto como pueda estar con ella todo el tiempo que lo desee en mi dura cama. Avíseme hoy mismo el resultado. (6)

“Si hay algún bien en la vida, es el consuelo de tener un amigo a quien entregarse y que merezca este título sagrado. Tenga Ud. paciencia. Debe saber mis relaciones con Constanza Nordenflycht. No es del caso entrar en historia tan desagradable, y es que tendría que hacer yo mismo mi panegírico. Sabe Ud. que tengo dos chicos de ella: que quiero y compadezco a la que está en el colegio y que a más no está fuera de mi deber propender a hacerla feliz en cuanto pueda. Declaro a Ud. también que no he contraído obligación alguna con su madre, y que para la puntual asistencia que ha recibido siempre de mí, no he tenido otro móvil que mi propio honor, la compasión y el deber de reparar los daños que hubiese recibido por mi cau-

Podríamos decir que, en nuestro medio, la madre da la vida y el padre da el nombre.

sa. Después de estos antecedentes, debo poner en su noticia que ella se halla gravemente enferma y que la escarlatina puede concluir de un momento a otro con sus días: quiero hacer menos desgraciados a los inocentes frutos de mi indiscreción y juventud, casándome con la madre en artículo de muerte y, al efecto, cuando llegue el caso será Ud. avisado por los facultativos o uno de ellos para que se presente a representarme y contraer en mi nombre; para esto remito a Ud. el poder necesario.

“Debo prevenirle que formada mi firme resolución de morir soltero, no he tenido embarazo y he estado siempre determinado a dar el paso que hoy le encargo; pero con la precisa calidad de que la enferma no dé ya, si es posible, señales de vida; hace como cinco años estuvo desahuciada y abandonada de los médicos y hasta del ministro que la auxiliaba; hice varias tentativas para dirigirme a su casa con este mismo objeto; pero me fue imposible vencer el temor de que sobreviviese a aquella enfermedad” (6)

Este matrimonio en artículo de muerte no se efectuó, y Constanza lo sobrevivió por pocos días, después de su trágica muerte. Su descendencia fue legitimada por un decreto del gobierno de la época. Así, el Estado chileno, haciendo una excepción al precepto legal, intentaba evitar que los traumas de don Diego (trancas, dirían ahora los jóvenes) recayeran sobre sus hijos; y se cumpliera su voluntad de protegerlos de una ley que los discriminaba por la circunstancia de su nacimiento.

El status de legitimidad de los hijos nos remite a la figura del padre y el ejercicio de su poder, de lo cual las dos historias traídas a colación son un buen ejemplo.

Sonia Montecinos, en su libro "Madres y huachos. Alegorías del mestizaje chileno", plantea una lectura interesante en relación a nuestro origen como pueblo. Dice: "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..." "La unión entre el español y la mujer india terminó muy pocas veces en la institución del matrimonio. Normalmente la madre permanecía junto a su hijo, a su huacho (La palabra proviene del quechua; designa tanto al hijo ilegítimo como al huérfano. Además, se utiliza para denominar al animal que se ha separado de su rebaño), abandonada y buscando estrategias para su sustento. El padre español se transformó así en un ausente. (7)

"La noción de huacho que se desprende de este modelo de identidad, de ser hijo o hija ilegítimos, gravitará en nuestras sociedades -por lo menos los datos para Chile así parecen indicarlo- hasta nuestros días". (7)

IV. CONCLUSIÓN

Los terapeutas sabemos que estas matrices culturales tienen un fuerte poder de influencia en las dinámicas familiares, de modo que sus transformaciones van a producir cambios en las relaciones dentro de la familia.

El que se haya modificado la legislación y se hayan reconocido los mismos derechos a todos los hijos, además de permitir la investigación de la paternidad, espero que sea un estímulo para que la decisión de traer un niño o niña al mundo, sea un acto cada vez más responsable y reflexivo. Las historias de las personas revelan la necesidad y el anhelo de tener un padre presente, accesible, conocido. Podríamos decir que en nuestro medio la madre da la vida y el padre da el nombre. Garanticemos entre todos que se satisfaga esta necesidad básica de nuestros hijos e hijas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Familia y personas, Coordinación Enrique Barros Bourie. Ed. Jurídica de Chile.
2. Informe de la Comisión Nacional de la Familia, Servicio Nacional de la Mujer, 1993.
3. Notas sobre familia y legalidad en Chile, Carlos Peña González, De familias y terapias, mayo 1994.
4. Convención sobre los derechos del niño, 1989.
5. O'Higgins, Jaime Eyzaguirre. Ed. Zig-Zag, 1946.
6. Dos Hombres, Domingo Melfi. Ed. Nascimento, 1937.
7. Madres y huachos. Alegoría del mestizaje chileno. Sonia Montecino. Ed. Cuarto Propio - CEDEM, 1991.

LA LEY SOBRE DELITOS SEXUALES: MODIFICACIONES E IMPLICANCIAS

*Elías Escaff**

Las modificaciones que dieron origen a la nueva Ley de Delitos Sexuales consideran la existencia mayoritaria de una relación significativa entre el agresor y la víctima del abuso sexual, así como la escasa denuncia de este tipo de delitos. Las principales modificaciones de la ley son la modificación del tipo penal de violación; la eliminación de la figura penal del rapto; la readecuación del estupro; las modificaciones a la figura de sodomía; el reemplazo del delito de abuso deshonesto por el de abuso sexual; el establecimiento de la violación conyugal y modificaciones procesales diversas. Todo esto promueve y facilita una mayor protección de las víctimas y aumenta la posibilidad de denuncia.

En primer lugar, quiero agradecer a la Universidad que me ha formulado esta invitación para exponer sobre un tema que está hoy muy en boga a raíz de los últimos sucesos de chicos abusados en el ámbito de la sexualidad. Quiero, a la vez, solicitar la comprensión de ustedes, y muy especialmente de los abogados que están aquí en la sala, porque referirse a la Ley de Delitos Sexuales no siendo abogado me parece casi una osadía, de manera que más que hacer un análisis profundo o doctrinario de lo que es esta ley, voy a analizar aquellos aspectos más generales de ella y las implicancias que tiene esta nueva legislación.

El Centro de Asistencia a Víctimas de Delitos Sexuales, CAVAS, único centro de este tipo en el país, participó activamente en las modificaciones legales que comentamos. Gran parte de nuestras

ideas y sugerencias fueron consideradas en este proyecto, de manera que en términos globales, nos dejó bastante satisfechos su promulgación.

I. ASPECTOS NOVEDOSOS CONSIDERADOS POR LA NUEVA LEY

¿Cuáles son las cosas fundamentales que modifica esta nueva ley? En general, me parece que esta nueva ley regula de manera más completa, precisa y armónica todas las figuras delictivas en el ámbito de la sexualidad. Con ello, va creando nuevos delitos, y redefine algunos ya existentes en la ley anterior, en el código penal, de manera más clara y precisa. Asimismo, en general consi-

* Psicólogo. Director del Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales, CAVAS

dera un aumento de las penas en relación a la sanción a los agresores sexuales.

1. Mayoritaria Relación Significativa entre el Agresor y la Víctima de Abuso Sexual.

Fundamentalmente, un aporte de esta ley es que tiene una especial consideración por ciertos aspectos que no eran conocidos o no fueron pensados cuando se dictó nuestro código penal en el siglo antepasado. Así, en primer lugar, las investigaciones actuales nos permiten tener clara conciencia de que en el abuso sexual, las víctimas son básicamente menores de edad. Y, por otra parte, en el abuso existe por lo general un vínculo importante entre la víctima y el agresor. Por ello, el estereotipo que tenemos o teníamos respecto al abuso sexual de una adolescente que en la noche se le ocurría -o mal ocurría- cruzar una cancha de fútbol sola y aparecía un sujeto de entre los matorrales y la tomaba a viva fuerza, la llevaba a otro sector y abusaba de ella, la verdad es que existe, pero en realidad es muy escaso. Ese estereotipo antiguo no reproduce en absoluto lo que es hoy día el abuso sexual. De hecho, hoy el abuso sexual es cometido por personas que en general pertenecen al propio grupo familiar o son más bien conocidas para las víctimas. Es así como, de acuerdo a nuestras estadísticas, sólo el 10% de los casos caen dentro del ámbito de lo no conocido por las víctimas. En este sentido, esta legislación contempla de mejor manera estos aspectos, en la medida en que hay investigaciones que nos han permitido demostrar esta realidad, y no la que se denunció hace algún tiempo.

De acuerdo al último estudio de victimización realizado en nuestro país, el 21,4% de los delitos sexuales son denunciados.

2. Escasa Denuncia de los Delitos Sexuales.

En segundo lugar, otro aspecto que toma también en consideración esta ley es uno de los problemas graves que se han descubierto y conocido hace ya cierto tiempo, y es que de todos los delitos, probablemente los menos denunciados corresponden a todos aquellos que están dentro del ámbito de la sexualidad, la llamada cifra negra. Es decir, delitos que ocurren y no son conocidos por la autoridad respectiva.

Se trata de un estudio realizado en la región metropolitana el año pasado, durante el mes de octubre, y sus resultados confirman nuestras apreciaciones e investigaciones de esta índole realizadas en otros países, en el sentido de la esca-

sa denuncia de este tipo de casos. Nosotros pensamos, incluso, que hay diferencias entre los abusos sexuales de diferente tipo, en términos de la cifra negra: Si pudiéramos hacer una clasificación general en relación al vínculo entre el agresor y la víctima, podríamos decir que hay abusos intrafamiliares en donde la proporción de denuncias es de 1 a 8, ó 1 a 10. O sea, se conoce uno por cada 8-10 casos. En el caso de violaciones o relaciones incestuosas, en las que participan los propios padres, probablemente la proporción es mucho más alta aún.

Cuando efectivamente el agresor forma parte de las relaciones sociales y no familiares de la víctima; es decir, son conocidos, es el sujeto que transporta al niño escolar, el sujeto que tiene un quiosco en la esquina del barrio, o el vecino, la proporción de denuncia es de 1 a 4 ó 5 casos. Así, los

casos que más se denuncian son probablemente aquellos en que no hay una relación entre la víctima y el victimario. En el caso de los agresores desconocidos para las víctimas, suponemos una relación de denuncias de 1 a 2 ó 1 a 3. De todos modos, en términos globales, podemos decir que las tasas de denuncias no sobrepasan más allá del 21,4%.

De acuerdo a una encuesta internacional de victimización realizada el año pasado, de todos los delitos que se logró detectar, el único que sobrepasa las tasas de denuncias del abuso sexual corresponde a los fraudes al consumidor. Muchas veces nos damos cuenta de que nos hacen lesos, que abusan de los precios, que están mal etiquetadas las cosas que compramos, etc., y esos delitos tienen la menor tasa de denuncia. Pero, todos los otros delitos, los robos con intimidación, robo con fuerza, robo de automóviles, y todos los otros delitos que conocemos habitualmente, tienen una tasa mayor de denuncia.

Este problema es un elemento central dentro de la nueva legislación, ya que ésta produce un incentivo a la denuncia.

II. PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA LEY

1. Modificación del Tipo Penal de Violación

¿Cuáles son las principales innovaciones de esta ley de delitos sexuales? En primer lugar, se modifica el tipo penal de violación. Históricamente, el delito de violación ocurría sólo en las mujeres; es decir, el sujeto pasivo en términos legales, la víctima, sólo podía ser mujer, y el sujeto activo -el agresor- sólo podía ser hombre. También, el verbo rector de esta figura delictiva era el concepto de yacer, entendido como la cópula. En reali-

dad, aun cuando se hablaba del principio de ejecución en el sentido de una aproximación que podía ser interpretada como ineludible para llegar al acto sexual, el término yacer es un término ambiguo, un término complejo, que fue desechado en la última legislación. Hoy día, se habla simplemente de acceso carnal, y se entiende el acceso carnal como penetración. El sujeto pasivo puede ser tanto un hombre como una mujer víctima, y el sujeto activo hoy día, con la nueva legislación, puede ser tanto un hombre como una mujer. Más aún, la vía de penetración histórica o comprendida en la antigua legislación en la violación era sólo la vagina. En el caso actual, la violación contempla la ampliación a lo que corresponde a la zona bucal, y también por supuesto a la zona anal, de manera que aquel que accede carnalmente por cualquiera de esas vías -oral, anal o genital- sobre un hombre o sobre una mujer, donde participe un hombre o mujer como sujeto activo, se incluye dentro del concepto de violación.

Como pueden ver, el concepto entonces es bastante amplio. Esto modifica de manera sustancial lo que eran los tipos delictivos, ya que antes muchas situaciones quedaban tipificadas sólo como abusos deshonestos. Por ejemplo, el caso de una mujer que era penetrada por vía anal, hoy día cabe dentro del concepto de violación, y antes era simplemente designada como un abuso deshonesto. También se desechó este término de abuso deshonesto.

De esta manera, me parece que existe una mayor justicia en el sentido de que las consecuencias en las víctimas de cualquier tipo de penetración, oral, vaginal o anal, son básicamente las mismas, y estos efectos no dependen en absoluto de la vía utilizada para la penetración. Si las consecuencias en las víctimas son las mismas, nos parece que la antigua distinción no obedecía a una razón de justicia.

2. Eliminación de la Figura Penal del Rapto

En segundo lugar, el rapto era una figura que estaba también tipificada y que se ha eliminado. Con esto se permite que esa conducta hoy día sea sancionada simplemente como secuestro, hecho sancionado con una penalidad superior y que se hace aplicable tanto a hombres como a mujeres. En la antigua legislación el rapto sólo era posible de efectuar en un caso de mujeres, y además, se daban dos exigencias que eran bastantes ridículas a la altura de nuestro desarrollo, en el sentido de que tenía que ser una persona que no tuviera experiencia sexual y que, además, debía tener “buena fama”. Hoy esos conceptos están absolutamente obsoletos, de manera que simplemente se eliminó el rapto y se usa la figura del secuestro para este tipo de delito.

3. Readecuación del Estupro

En el caso del estupro, este delito se readecua; es decir, a fin de permitir su efectiva vigencia se define como la realización del acto sexual aprovechándose de la inexperiencia sexual de la víctima o de una situación de prevalencia o de autoridad frente a ella, pudiendo ser las víctimas personas de uno u otro sexo y que están comprendidas entre la edad de 12 a 18 años.

En el caso de los menores de 12 años, se supone que el delito que se aplica es simplemente de violación, porque la violación exige en su acápite fundamental actuar con fuerza, con violencia física, con algún modo de privación de razón por parte de la víctima. Suponemos que los menores de 12 años no tienen la capacidad para decidir acerca de la actividad sexual, y ahí entramos a otro concepto: el de preservar no sólo la libertad sexual, sino que también la indemnidad sexual, en el sen-

tido de cuidar o proteger el adecuado desarrollo psicosexual de los niños. De esta manera, cuando un niño de 12 años, cualquiera que sea su identidad sexual o de género, participa de una relación sexual, aun cuando consienta el hecho, ella es catalogada simplemente como violación.

El estupro, entonces, toma entre los 12 a los 18 años, cuando se hace uso o mal uso de la experiencia o inexperiencia de la víctima o cuando hay una situación de prevalencia o de autoridad frente a ella. En este sentido, aparecen dos tipos en el estupro: el estupro por prevalimiento se produce cuando se abusa sexualmente de otro en razón de 3 categorías: cuando el menor de 18 y mayor de 12 padece alguna anomalía o retardo mental, cuando existe una relación de dependencia, como es el caso de alguien que tenga en custodia o de un profesor, cuando hay un abuso de autoridad o cuando efectivamente la víctima está en un grave desamparo. Además, está el estupro por engaño, en que se pretende abusar de la víctima producto de la ignorancia o inexperiencia sexual.

Es destacable esta especificación de estupro, porque antes era tremendamente difícil probar el estupro, y la verdad es que la mayoría de estos casos quedaba simplemente en la impunidad, ya que no estaba ni siquiera tipificado con claridad.

4. Modificaciones de la Figura de Sodomía

El otro delito que se modifica es el de sodomía. La nueva ley sanciona únicamente las relaciones homosexuales cuando se trata de la participación activa de un sujeto mayor de edad con un menor. Noten ustedes que nuevamente la ley busca de alguna manera proteger el adecuado desarrollo psicosexual de los jóvenes. De esta manera, si una persona adulta quiere mantener relaciones homo-

sexuales, están absolutamente despenalizadas, siempre y cuando, por cierto, haya consentimiento por parte de ambos y no se produzca en lugares públicos. Así, hoy la sodomía existe sólo cuando hay un menor víctima, es decir, una persona bajo los 18 y sobre los 12 años, y esto como una forma de proteger el adecuado desarrollo de la sexualidad.

5. Reemplazo del Delito de Abuso Deshonesto por el de Abuso Sexual

Otro elemento importante que contempla la nueva legislación es que reemplaza la antigua figura de abuso deshonesto por el delito de abuso sexual. El concepto de deshonestidad se refiere a la sinceridad, y no es éste el tema en la sexualidad.

La ley actual establece 3 tipos penales diferentes, 3 tipos de abusos sexuales o acciones sexuales con contacto corporal que no implican la penetración (ya decíamos que si implica la penetración es violación, de manera que todos los contactos sexuales que no impliquen la penetración están considerados aquí). El primer tipo es un abuso sexual o acción sexual con contacto corporal, ejecutada por medio de la fuerza o utilizando o aprovechándose de la indefensión de la víctima.

El segundo caso es una acción sexual con contacto corporal que no implica penetración, pero está ejecutada con engaño o prevalimiento, con contacto corporal que implique penetración ejecutada con engaño o prevalimiento. Ambas conductas están agravadas cuando se trata de menores de 12 años, de manera que aun cuando se actúe sin fuerza, sin prevalimiento, sin engaño o sin aprovechamiento de la víctima, por tratarse de un menor de 12 años inmediatamente se aplica un aumento de la penalidad que actúa como un agravante para el sujeto.

En tercer lugar, está la acción sexual realizada a un menor de 12 años que no implica contacto corporal ni la utilización de un instrumento, pero que tiene significación sexual. Es decir, acciones sexuales que se realizan con los menores de 12 años y que tienen significación sexual, aunque no haya contacto corporal, sino simplemente significación erótica. Es el caso, por ejemplo, de hacer ver a alguien una película pornográfica o de escuchar alguna conversación telefónica de carácter obsceno. Ésta es una forma de cuidar y proteger el adecuado desarrollo de los menores. La nueva legislación ha agregado y sanciona, por supuesto, la utilización de un menor impúber en la producción de material pornográfico, de manera que si efectivamente se emplea a un menor de edad para la realización de películas pornográficas, hoy día efectivamente es sancionado. Si este material es difundido, se aplicarán al autor dos sanciones diversas: una por la utilización del menor y otra por la incriminación del material. Antes estaba definido sólo lo que era la distribución del material pornográfico, pero hoy día la utilización de los menores está absolutamente tipificada.

6. Violación Conyugal

Esta nueva legislación también establece la posibilidad de violación conyugal, que yo diría que era interpretada un poco al arbitrio de los jueces en la antigua legislación. Había de hecho algunas personas que estimaban que el código civil prevalecía sobre el código penal, y de alguna manera, al estar casados, la mujer le debía "obediencia al marido", y otra serie de consideraciones bastante obsoletas. Hoy día la ley considera que una persona, aun cuando esté casada, conserva plenamente su libertad sexual y, desde ese punto de vista, es libre de aceptar o rechazar la posibilidad de tener relaciones sexuales con su cónyuge.

7. Ampliación de los Denunciantes

Esta legislación también amplía la gama de personas que pueden denunciar todos estos delitos. Ya hablábamos al principio de lo importante de la denuncia, porque es la única manera real de poder investigar y que estas situaciones no queden en la impunidad.

Anteriormente, los delitos sexuales podían ser denunciados sólo por las víctimas, los padres, abuelos o guardadores, cuidadores; tampoco los menores de edad podían hacer una denuncia de esta índole. La nueva legislación incorpora a educadores, a médicos y otras personas que tomen conocimiento del hecho en razón de la actividad profesional que ejercen, a que puedan hacer la denuncia de abusos sexuales a que estén siendo sometidos los niños.

Se establece también un agravante del delito de abuso sexual, cuando la persona que lo comete tiene el cuidado de los niños. Es el caso de los cuidadores o los profesores. Incluso los choferes que conducen a los niños en el vehículo de transporte escolar, en la medida en que están al cuidado de los niños en un momento determinado, son considerados con este agravante en el caso de cometer abuso sexual.

8. Facultades de los Jueces

Otras modificaciones tienen que ver con las facultades u obligaciones de los jueces durante el proceso. Por ejemplo, el valor que le otorga el juez a las pruebas: hoy día los tribunales y los jueces pueden actuar de acuerdo a la sana crítica en el sentido de poder aplicar una mayor flexibilidad respecto de los procedimientos que se establecen para valorar las pruebas. Esto quiere decir que los jueces pueden llegar a la convicción de que se

cometió un delito determinado sin que sea necesario que estén presentes todas las condiciones que establece el código penal para dar un pleno valor a la prueba que existe o a los instrumentos probatorios. Lógicamente que esto debe cumplir ciertos criterios, en la medida en que se debe llegar a un resultado racional y fundado sobre la regla de la lógica y de su experiencia como juzgador, o como sancionador. En síntesis, se le entrega al juez una mayor flexibilidad para interpretar las pruebas que aparecen en el desarrollo de la etapa sumaria y valorar las pruebas, sin llegar, por supuesto, a la arbitrariedad.

Otras modificaciones tienen que ver con la posibilidad de que el juez pueda decretar medidas de protección en favor de la víctima, orientadas principalmente en la suspensión de la cohabitación cuando se trate de un sujeto que vive en el propio grupo familiar. Es decir, decretar la expulsión del hogar del agresor. También, dentro de las medidas de protección o favorecimiento a la víctima, está la de solicitar la indemnización, incluso puede llegar hasta privar al agresor de la patria protestad, y conservar el pago de la pensión de alimentos cuando se trate de la figura paterna o los padres biológicos.

Estas medidas han quedado claramente establecidas y justificadas. Investigaciones recientes que hemos realizado en el ámbito del abuso sexual han señalado que el padre biológico es la figura más significativa en términos de los agresores. En el año 1998 hicimos un catastro de las personas inculpadas como agresores. De las 1000 víctimas que recibimos en el centro anualmente y de todas las figuras que aparecen allí, pensábamos en desconocidos, que era un 10%, o en padrastros, en tíos, abuelos, jardineros, el cocinero, etc. Pero en forma casi incomprendida por nosotros, la figura más significativa llegó a ser el padre biológico. Es así como el 17,8% de todos los agresores de

ese año correspondió al padre biológico. No al padrastro, como habitualmente cree la gente; no al conviviente de la madre; o al pololo de la madre, ese sólo alcanza entre un 5-6%, pero el padre biológico era el que efectivamente estaba más presente entre todas las figuras agresoras. De manera que esto de privar de la patria protestad y proseguir con todo lo que significa el pago de la pensión de alimentos, nos parece que tiene que ver con que hemos descubierto que ésta es la figura más significativa como agresor sexual.

El juez también debe adoptar todas las medidas necesarias para que todas estas diligencias sean llevadas a cabo con la más absoluta privacidad y respeto de la reserva y discreción de la víctima. Se reitera el concepto genérico de la privacidad. Los denunciados de estos delitos pueden solicitar que se reserve su identidad, de manera que no es necesario que quede constancia de quién es el que hizo efectivamente la denuncia. Esto resguarda realmente la posibilidad de ser descubierto o reconocido por el agresor.

9. Exámenes Ginecológicos

La otra modificación importante es que los exámenes gineco-obstétricos pueden ser realizados por cualquier centro asistencial, privado o público, con la misma validez que los que realiza el Servicio Médico Legal. Esto con el propósito de facilitar la agilidad de la toma de la prueba gineco-obstétrica que a veces es crucial en el desarrollo de la

investigación. A veces el servicio médico legal llegaba muy tardíamente, entonces la idea es que la posta asistencial, el consultorio privado o público efectivamente sean reconocidos como responsables de llevar a cabo esta petición, con una serie de exigencias al jefe de establecimiento y levantar un acta y una serie de cosas que no es el propósito mencionar. Pero sí, nos parece interesante también esa medida.

10. Eliminación del Careo Obligatorio

Finalmente, se elimina el careo entre los inculcados y la víctima, salvo que esta última realmente lo solicite. Ésta es una de las cosas que, como CAVAS, estábamos habitualmente solicitando a los jueces, ya que solía ocurrir que estuviéramos en el curso de un tratamiento de un menor de edad, víctima de abuso sexual, y a medida que transcurría nos dábamos cuenta de que también el proceso iba en paralelo y veíamos que costaba muchísimo avanzar en el desarrollo terapéutico. De pronto había importantes recaídas que coincidían con la presentación del niño frente a los tribunales. Hoy día esto ya no es necesario solicitarlo, sino que simplemente se puede ejercer el derecho de no ir al careo. La nueva ley permite así una mayor protección de la víctima, al eliminar esta instancia tan traumática que genera una victimización secundaria al tener que verse expuesto reiteradamente a la presión del agresor. Es necesario decir que en el último tiempo los jueces habían estado manifestando una mayor sensibilidad a este tema y prácticamente en todos los casos se aceptaba la negación del careo. Sin embargo, hoy este derecho es ley.

III. PRINCIPALES IMPLICANCIAS DE LA NUEVA LEY

En mi opinión, efectivamente, esta nueva legislación considera medidas que protegen a las víctimas: por una parte reitera instrucciones sobre la reserva de la identidad de las víctimas, generalmente menores. Por otra, la ley contempla la exclusión del sujeto agresor del hogar. En este sentido, señalaba ya que, en muchas ocasiones, la figura agresora más típica es el padre. Anteriormente solía suceder que el niño abusado tenía que ser excluido del hogar; hoy día hay una protección hacia la víctima, y el padre -en caso de ser el agresor- es el excluido de la casa. Por último, la ampliación de la nómina de personas facultadas para denunciar y la eliminación del careo obligatorio -con la victimización secundaria que produce- son otros aspectos relevantes que mejoran la protección de las víctimas.

En segundo lugar, otra implicancia importante de esta nueva legislación, es la generación de la figura penal del acceso carnal, vía oral, anal o vaginal. Esta nueva figura viene a reparar una injusticia, en el sentido de que hoy día se toman en cuenta las consecuencias psicológicas y sociales que tienen las víctimas, que no son -como ya decíamos- muy distintas si la penetración es oral, anal o vaginal: el traumatismo, el conflicto, el trauma, la fractura, y el desarrollo de la historia de vida de las víctimas en realidad no es distinta de acuerdo a las diferentes vías de penetración; de manera que si los estragos que produce el delito son más o menos semejantes, la verdad es que no tiene por qué haber tipos distintos.

Una implicancia importante que tiene esta nueva ley, es que permite una mayor protección de la víctima.

En tercer lugar, otra implicancia que tiene esta nueva ley es que considera las características actuales del delito sexual en el sentido de que las investigaciones han demostrado que hay un predominio de agresores sexuales intrafamiliares o conocidos para la víctima. Y en este sentido, la existencia de este vínculo de alguna manera constituye una especie de agravante, porque efectivamente los daños que se ocasionan en las víctimas, cuando los agresores son sujetos conocidos para ella, no sólo van en el ámbito de la sexualidad y de los aspectos sociales, sino que efectivamente lo que se destruye es el vínculo. Lo que se destruye es la actitud básica de confianza frente a la gente, de manera que indudablemente el daño que ocasionan los delitos intrafamiliares, sobrepasa al daño que provocan los sujetos desconocidos. La ley contempla una especial preocupación por el daño que no es exclusivo del ámbito de la sexualidad, sino que de la percepción de protección, de la expresión, de la pérdida de este vínculo con el sujeto que habitualmente es el cuidador o teóricamente el protector.

Diría que ésas son las implicancias fundamentales de la nueva Ley de Delito Sexual. Hay, sin embargo, una consideración última: el veto presidencial. Pienso que en esta materia aquí debe haber discrepancias, pero voy a dar a conocer cuál es mi posición. La verdad es que el veto presidencial apuntaba a la restricción de medidas alternativas a las penas privativas de libertad para agresores de los delitos considerados en el 362; o sea, en la violación impropia y en la violación seguida con homicidio. Además, el veto presidencial tenía que ver con la imposición de ciertas condiciones muy particulares para la obtención de beneficios penitenciarios, sujetos que ya eran condenados y

que tenían que acogerse a algunos tipos de beneficios para obtener la salida dominical o las salidas diarias. Nosotros creemos que -y aquí sí que no se me puede hacer ninguna imputación en el sentido de que no tengo o no he tenido históricamente una posición pro víctima-, si bien es cierto que debemos proteger a la víctima, que habitualmente se trata de menores de edad, tampoco se trata de enseñar o asumir una actitud muy protagónica en contra del agresor sexual. La verdad es que no creo que las fórmulas adoptadas por otros países, en el sentido de asumir una actitud primitiva, excesiva, modifique en absoluto la historia de los abusos sexuales. Yo creo que la fórmula no debe ser la sanción penal estricta o alta cuando ya el delito sexual es una de las penalidades altas. Parece más bien que la fórmula en este sentido tiene que ver con la prevención, la educación o el cambio cultural.

El veto presidencial nos deja sin la posibilidad de rehabilitar a los sujetos agresores, cuestión importante, sobre todo cuando se trata de los intrafamiliares. Hace un par de años, en un congreso de criminología, vino un belga muy importante en el ámbito de la victimología en el mundo, Rody Peters, que nos decía que era posible la mediación en el ámbito de la agresión sexual. En esa época a nosotros se nos paraban de punta los pelos con esta idea: ¿cómo vamos a hacer una mediación cuando un padre agrede sexualmente a una hija, comete incesto con ella! Y él decía que era factible. Bueno, todo ello queda absolutamente fuera con lo que es el veto presidencial; no tenemos ninguna posibilidad de preocuparnos de la rehabilitación de este sujeto y sabemos que las rehabilitaciones en este ámbito son factibles. Son muy difíciles. En general, los agresores sexuales tienen un pro-

nóstico sombrío, de manera que los equipos interdisciplinarios evitan trabajar en esta área y es mucho más satisfactorio trabajar con víctimas, porque ellas en general tienen una mejor y rápida mejoría. Pero en el caso de los agresores sexuales es bastante frustrante. Aun así, nosotros creemos en la rehabilitación. Hace un par de años hemos actuado, hemos trabajado en lo que es la agresión sexual cuando se trata de un sujeto que está vinculado a su víctima, por el interés de la víctima. Cuando el agresor ha sido el padre o el padrastro lo hemos incorporado en nuestros planes de tratamiento y efectivamente hemos tenido algunos casos extremadamente importantes que nos han hecho cambiar nuestra perspectiva, pensando que la rehabilitación sí es posible, y también es posible reestructurar las formas vinculares al interior de la familia. Pero, el veto presidencial, la verdad es que nos deja sin esa posibilidad.

Pienso que han sido muy estrictos y que han sido más bien argumentos de carácter emocional o argumentos revanchistas los que han generado este veto. Pero los que estamos trabajando en esta área -e insisto, no pueden acusarme de ser contrario a las víctimas, porque estuve, junto a otras personas, en la creación del primer centro victimológico en el país- pero no es justo tampoco que procedamos de una manera tan enérgica frente al agresor. Sobre todo que hoy nos damos cuenta de que la víctima y el agresor no son dos caras tan distintas, las separaciones entre actuar como víctima o actuar como agresor, la verdad es que son tenues, las diferencias casi no existen; estamos a veces jugando el rol de víctimas, y otras veces estamos jugando el rol de agresores y considerando también que muchos de los agresores; en algún momento también fueron víctimas de algún tipo de abuso.

LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: VISIÓN PRÁCTICA DE SU APLICACIÓN

Evaluación y propuesta de modificaciones. Políticas de prevención desarrolladas por el SERNAM.

*Imay Ortiz**

La Ley de Violencia Intrafamiliar, vigente desde 1994, ha mostrado tener ciertos aspectos deficientes en su aplicación, que implican un alto grado de desprotección e indefensión de las víctimas de violencia intrafamiliar y la impunidad de los ofensores. Por ello, el SERNAM ha preparado una modificación de la ley, que corrige las deficiencias observadas. Asimismo, se reconoce a la ley el haber sido un avance en el reconocimiento de la existencia e ilegitimidad de la violencia al interior de la familia. El SERNAM trabaja en un completo plan de prevención que se desarrolla en diversos niveles.

I. ANTECEDENTES

La entrada en vigencia de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, en agosto de 1994, constituyó, sin duda, un gran avance en el reconocimiento de la ilegitimidad de la violencia como modo de relación y de resolución de conflictos al interior de las familias. En este sentido, representa un valioso ejemplo del efecto preventivo de las leyes, tanto en su dimensión negativa como positiva. En efecto, esta ley, por un lado, previene a los eventuales agresores señalándoles que la violencia física o psicológica al interior de la familia será castigada, y por otro, ofrece a las víctimas protección y reparación, devolviéndoles de esta manera su confianza en el sistema de justicia. Sin embargo, para que este efecto preventivo se produzca, es necesario que las leyes, y en especial la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, se apliquen en forma efectiva y eficiente. Para ello se requiere:

- a) Una norma adecuada en términos técnicos; es decir, que otorgue herramientas jurídicas eficaces a los jueces, la policía y otros actores involucrados en su aplicación, con el objeto de poder solucionar el conflicto, proteger a las víctimas y sancionar adecuadamente a los agresores;
- b) Que los actores involucrados en su aplicación tengan conocimiento y sensibilidad sobre las complejidades de este tema, el cual no sólo es un conflicto que se da en la intimidad de la relación familiar, sino que repercute enormemente en distintos ámbitos de la vida social;
- c) Que la sociedad en su conjunto tome conciencia del carácter social y sistémico de este problema y contribuya a su prevención, sanción y erradicación, a través de la denuncia oportuna y el desarrollo de conductas y relaciones no violentas en el ámbito de la familia.

* Abogado SERNAM.

Luego de cinco años de aplicación de la Ley de Violencia Intrafamiliar, reconociendo el enorme logro que significó su sola entrada en vigencia, podemos concluir, con la información y experiencia que nos han entregado diversos estudios de seguimiento, que tanto la ley como las políticas de prevención y atención de las víctimas deben perfeccionarse y profundizarse.

I.- PRINCIPALES DEFICIENCIAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Los estudios referidos han dado cuenta de numerosas dificultades en la aplicación de la ley, dentro de las cuales podemos destacar las siguientes:

Denuncias: El 95% de las denuncias son presentadas por la persona afectada. Un mínimo porcentaje es presentada por parientes, vecinos o amigos. Esto es especialmente preocupante en el caso del maltrato infantil en el ámbito familiar, debido a que las denuncias por estos hechos sólo corresponden a casos en que la madre denuncia violencia hacia ella y sus hijos. Casi no existen denuncias sólo por violencia hacia los niños.

Carabineros: A pesar del intenso trabajo que se ha realizado hacia la policía en materia de sensibilización e información, aún existe cierta resistencia para recibir la denuncia: se limitan a dejar una constancia, la cual no tiene continuidad judicial, afirmando que los hechos no constituyen violencia intrafamiliar. Esto impide la iniciación del procedimiento, lo que en los hechos representa una denegación de justicia.

Exigencia de ratificación: Los Tribunales, en forma reiterada, exigen este trámite no contemplado en la ley, lo cual dilata la continuación del proceso. No obstante, muchas veces la ratificación se hace

necesaria porque los partes de la policía no contienen un registro completo o preciso de los hechos, presentan errores en la individualización y domicilio de las personas afectadas y del grupo familiar, etc. Eso retrasa el procedimiento e incrementa el riesgo de la víctima.

Oficinas de Violencia Intrafamiliar: En este sentido se valora altamente la existencia de las Oficinas de Violencia Intrafamiliar implementadas en las Cortes de Apelaciones de Santiago, Valparaíso y Concepción, las que complementan la información de las denuncias e informan a las víctimas.

Medidas de Protección: A pesar de que la ley faculta a los jueces para dictar medidas de protección a la víctima y el grupo familiar desde el momento mismo de la presentación de la denuncia o demanda, los jueces rara vez las decretan, esperando “oír” previamente al agresor, lo que también aumenta el riesgo de la víctima, habiéndose registrado casos dramáticos en que la víctima ha sido muerta o gravemente lesionada por la falta de protección adecuada.

Notificaciones: Las notificaciones, especialmente la que cita al primer comparendo, no se realizan oportunamente por los funcionarios judiciales encargados de hacerlo (normalmente los receptores), lo cual se debe en parte a la recarga de trabajo, la lejanía de los domicilios, y fundamentalmente a que es realizada por los receptores de turno en forma gratuita, lo que hace que estos funcionarios no las prioricen. Esta dilación en la notificación produce que muchas veces la audiencia fijada no pueda llevarse a cabo, por lo que el agresor logra retardar el proceso y la dictación de medidas de protección. Además, y a pesar de que los denunciantes señalan el domicilio laboral del agresor, existe una resistencia de parte de los receptores para notificar en dicho domicilio.

Privacidad y Reserva: Los tribunales, por regla general, no reúnen las condiciones mínimas de privacidad o reserva, especialmente necesarias en este tipo de procesos.

Escasa Participación Directa de los Jueces: Los jueces rara vez intervienen directamente en las audiencias y demás trámites del proceso, delegando las actuaciones a personal subalterno, los cuales deben atender estas causas dentro de muchas otras.

Falta de Personal Idóneo: Los funcionarios/as judiciales encargados de atender estas causas, por regla general, carecen de la capacitación necesaria acerca de la Violencia Intrafamiliar, su complejidad, el carácter cíclico y en escalada que presenta y el consiguiente riesgo para la víctima.

La Conciliación: Esta instancia es entendida como “reconciliación”, privilegiando la mantención de la unión familiar por sobre la salud e integridad física y psicológica de las personas afectadas. La conciliación se basa en simples “pactos de no agresión”, lo cual implica desconocer que la relación de violencia se funda en un patrón de conducta abusiva que forma parte de la dinámica familiar y que no es posible modificar con una simple declaración de intenciones.

La conciliación es la forma en que se pone término a los procedimientos de Violencia Intrafamiliar en un 92,5% de los casos, en el entendido de que es la forma más rápida de terminar el procedimiento, pero no resuelve el problema de la Violencia Intrafamiliar.

Falta de Control y Seguimiento: No existe seguimiento, ni de los acuerdos alcanzados en las conciliaciones, ni de las medidas de protección decretadas, ni de las sanciones aplicadas, por lo cual

no puede determinarse si en definitiva los acuerdos y/o medidas han sido eficaces para detener la violencia. Los jueces tampoco delegan este seguimiento a otras instituciones señaladas en la ley, debido a que no se encuentran implementadas.

Incumplimiento de Plazos: Rara vez se cumplen los plazos establecidos en la ley, lo que desvirtúa la aspiración original a que el procedimiento fuera rápido y eficaz.

Sentencias: El número de sentencias es escaso, debido a la generalidad de las conciliaciones. Por otra parte, del escaso número de sentencias dictadas, muchas de éstas absuelven al agresor, ya que la prueba es defectuosa y escasa, debido en parte a la pasividad propia de los Tribunales Civiles, y también a la poca información de los/as usuarios/as de la ley.

Sanciones: La sanción que comúnmente aplican los jueces corresponde a la asistencia a programas terapéuticos. Sin embargo, los jueces no realizan un seguimiento acerca del cumplimiento y resultados de la sanción. En cuanto a la posibilidad de conmutar la sanción por trabajos en beneficio municipal, aún no se han implementado en ningún municipio.

Insuficientes Lugares para el Apoyo y Rehabilitación de las Víctimas y Ofensores: Esta insuficiencia dificulta la derivación para el cumplimiento de las sanciones y las medidas de protección.

Considerando las dificultades descritas, que manifiestan el alto grado de desprotección e indefensión de las víctimas de Violencia Intrafamiliar y la impunidad de los ofensores, el Sernam ha preparado una modificación a la actual Ley de Violencia Intrafamiliar.

II. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

- Se incorpora un Título Preliminar en el cual se señalan expresamente los principios en los cuales se inspira la ley. Dentro de éstos, destaca la declaración explícita de una Política de Estado tendiente a prevenir y erradicar la Violencia Intrafamiliar, y la referencia expresa a los principios procesales que deben regir el proceso, con el objeto de impulsar una mayor actividad del Juez que conoce de la causa.
- Se impulsará la existencia de una Oficina de Violencia Intrafamiliar en cada ciudad asiento de Corte de Apelaciones, recogiendo la positiva experiencia de las oficinas ya establecidas. Para la implementación de estas oficinas deberá analizarse previamente todo lo relacionado con su radicación física, dependencia y financiamiento.
- En consideración a los bienes jurídicos protegidos por la Ley, se exige un rol más activo al sistema social en su conjunto y se establecen medidas para hacerlo efectivo.
- Reconociendo la complejidad de la Violencia Intrafamiliar, se establece la necesidad de un abordaje especializado e integral de la misma a través de funcionarios/as capacitados adecuadamente, única manera de evitar la victimización secundaria.
- Se reconceptualiza la Violencia Intrafamiliar, enfatizando en el contenido abusivo de la conducta más que en su resultado.
- Se amplía el espectro de sujetos activos y pasivos (quiénes pueden ser víctimas y quiénes ofensores).
- Se establece la necesidad de reserva para este tipo de conflictos, con el objeto de proteger y respetar debidamente la intimidad y privacidad necesarias en esta clase de materias.
- Considerando las dificultades que se han planteado en torno a las notificaciones, se faculta a otros funcionarios/as para practicarlas.
- Considerando especialmente el estado de extrema vulnerabilidad en que se encuentra la víctima frente al agresor, con el cual además generalmente comparte la vivienda, se establece la obligación para el juez/a de decretar oportunamente medidas de protección para la víctima y el grupo familiar.
- La procedencia de la conciliación se restringe a aspectos no relacionados con la violencia misma, considerando que un requisito fundamental para poder llegar a conciliación es el equilibrio en las facultades negociadoras de las partes, cuestión que evidentemente falta cuando la forma de solución de conflictos es la violencia.
- Se enfatiza en el control y seguimiento, tanto de las medidas cautelares como de las sanciones.
- Se establece el deber de Carabineros e Investigaciones de detener al autor de Violencia Intrafamiliar, en los casos graves que se establecen, con la finalidad de ponerlo a disposición del Tribunal.
- Se consagra la obligación del Tribunal de decretar alimentos provisorios en el primer comparendo, cuando por alguna medida precautoria la víctima o el ofensor deban salir del hogar por un tiempo determinado y este último contribuía a la mantención de la familia. En relación con este punto, se presume que el padre de familia

contribuye a la mantención del grupo familiar, compuesto por su mujer o conviviente y por los hijos comunes.

- Se establece, con indicación de plazo, la necesidad de dictar un reglamento que establezca los mecanismos para implementar la ley.

III. POLÍTICAS DE PREVENCIÓN EN RELACIÓN A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Las políticas de prevención desarrolladas por el Servicio Nacional de la Mujer se insertan dentro de las siguientes líneas de acción implementadas a través de su Programa de Prevención de Violencia Intrafamiliar creado en 1991:

Estrategias

- Sensibilización y Capacitación a funcionarios/as públicos. Se ha logrado una cobertura de más de 25.000 personas, sin perjuicio de las capacitaciones que realizan otros organismos vinculados con el tema (Salud, Poder Judicial, Carabineros de Chile).
- Promoción, fortalecimiento y asesoría a Centros Municipales de Atención. En la actualidad existen 16 centros especializados, los que son insuficientes para la demanda potencial.
- * Creación y asesoría de las Redes Interinstitucionales y Sociales de Apoyo a las Víctimas. Hoy existen 126 redes locales en todo el país
- * Seguimiento de la aplicación del artículo 5 de la Ley 19.325, de Violencia Intrafamiliar.

- Visibilización y denuncia de la problemática, a través de una Campaña Comunicacional planteada en tres etapas: 1997-98-99.

Nuevos proyectos de Prevención

En cuanto a la prevención propiamente tal, se han desarrollado dos proyectos en los cuales el concepto de prevención está enfocado en un sentido más amplio del que comúnmente se utiliza: aquí se está pensando no sólo en adelantarse a que ocurran las conductas reprochables, educando para tal fin; se plantea que prevenir también comporta la promoción de nuevas conductas, nuevos hábitos y nuevos enfoques (o visiones) sobre la problemática que se desea intervenir.

1. - Proyecto "Educación, cultura y cambio" que desarrolla el tema de "convivencia escolar y resolución de conflictos", con la escuela y el Jardín Infantil como espacios formativos, pero teniendo a los adultos/as (madres, padres, profesores) encargados de la educación de los niños y niñas como objetivo importantísimo. El Proyecto tiene dos dispositivos para su desarrollo:

- a) La transferencia del Módulo de Intervención Formativa en el Área de Resolución de Conflictos, a profesores/as de primero y segundo ciclo básico. Éstos, a su vez, desplegarán diversas actividades con los niños y niñas y con las madres y los padres, incidiendo, de esta manera, directamente en el tejido familiar. Este trabajo se ha realizado en establecimientos escolares de las trece regiones del país, y en 1998 alcanzó una cobertura de 5.000 familias. Esta línea de prevención, a partir del presente, año irá convirtiéndose en política de Estado, desde el momento que el Ministerio de Educación la asuma como línea de trabajo para los Profesores Jefes de Educación Básica, a través de un Convenio de Trabajo Conjunto con el SERNAM.

b) El desarrollo del módulo “Crecer y desarrollarse en la senda de la afectividad cotidiana”, con 20 jardines de la Región Metropolitana, V y VI regiones, durante 1999, cumpliendo así con un Convenio de trabajo conjunto, entre SERNAM y la JUNJI. Se alcanzó, en ese año, la cobertura de 700 familias y 300 trabajadoras/es de cada uno de los establecimientos mencionados. Este año el Proyecto se extenderá a Jardines de la I y IV regiones. El tema central que desarrolla este dispositivo es el de la afectividad como núcleo central del desarrollo de las personas y de la convivencia humana.

2. - Proyecto de Prevención Comunitaria. Este Proyecto cuenta con un material elaborado especialmente para el desarrollo de esta temática con las redes intersectoriales, en el ámbito comunal. Durante 1999 se capacitó, en la aplicación del módulo, a los/as integrantes de 30 redes de las trece regiones del país. Este año se comenzará el trabajo con las organizaciones de base de 28 comunas, con una cobertura de 5.245 personas de organizaciones comunitarias. Entendiendo que es la familia la que está en el centro de la vida de la

comunidad, trabajar con las redes directamente con la problemática de la violencia, desde la perspectiva de género, tiene una posibilidad movilizadora que genera muchas expectativas. Así ha ocurrido en organismos que se vinculan directamente con las familias, como la JUNJI, INTEGRA, FUNDACIÓN DE LA FAMILIA, por ejemplo.

Por último, es fundamental señalar la intersectorialidad del trabajo reseñado. Dado que la problemática de la violencia intrafamiliar es absolutamente multicausal, su enfoque e intervención tienen que ser multi e interdisciplinarios y debe ser asumida intersectorialmente. Desde 1992, y por Decreto Presidencial, existe una Comisión Interministerial, Asesora de Prevención en Violencia Intrafamiliar que agrupa a los Ministerios de Justicia, Salud, Educación, Relaciones Exteriores, de Secretaría General de Gobierno; al cuerpo de Carabineros, a Investigaciones, al Sename, Poder Judicial y a la Red Chilena de ONG's en contra de la Violencia Doméstica y Sexual. Esta Comisión es presidida por el propio SERNAM. En las regiones se han creado Comisiones Regionales Intersectoriales que han logrado diversos avances en la solución de este grave problema social.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR: “UNA VISIÓN DIFERENTE”

*M. de la Paz Donoso**

*Deborah Levit ***

*Clara Salgado***1*

El Centro de Estudios y Acción Familiar de la Universidad Católica Raúl Silva Henríquez cuenta desde 1999 con un Programa de Mediación Familiar. Entre sus actividades se destaca la de hacer mediación familiar en equipo, talleres de entrenamiento y también la de haber realizado un trabajo de capacitación a instituciones y personas para que éstas se conviertan en potenciales derivantes. A pesar de los esfuerzos realizados durante este año y medio, se constata que se requiere de un importante cambio cultural en usuarios e instituciones, para que la mediación se instale definitivamente como sistema alternativo de resolución de conflictos.

Se presentan a continuación tres aspectos del programa de mediación familiar del CEAF.

I. EXPERIENCIA DEL CENTRO DE MEDIACIÓN: FACILITADORES Y OBSTACULIZADORES DEL PROGRAMA

en marzo de 1999 con el aporte de Laboratorios Campbell, en forma de un servicio gratuito para toda la comunidad. Se conformó un equipo de 3 profesionales mediadoras -una asistente social, una psicóloga y una abogada-, todas con jornadas parciales. El Programa cuenta con una adecuada infraestructura, sala con espejo de visión unilateral, computador, teléfono.

1. Antecedentes sobre el Programa:

El Programa de Mediación Familiar del Centro de Estudios y Acción Familiar, CEAF, empezó

Los objetivos propuestos fueron:

- Aportar a la difusión y validación de la mediación como un sistema no adversarial de conflictos.

* *Asistente Social*

** *Psicóloga*

*** *Abogada*

1 *Integrantes del equipo de mediación del Centro de Estudios y Acción Familiar de la Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez.*

- Consolidarse como centro de mediación, lo que implica estabilizar una cobertura de casos.
- A largo plazo, sistematizar y difundir la experiencia obtenida.

Para cumplir el objetivo de difusión se diseñó un módulo de minicapacitación que contenía las características básicas del proceso de mediación, sus ventajas y algunas instrucciones para la orientación y derivación de personas, todo ello con el objeto que otras instituciones se conviertan en potenciales derivantes. Nuestra opción fue difundir el Programa de Mediación Familiar, especialmente en ámbitos no judiciales, como son las áreas de educación, salud y bienestar de personal, entre otras, abarcando un número aproximado de 500 personas entre profesionales y no profesionales. Por supuesto, nuestra dedicación fundamental ha sido la atención de casos de mediación familiar. Por último, una labor que hemos abordado con gran entusiasmo ha sido la realización de talleres básicos de capacitación y desarrollo de destrezas en mediación familiar, a organismos públicos y privados. Estos talleres tienen una duración de 45 hrs.

2. ACERCA DE LAS INSTITUCIONES Y PERSONAS DERIVANTES:

Como sabemos, la mediación requiere necesariamente tanto de un cambio de mentalidad como de un cambio cultural importante, que permitan modificar la postura sumisa y cómoda que se traduce en que otros decidan por uno, a la de hacerse cargo y responsable de los propios compromisos. Este cambio, al que los anglosajones denominan "empowerment", y que se traduce como "empoderamiento", requiere también de un cambio a nivel de las estructuras en las instituciones que derivan y orientan a los potenciales

usuarios del sistema (que ellos mismos crean en la gente, en que los implicados en el conflicto van a poder resolverlo). En un comienzo, hemos observado un gran interés por parte de los potenciales derivantes, y muchas expectativas; incluso se mencionaba "miedo" a que esta gran oportunidad no alcanzara para todos, ya que "no daríamos abasto". "Se van a llenar de casos" decían, pero la realidad ha demostrado lo contrario: el proceso de culturación y credibilidad es lento, tanto para los derivantes como para los usuarios directos.

Nuestra experiencia nos ha permitido advertir sobre el peligro y la amenaza que subyace a la minicapacitación que se hace a los derivantes, pues, eventualmente, es posible que sólo apoyados en ésta, y sin capacitación, entrenamiento o formación especializada, sientan que son "mediadores entrenados", para prestar estos servicios. ¡Cómo hacemos para resolver estos peligros y amenazas es uno de los desafíos que debemos enfrentar en conjunto en el futuro!

3. ACERCA DE LAS ATENCIONES DE MEDIACIÓN, ALGUNOS DATOS Y CIFRAS:

A estas alturas, podemos afirmar que de todos los casos derivados a mediación, sólo un pequeño porcentaje llega realmente a pedir hora para iniciar el proceso. De estos casos derivados sólo un 60% es efectivamente ingresado a mediación; el otro 40% restante no corresponde, ya sea porque faltan datos de los participantes que impiden llevarla a efecto o porque existen contraindicaciones para iniciar el proceso. Por su parte, del porcentaje anterior, esto es del 40% que no corresponde a mediación, el 20% se deriva a terapia familiar o a demanda judicial.

BREVE RESEÑA ACERCA DEL PROCESO

La invitación a los participantes es la primera parte del proceso, y es una de las etapas más difíciles, pues requiere de capacitación especial, tiempo y mucha paciencia. Sabemos que las personas invitadas a participar en el proceso no están preparadas para resolver el conflicto en forma pacífica, y más aún, en muchas ocasiones tienen rabia con el otro o han tenido malas experiencias terapéuticas o en tribunales. Imaginen lo difícil que es que, no conociendo la mediación, no habiendo escuchado nunca sobre ella, se reciba una invitación a participar. El hecho de que sea gratuito produce una incertidumbre agregada, como si pudiera existir una trampa. A esto se le suma el hecho que el primer encuentro debe ser con ambos participantes, lo cual se contrapone al deseo de no querer ver más a la otra parte.

Hemos advertido que uno de los elementos que con mayor fuerza nos ha ayudado a superar esa desconfianza, es el contexto universitario en que se desarrolla este Programa.

En relación al proceso propiamente tal, hemos constatado que a veces las personas confunden terapia con mediación, probablemente porque el conflicto está vivo y es muy reciente. En aquellos casos en que hay trastornos psiquiátricos graves, la mediación no está indicada. Ahora bien, hemos observado que cuando las personas efectivamente están dispuestas a participar e inician el proceso, muy rápidamente se involucran y comprometen, terminando por reconocer las ventajas de este mecanismo pacífico de resolución de conflictos. En efecto, una vez que ya se ha iniciado el proceso, se verifican escasísimas deserciones.

Respecto del modelo de mediación, hemos optado por una mixtura de elementos del mode-

lo circular narrativo de Sara Cobb y del modelo Líneal de Harvard, pues hemos podido constatar que resultan más adecuados para nuestra realidad.

II. ANÁLISIS DE ALGUNAS TÉCNICAS DE MEDIACIÓN

Un aspecto importante que nos distingue en la labor realizada, es el uso del espejo de visión unilateral, en nuestro trabajo de equipo. En esta modalidad de trabajo, una de las profesionales está adentro con los clientes y la otra observa a través del espejo, usando citófonos para comunicarse.

Sin dejar de lado la problemática intimidad-privacidad que se da en todos los ámbitos de ayuda psicosocial, hemos querido analizar las ventajas y desventajas observadas a partir de nuestra experiencia: sería conveniente partir mencionando que, según estudios, más del 50% de la población admite favorablemente esta modalidad; además, a partir del seguimiento realizado obtuvimos que los participantes opinaron:

- a) es importante que se les avise y explique previamente,
- b) ayuda a moderarse y a centrarse en el problema,
- c) después de un rato, a uno se le olvida, la existencia del espejo.

VENTAJAS

a) Nuestro compañero enriquece la visión y perspectiva global, tanto nuestra como de los consultantes. Se objetiviza tanto el proceso como el contenido; es decir, si por alguna razón "enganchamos" con alguien o bien no estamos siendo neutros, o realizamos una alianza equivocada, se nos alerta de aquello. También si perdemos infor-

mación relevante, ésta está siendo registrada por nuestro colega.

- b) Teniendo en cuenta este primer momento de puesta en marcha de la mediación, esta modalidad nos da seguridad y confianza de que hay alguien más apoyando esta labor. No estoy solo. Además, por ser una instancia nueva que requiere de estudio, esta práctica nos permite tomar distancia, aprender y reflexionar a partir de los distintos casos .
- c) Desde la perspectiva de los usuarios, ellos señalan, en el seguimiento que se esta realizando, que hay más contención y más personas "pensando en su problema". Junto a lo anterior, necesariamente obtenemos más posibilidades y alternativas, se generan más opciones. Por otro lado, en ciertos momentos del proceso podemos salir de la sala, lo que nos da tiempo para pensar o discutir con nuestro compañero.
- d) La misma experiencia que da el trabajar en equipo refuerza la idea de cooperación, ya que con el compañero mantenemos respeto y cooperación mutua para lograr ayudar, debemos llegar a acuerdo entre nosotros mismos. Además, se produce un diálogo constante que sirve de ejemplo para que las personas aprendan a comunicarse mejor. También el equipo es una herramienta o recurso para afirmar algo distinto a lo que piensan los clientes y el mediador, para introducir información nueva (el equipo piensa).

Por último, para mencionar algunos inconvenientes, podríamos decir que hasta ahora hemos privilegiado calidad por sobre cantidad; sin embargo, nos damos cuenta de que este servicio es económicamente muy caro, tanto en tiempo como en profesionales: se requieren a lo menos 2 profesio-

nales por mediación y se utiliza un tiempo extra a cada encuentro para la discusión posterior. También se ha constatado que la responsabilidad del caso es poco clara, ya que finalmente el caso es del equipo. Quién tiene la conducción y responsabilidad total del caso, a veces se puede tornar un poco difuso.

III.LA MEDIACIÓN: PERSPECTIVA DE UN USUARIO

PRESENTACIÓN PERSONAL

Mi nombre es Andrés Leiva Hidalgo, tengo 33 años, tengo un hijo maravilloso de casi 3 años y medio y estuve casado 4 años, hasta mi separación en diciembre del año pasado.

Trabajo en la matriz de una empresa pesquera, donde me desempeño como Jefe de Personal desde hace 7 años.

INTRODUCCIÓN

Quiero compartir con ustedes mi experiencia, y decirles que toda separación es dolorosa y trae consigo un quiebre total en la vida; se rompen definitivamente las bases que soportaban hasta ese momento el matrimonio, se quiebra de algún modo la relación con tu hijo, al que no quieres afectar, y dañan la relación de quienes te rodean. Además, en el plano personal te derrumbas, es un momento de profundo desequilibrio, desorientación y también de un sentimiento de fracaso y vergüenza personal. Enfrentarlo no es fácil. Antes de tomar la decisión de separarse, uno trata de salvar el matrimonio, pero también ha evadido la decisión largo tiempo.

Esto me pasó a mí: tomar la decisión no fue

tarea fácil, considerando todo lo que afecta y, principalmente, cómo afectaría de por vida a mi hijo.

EL CENTRO DE MEDIACIÓN

Fue en ese momento de difícil acercamiento entre las partes, donde los sentimientos afloran con poca racionalidad y donde existe casi nula comunicación con tu pareja, cuando me informaron que existía el Programa de Mediación Familiar. La doctora que atendía a mi exmujer, por la depresión que la afectaba, nos insistió en que acudiéramos acá.

En verdad, mis expectativas no eran buenas; ya había pasado por psicólogos o terapeutas familiares y mi impresión de éstos era que habían sido de poca ayuda concreta. Además, el servicio era gratuito, y esto uno lo relaciona habitualmente con un servicio liviano, lento y no de la mejor calidad. Sin embargo, como les decía, en esos momentos se vive tal sensación de desamparo, que uno busca con ansiedad ayuda para poder agarrar el problema.

Así llegué al Centro y, desde la primera visita, mis impresiones cambiaron:

- Había un ambiente cómodo y cordial.
- Era un ambiente protegido, donde el tener problemas de separación no parecía un estigma social. Es difícil transmitir esa sensación, pero estar en la sala de espera de una consulta de un psicólogo, psiquiatra o terapeuta familiar es incómodo.
- Además, nunca fallaron en la hora de atención, la puntualidad es un bien casi perdido.

El proceso en cuestión fue cuidadoso. Nos conocieron, nos dejaron hablar, nos contaron qué podíamos lograr con ellos y que todo dependía de

nosotros. Crearon un ambiente confortable, un espacio donde se pudo recuperar la capacidad de conversar con respeto mutuo y establecer acuerdos bajo la premisa de buscar lo mejor para nuestro hijo y, en lo posible, para ambos.

El trabajo en equipo de las profesionales que nos atendieron, utilizando la técnica del espejo, fue fundamental en mi opinión, porque estableció una condición de ambiente controlado. Detrás de nosotros estaba la autoridad, que demandaba de nosotros el mejor esfuerzo y no nos dejaba que nos evadiéramos, siempre mostrando interés en que superáramos y avanzáramos en nuestro problema.

Finalmente, logramos establecer los acuerdos esperados: un monto de dinero para la mantención y un régimen de visitas de nuestro hijo, entre otras cosas.

Han pasado 6 meses y no todo ha sido fácil, pero las bases quedaron.

Me mantengo en contacto con el Centro; más bien son ellos los que me llaman para saber cómo estamos y si requerimos ayuda de algún tipo: es reconfortante saber que se preocupan por uno.

CONCLUSIÓN

Lograr avanzar en asumir la decisión que tomaste y que va a afectar desde ahí en adelante toda tu vida, la de tu exmujer y la de tu hijo, es como caminar con un yunque en la espalda. Son esos momentos difíciles los que requieren un apoyón efectivo, de alguien realmente especialista en manejar esto con profesionalismo y respeto a las diferencias individuales, saber que no eres el primero ni el último y que se puede hacer que las cosas sean menos dolorosas. Por eso me alegro de haber llegado aquí, y les doy

las gracias.

Cuando me preguntaron si estaría dispuesto a dar mi testimonio, no lo dudé, y, por el contrario, encontré una forma de retribuir por lo recibido.

Espero que esta institución permanezca y continúe ayudando a muchas parejas, como lo hizo conmigo.

Gracias

EL PROYECTO DE TRIBUNALES DE FAMILIA

*Paula Correa**

Los conflictos en el ámbito familiar son de aquellos problemas que más afectan a las personas de menores recursos. Ello, junto al avance que ha experimentado el derecho de familia chileno en el último tiempo, evidencia la necesidad de contar con tribunales adecuados para el tratamiento de estas materias. Por eso, el proyecto de ley que crea tribunales de familia forma parte de un paquete de reformas que buscan dar una respuesta global, coherente y eficiente a los problemas de nuestro sistema de administración de justicia.

I. ANTECEDENTES

El antecedente histórico de los tribunales de familia fueron los tribunales de menores que surgieron a principios de este siglo en Latinoamérica (Méjico, Perú 1926, Brasil 1927, Uruguay 1934, Chile 1928), con una competencia fundamentalmente penal y de protección, basada en la doctrina de la situación irregular de los menores, en virtud de la cual el Estado debe intervenir para proteger a los menores en riesgo social.

En la legislación comparada, el establecimiento de tribunales de familia está asociado -en la década de los 60- al desarrollo y fortalecimiento del derecho de familia, como una rama del derecho autónoma y con principios e instituciones propios, que en muchos casos ha implicado una codificación autónoma del derecho civil, como son los casos de Bolivia, Brasil, Colombia y Ecuador.

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1. Competencia de los Tribunales de Familia

En general, y haciendo una síntesis, el tipo de asuntos que conocen los tribunales de familia se refiere a :

- Estado civil de los miembros de la familia (acción de reclamación, impugnación etc),
- matrimonio y situación de los cónyuges (nulidad, divorcio, separación),
- cumplimiento de los deberes familiares (alimentos, patria potestad),

* *Abogada. Asesora del Ministro de Justicia en Tribunales de Familia*

- cumplimiento de los deberes familiares nacidos en caso de sustitución de la acción familiar natural (visitas, tutela), actos complementarios de la capacidad de realizar ciertos actos (autorizaciones, procesos de incapacidad etc.).

Así, su competencia suele ser bastante amplia, incluyendo los aspectos sucesorios en los casos de mayor amplitud (Argentina, provincia de Buenos Aires). Y, en general, se excluye la competencia penal, que queda entregada a otros tribunales especializados. Asimismo, en estas legislaciones el conocimiento de los aspectos proteccionales tiende a la desjudicialización, en el marco de la doctrina de la protección integral que reemplaza la anterior postura de la situación irregular, y que apunta más bien a la creación de entidades administrativas encargadas de la determinación y puesta en marcha de medidas estatales de satisfacción de las necesidades de los menores, quedando reservada la intervención jurisdiccional -tribunal de familia- sólo a aquellos casos de conflicto de derechos y no a la labor asistencial del Estado.

2. Carácter de los Jueces de Familia

Mayoritariamente, se trata de tribunales que forman parte de la estructura normal del poder judicial, lo que implica que el sistema y requisitos de designación de los jueces se somete al régimen general. El inconveniente resulta de la falta de preparación especializada de los jueces de familia, lo que en la mayoría de los sistemas se suple con la existencia de equipos estables de asesoría multidisciplinarios.

Algunos países, como Inglaterra y Ecuador, tienen tribunales de familia compuestos totalmente o en parte por jueces no letrados, pero son la excepción.

3. Derecho Procesal Familiar

Se ha entendido que cuando se habla de legislación familiar autónoma debe comprenderse no sólo el ámbito sustantivo, sino que también el aspecto procesal familiar, indispensable para proporcionar una efectiva y real aplicación del sistema legislativo de fondo adoptado.

A nivel comparado, los principios que lo informan son :

Oralidad, Inmediación, Concentración e Impulso procesal, que dicen relación con la finalidad de la intervención jurisdiccional en el ámbito de los conflictos de familia, más orientada a la pacificación que a la atribución de derechos, y son concordantes con las tendencias modernas en materia de procedimientos.

Inmediación: exige que el juez que deba pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de que extrae su convencimiento, y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, testigos y demás objetos del juicio, fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos.

Oralidad: permite basar la resolución judicial sólo en el material procesal aportado en forma oral. Hoy es imposible configurar un procedimiento totalmente oral, por lo que se habla de un predominio de ella.

Concentración: supone que los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia, o si ello no es posible, en varias próximas temporalmente entre sí, de modo que el juez, al dictar sentencia, conserve en su memoria las manifestaciones realizadas por las partes y el resultado de las pruebas practicadas. En cuanto al contenido del proceso, la concentración se aplica a las cuestiones

prejudiciales, previas e incidentales, evitando su tratamiento separado y las impugnaciones suspensivas.

Impulso procesal, a cargo del juez para llevar adelante en forma oportuna el proceso.

III. EL PROYECTO DE LEY QUE CREA TRIBUNALES DE FAMILIA EN CHILE

1. Consideraciones Previas

Importantes estudios empíricos nos muestran que el contencioso familiar -junto con los asuntos penales- son de aquellos problemas que más afectan a las personas de menores recursos, estando dichos problemas fuertemente vinculados a su bienestar cotidiano. Al respecto cabe recordar que un 39% de todas las consultas que atiende el Programa de Asistencia Jurídica "Acceso a la Justicia", orientado a dar atención jurídica a los más pobres, se refiere a materias de familia.

El proyecto viene, entonces, a dar respuesta a una necesidad de acceso empíricamente comprobada, pues existe una clara relación entre el bienestar de los sectores de menores ingresos y la creación de tribunales de familia.

Como queda en evidencia en este seminario donde se han abordado diferentes leyes, el derecho sustantivo de familia chileno ha sufrido una importante cantidad de reformas en el último tiempo. Este avance hace más evidente la necesidad de contar con tribunales adecuados para el tratamiento de estas materias. Por otra parte, se ha agudizado el diagnóstico que en 1994 realizaba la Comisión Nacional de la Fa-

milia, respecto al atochamiento y dispersión en distintos tribunales del conocimiento de las causas de familia.

El proyecto que crea tribunales de familia -ingresado a trámite legislativo en noviembre de 1997- forma parte de un conjunto de iniciativas legales a través de las cuales se intenta dar una respuesta global, coherente y eficiente a los problemas que -según el unánime diagnóstico de los expertos y la generalizada percepción de la ciudadanía- aquejan hoy a nuestro sistema de administración de justicia, por lo que no puede ser analizado aisladamente, sino que en el contexto de un paquete de reformas relacionadas con el tema infancia y familia, que son complementarias y coherentes entre sí.

Por último, es necesario recordar que se trata de un proyecto, y como tal, puede sufrir modificaciones y está abierto a los aportes de los distintos sectores.

2. El Proyecto

El proyecto de ley que expondré en sus líneas generales, fue elaborado en sus primeras versiones por una comisión de expertos en el Servicio Nacional de la Mujer (Carlos Cerda y Nancy De La Fuente). Posteriormente fue trabajado en el Ministerio de Justicia, siendo ingresado a trámite legislativo en noviembre de 1997. Hasta ahora ha sido aprobado por la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados.

4 son los objetivos que se pretende lograr

- a) Existencia de una jurisdicción especializada en asuntos de familia,
- b) que dicha jurisdicción tenga un carácter interdisciplinario,

- c) que, atendida la naturaleza de los asuntos de que conoce, el juez tenga un conocimiento inmediato y directo de los asuntos que está llamado a resolver; y en fin,
- d) que se proporcione a las personas instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas.

a) Existencia de una jurisdicción especializada en asuntos de familia

Aspecto Orgánico

Siguiendo la tendencia descrita, los jueces de familia serán jueces letrados, parte del Poder Judicial, a los cuales se les exigirá una especialización en la Academia Judicial.

Competencia

El tribunal de familia estará dotado de competencia para conocer de todas las materias que puedan afectar a las familias, de manera que aquellas que se encuentran en conflicto no deban iniciar varios procedimientos distintos -incluso ante tribunales diversos- para resolver los asuntos que los involucran. Dichos tribunales conocerán exclusivamente materias de familia, lográndose así la necesaria especialización de esta instancia jurisdiccional. Que un solo órgano -el tribunal de familia- resuelva el conjunto de problemas que posee, a fin de cuentas, un mismo origen, es uno de los principales objetivos del proyecto.

A pesar de que en un principio se consideró la posibilidad de que estos tribunales conocieran las infracciones juveniles a la ley penal, finalmente eso no será así.

En este punto quisiera referirme especialmente a las causas por violencia intrafamiliar, las que con este proyecto pasarán a ser conocidas por los tribunales de familia. Ello permitirá, a nuestro juicio, resolver una serie de dificultades que plantea actualmente la aplicación de la ley 19.325, precisamente derivadas de las características de los tribunal es que hoy conocen de estas materias: los juzgados civiles.

b) Que la jurisdicción de familia tenga un carácter interdisciplinario

Los tribunales que se crean, requieren tratar el conflicto en su integralidad, considerando los múltiples aspectos involucrados, a fin de ofrecer soluciones también integrales.

A ese efecto, cada Tribunal de Familia tendrá un Consejo Técnico, que constituye un cuerpo de asesoría especializada e interdisciplinaria, compuesto por asistentes sociales, psicólogos y/u orientadores familiares, que asesorará al juez en la comprensión de los hechos y situaciones que se ventilen.

La integración de este cuerpo -siempre multidisciplinaria- en cada tribunal de familia está en directa relación con el número de jueces que componen el tribunal, y se establece que sus actuaciones deben ser públicas, en concordancia con los principios de oralidad e intermediación presentes en la judicatura que se crea.

A los miembros del consejo técnico se les exigirá, además del título profesional correspondiente, acreditar una formación especializada en familia, a fin asegurar la especialización.

c) Que atendida la naturaleza del conflicto familiar, el juez tenga un conocimiento directo, inmediato y oportuno de los asuntos.

A este fin, y con el objeto de que la decisión sea oportuna, se prevé aumentar considerablemente el número de jueces dedicados a conocer de estos asuntos.

A base de estudios técnicos externos, se diseñó una estructura orgánica sumamente innovadora para los Tribunales de Familia, los que, como es sabido, se crean a partir de la transformación de los actuales tribunales de menores. En efecto, los tribunales de familia tendrán el carácter de tribunales unipersonales de composición múltiple, lo que significa que constituirán unidades jurisdiccionales compuestas por un número variable de jueces, calculado -en cada caso- según la carga de trabajo esperada, cada uno de los cuales detendrá separadamente la potestad jurisdiccional plena.

La presencia del juez de familia en las audiencias y diligencias de prueba será indispensable, sancionándose con nulidad su ausencia y delegación de funciones.

Con este mismo objeto se contemplan procedimientos -uno ordinario de aplicación general y otros especiales- orales, desformalizados, concentrados, y basados en el principio de la intermediación.

Las partes podrán comparecer personalmente, sin necesidad de patrocinio letrado. Sin embargo, si una de ellas designa abogado patrocinante, todas las demás deberán contar con la misma asistencia, y el juez debe velar por ello. En esta materia, se adoptan medidas para garantizar que también los intereses de los niños e incapaces se encuentren debidamente representados.

Con el objeto de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte.

d) Que se proporcionen a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas.

Como se sabe, el procedimiento adversarial, hasta ahora predominante en nuestro ordenamiento jurídico, resulta especialmente inadecuado para resolver los conflictos familiares, los que son de naturaleza sistémica y en los que los involucrados deben seguir relacionándose a lo largo del tiempo.

El proyecto de ley que crea los tribunales de familia consagra, por primera vez en nuestra historia, la mediación como un sistema de resolución de conflictos no adversarial, en que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a encontrar por sí mismas una solución a su conflicto.

Es éste un aspecto del proyecto de particular interés, y a favor del cual es posible citar importantes experiencias en sistemas jurídicos tan prestigiosos como el francés o el canadiense.

Ofrecer soluciones alternativas a la estrictamente adversarial para la solución de los conflictos ha sido un objetivo global de la política de justicia de los gobiernos de la Concertación, que este gobierno pretende profundizar.

La mediación, tal cual existe en la legislación comparada, constituye un importante y adecuado sistema alternativo de resolución de conflictos, especialmente desarrollado en materias de familia. Esto, porque se trata de una técnica no adversarial que apunta a que las partes

involucradas puedan llegar por sí mismas a acuerdos satisfactorios para ambas. De esta manera, se procura lograr soluciones que además de comprometer personal y voluntariamente a las partes, tiendan a sentar las bases de una relación pacífica para el futuro.

Al introducir esta institución en nuestro ordenamiento, nos hemos planteado la tarea de buscar un equilibrio para recoger lo que nos enseña la experiencia de países que llevan más tiempo en esto, sin descuidar los elementos propios de nuestra propia realidad cultural y social.

Así, con el objeto de testear, validar y difundir en la comunidad el funcionamiento de la mediación en conflictos de familia, el Ministerio de Justicia lleva a cabo, desde octubre de 1997, un Programa de Mediación Anexa a Tribunales que ha arrojado interesantes resultados en vistas de lo que será la aplicación masiva de este sistema y el marco regulatorio que es preciso darle a esta nueva modalidad de resolución de conflictos.

En efecto, desde un punto de vista cuantitativo, un significativo porcentaje de los casos que han llegado -siempre por derivación de un tribunal- se han solucionado mediante un acuerdo después de que los involucrados asisten a dos o tres sesiones con un mediador.

Por otra parte, la información empírica que la experiencia ha ido arrojando ha permitido efectuar ciertos ajustes en la regulación del tema. Tal es el caso de la factibilidad de mediar en casos de violencia intrafamiliar, materia en la que después de oír a numerosos expertos y de conocer la experiencia piloto, la Comisión de Familia de esta Cámara, con acuerdo del Ejecutivo, acordó modificar la propuesta original, restringiendo la posibilidad de aplicación de la mediación en violencia intrafamiliar.

El mensaje del Ejecutivo consta de seis Títulos, destinados al tratamiento de la organización, competencia, procedimiento, vías de impugnación, procedimientos especiales y disposiciones adecuatorias, respectivamente, y de acuerdo con lo dispuesto en la ley orgánica del congreso, cuenta con la opinión favorable de la excelentísima Corte Suprema.

e) Introducción de elementos de modernización en la administración de justicia.

Por último, en el proyecto se incluyen una serie de normas orientadas a un objetivo que, sin ser propio de la judicatura de familia, no es por eso menos importante: el que se refiere a la incorporación a esta judicatura de elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia, con el fin de que el ejercicio de la jurisdicción sea lo más eficaz y eficiente posible.

Así, por ejemplo, y al igual que en la reforma procesal penal, se crea la figura del administrador del tribunal de familia, el cual se concibe como un auxiliar de la administración de justicia, encargado de la gestión administrativa y financiera del tribunal. Asimismo, se suprime el cargo de secretario del tribunal, actualmente desempeñado por un funcionario abogado.

IV. PROGRAMA DE IMPLEMENTACIÓN

La aplicación completa de la reforma a la justicia de familia implica, por una parte, un programa gradual de creación de los tribunales de familia, y por la otra, el diseño de una fórmula para hacer aplicable el procedimiento que crea la ley de tribunales de familia por aquellos tribunales de letras que seguirán conociendo materias de familia en aquellos lugares en que no existan tribunales de familia.

ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA NUEVA LEY DE ADOPCIÓN

Gonzalo Figueroa*

Junto a la nueva ley de filiación se promulgó la nueva ley de adopción, con el objetivo de amparar el derecho del niño de vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le puede ser proporcionado por su familia de origen. La ley establece el modo, los límites, las personas y las formas en que la adopción se realiza.

I. IDEAS FUNDAMENTALES DE LA NUEVA LEY.

1. **Se derogan las leyes de adopción actualmente vigentes**, (Leyes 7.613 y 18.703) y se promulga una ley nueva, la que entrará en vigor simultáneamente con la Ley N° 19.585, sobre filiación, esto es, con fecha 27 de octubre de 1999 (art. 47). En realidad, ambas leyes constituyen una unidad.

La verdad es que la derogación de las dos leyes antiguas sobre adopción es sólo relativa, desde que esos dos cuerpos legales seguirán vigentes en ciertos casos en relación con las personas que fueron adoptadas conforme a sus disposiciones. Se verá este asunto más adelante.

2. **Objetivo básico de la ley:** El interés del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser propor-

cionado por su familia de origen (art. 1°). Este objetivo se reitera en diversas disposiciones de la nueva ley N° 19.620.

3. **Los hijos adoptados adquieren el estado civil de “hijos”** respecto del o de los adoptantes, como los antiguos hijos “legítimos” e “ilegítimos” (art., 1° inc. 2).

En consecuencia, existirán en adelante tres fuentes de la filiación:

a) **Una fuente genética** (hijos matrimoniales y no matrimoniales)

b) **Una fuente adoptiva** (hijos adoptados)

c) **Una fuente legal**, en los casos de técnicas de reproducción asistida, contemplada en el artículo 182 nuevo del Código Civil (modificado por la Ley N° 19.585), que señala imperativamente que el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas, sin posibilidad de impugnación.

* Abogado. Profesor titular Universidad de Chile y Universidad Diego Portales

Es más fácil perder la fuente genética para pasar a la adoptiva (al ser adoptado) **que al revés** (el adoptado no puede “volver” a ser hijo matrimonial o no-matrimonial, sino por medio de la nulidad de la adopción: art. 38). Salvo este caso, la adopción es irrevocable.

4. Es necesario “preparar” previamente la adopción: el menor debe ser incluido en un registro de personas que pueden ser adoptadas, que llevará el Servicio Nacional de Menores (art. 5°). Este Servicio también lleva otro registro de personas residentes en Chile y de personas residentes en el extranjero interesadas en adoptar a una persona (art. 5°).

Téngase en cuenta que la Ley habla de “residencia”, y no de “domicilio”.

Se señala en el mismo art. 5° que la sola circunstancia de que un menor que puede ser adoptado o un interesado en adoptar no figuren en esos registros no obstará a la adopción, si se cumplen todos los procedimientos y requisitos legales. Esto es, el figurar en estos registros no es un requisito considerado esencial por la ley, cuya omisión pudiera dar origen a la nulidad de la adopción.

5. Consideraciones acerca de la voluntad del menor (art. 3).

Es necesario hacer la siguiente distinción:

- a) **Si el adoptado es impúber:** El juez debe tener “debidamente en cuenta” las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.
- b) **Si el adoptado es menor adulto:** Su consentimiento es “necesario”. Lo manifiesta “expresamente” ante el juez, en el procedimiento previo a la adopción (en cuanto a la posibilidad de

ser adoptado) y en el curso del procedimiento de adopción (en cuanto al o a los adoptantes específicos que quieran adoptarlo). Se deja constancia de su negativa en el expediente, pese a lo cual el juez puede ordenar que prosiga el procedimiento.

6. Organismos que intervienen en los procedimientos (aparte del juez) (Art. 4°)

El Servicio Nacional de Menores (SENAME o SNM) y los organismos acreditados ante éste (corporaciones o fundaciones cuyo objeto sea la asistencia o protección de menores).

Estos últimos se acreditan ante el Director del SNM, el que puede suspender o revocar la autorización. Si se deniega la acreditación, puede recurrirse de reposición ante el propio Director, e interponer en subsidio “recurso jerárquico” ante el Presidente de la República, por intermedio del Ministerio de Justicia, dentro del plazo de 30 días.

Estos organismos (más el SNM, a fortiori) pueden hacerse parte en todos los asuntos que regula esta ley en defensa de los derechos del menor (sólo hasta que la adopción surta efectos, y con posterioridad, sólo en relación con el juicio de nulidad de la adopción) (Art. 4°). Además, pueden intervenir en los programas de adopción (art. 6°). Se entiende por “programa de adopción” el “conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable” (art. 7°).

El Director del SNM puede otorgar provisoriamente, y hasta por 2 años, la calidad de “organismo acreditado” a establecimientos que no estén constituidos como corporaciones o fundaciones, si a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encuentren desempeñando

actividades relacionadas con la adopción (art. Transitorio).

- 7. Todos los antecedentes relacionados con la adopción son reservados.** La Ley contempla sanciones para quien los revele (arts. 39 a 44). Se exceptúa el caso de que los adoptantes soliciten expresamente que se prescinda de la reserva o secreto.

II. DE LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS A LA ADOPCIÓN.

Sólo los menores de 18 años pueden ser adoptados. Estos menores pueden ser de 3 categorías (hay 3 vías para llegar a ser adoptado) (Art. 8º).

- A. El menor cuyos padres no se encuentren capacitados para, o en condiciones de, hacerse cargo responsablemente de él, y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente. Esta vía se denomina **POR EXPRESIÓN DE VOLUNTAD DE LOS PADRES.**
- B. El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes. (En este caso, no es necesario incluirlo en la lista que confecciona el Servicio Nacional de Menores, y se procede directamente a los trámites de la adopción). Esta vía podría ser la del **MENOR DESCENDIENTE DE UNO DE LOS ADOPTANTES.**
- C. El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial, después de un procedimiento judicial complejo, que puede convertirse en contencioso. Esta vía podría denominarse **POR RESOLUCIÓN JUDICIAL.**

Se verá cada una de estas vías separadamente.

- A. POR EXPRESIÓN DE VOLUNTAD DE LOS PADRES.** El menor de 18 años cuyos padres no se encuentren capacitados para o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él, y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente (art. 8º letra a) y arts. 9 y 10).

Para estos efectos, el Juez Competente es el Juez de Letras de Menores con competencia en materias proteccionales, del domicilio del menor (art. 18). Si el menor estuviere al cuidado del SNM o de un organismo acreditado ante éste, el domicilio de esa institución se entenderá que es el domicilio del menor. Si hubiere existido una medida de protección anterior, el juez que la haya dictado será el competente. El juez decreta una o varias de las siguientes medidas:

- a) Si compareció un solo padre: Que comparezca el otro, bajo apercibimiento, si no concurre, de presumirse su voluntad de dar al hijo en adopción.

Ésta, que parece ser una presunción contra natura, es, sin embargo, lógica, según la situación social imperante en el país.

La citación al padre que no compareció se reitera una vez, si no concurre.

El plazo total no puede exceder de 60 días desde la declaración de aquel padre con la cual se inició el procedimiento.

Vencido el plazo, o habiéndose negado a concurrir el padre ausente, es suficiente la sola declaración del compareciente para continuar el procedimiento.

Lo mismo si el otro ha fallecido o está imposibilitado de manifestar voluntad; basta la declaración del primero.

- b) Requiere informes para acreditar que los padres **NO SE ENCUENTRAN CAPACITADOS o EN CONDICIONES** (económicas, psicológicas, sociales, biológicas) para hacerse cargo responsablemente del menor. Estos informes deben evacuarse dentro del plazo máximo de 30 días.
- c) Dentro del mismo plazo máximo de 30 días oír al SNM (si la gestión no está patrocinada por el SNM o alguno de los organismos acreditados ante él).

Se aprecia la urgencia que la ley quiere dar a estos trámites.

- d) El juez resuelve dentro de 30 días desde la última diligencia (si ellas se evacúan dentro de los plazos). Si no llegan esas diligencias, puede prescindir de ellas, pero debe resolver.

Si no resuelve dentro de 30 días y la gestión estuviere patrocinada por el SNM u organismos acreditados, se entienden comprobadas las circunstancias del art. 8 letra a), y el Secretario así lo certifica.

Concluye la gestión con una Resolución Judicial que señala que el menor puede ser adoptado; o con una Certificación del Secretario que establezca la circunstancia de entenderse comprobados los requisitos exigidos. La resolución se envía al SNM para que lo incorpore a registro de niños que pueden ser adoptados.

Me parece que esta vía es bastante fluida. Si los progenitores simplemente no se encuentran en condiciones de hacerse cargo de su hijo, tienen una vía rápida para darlo en adopción. Esta liberalidad puede ser una herramienta útil para prevenir un aborto.

Conforme lo señala el artículo 10, este procedimiento puede iniciarse antes del nacimiento del hijo, siempre que sea patrocinado por el SNM u organismo acreditado.

Sólo queda pendiente la ratificación de la madre y la sentencia.

Ésta es otra razón para sostener que la ley puede usarse para prevenir algunos abortos.

Dentro de 30 días desde el parto, la madre debe ratificar ante el Tribunal su voluntad de dar al niño en adopción.

Si no ratifica, se la tiene por desistida de la gestión (Se encariñó del niño y no lo quiere entregar).

Pero si muere antes de ratificar, se da lugar a la gestión. Después de ratificar, el Juez resuelve dentro de 15 días.

B. MENOR DESCENDIENTE DE UNO DE LOS ADOPTANTES (arts. 8 letra b y art. 11)

El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes (hijo del marido o de la mujer, nieto de uno, de otro o de ambos).

Si uno de los cónyuges que lo quieren adoptar es su padre o madre (no su abuelo) y sólo ha sido reconocido como hijo por él o ella (no ha sido reconocido por el otro padre), se adopta directamente, sin necesidad de ingresar a la lista que lleva el SNM.

Si el hijo ha sido reconocido por ambos padres (o tiene filiación matrimonial) se requiere el consentimiento de ambos, y se usa el procedimiento de la letra a).

Si falta el otro padre o madre, o éste se opusiere a la adopción, el Juez resuelve si puede aplicar la letra c).

C. POR RESOLUCIÓN JUDICIAL (art. 8 letra c) y arts. 12 a 19)

Procederá la declaración judicial de que un menor de edad es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes haya confiado su cuidado, se encuentren en una o más de las siguientes situaciones (artículo 12):

1. Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal del menor, conforme al art. 225 del C.C. (Se refiere al art. 225 según la redacción que le ha dado la nueva Ley de Filiación). La Ley de Adopción (art. 12) dice art. 226, posiblemente por un error. Los casos señalados en el art. 225 son los siguientes: maltrato, descuido u otra causa calificada y no haber contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo a su cuidado, pudiendo hacerlo.
- 2.- No le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante el plazo de seis meses. Si el menor tuviere una edad inferior a dos años, este plazo será de tres meses, y si fuere menor de seis meses, de cuarenta y cinco días.

No constituye causal suficiente para la declaración la falta de recursos económicos suficientes para atender al menor.

Por la redacción, esta causal parece sancionatoria de una conducta reiterada, de uno o de ambos padres. Parece tratarse de una tipificación propia de esta ley, no relacionada con otras conductas tipificadas en el C.C. u otras leyes. Siendo así, esa conducta deberá

acreditarse directamente ante el Juez de Letras de Menores competente, según ya se dijo.

3. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero (puede tratarse de una persona natural), con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. La ley contempla algunas presunciones para acreditar ese ánimo.

Los que reciban un menor en tales circunstancias deberán informar al juez competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los padres, o por las personas que lo tenían a su cuidado.

En consecuencia, el ánimo de liberarse del menor puede manifestarse de dos maneras:

- a) Por expresión de voluntad de los padres, según el art. 8 a) y los arts. 9 y 10: Lo expresan ante el Juez.
- b) Por la simple entrega a una institución o a un tercero, según el art. 12 N° 3, que requerirá más adelante también de resolución judicial.

III. DE LA ADOPCIÓN (deja de ser adopción “plena”)

A. Constitución de la adopción por personas residentes en Chile

Requisitos de los adoptantes (art. 20):

- a) Deben estar casados entre sí, (chilenos o extranjeros, siempre con residencia en Chile), pero por excepción, y en subsidio, cuando no existen cónyuges con los requisitos exigidos, se aceptan solteros o viudos, siempre que sean chilenos (extranjeros no). Los cónyuges deben actuar siempre de consuno en estas gestiones

(art. 20). Los casados y separados de hecho no pueden adoptar unipersonalmente. Si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal debe preferir al que sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal. (art. 21)

- b) También pueden adoptar el viudo o viuda, si en vida de ambos cónyuges se hubiere iniciado la tramitación, o en caso de no haberse iniciado, el cónyuge difunto hubiere manifestado su intención de adoptar, conjuntamente con el sobreviviente. En este caso, la adopción se entiende hecha por ambos (art. 22). La voluntad del cónyuge difunto debe probarse por instrumento público, por testamento, o por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable. La sola prueba de testigos no es suficiente (art. 22). Me parece, estudiando el contexto de la ley, que el artículo 22 predomina sobre el art. 21, y que en consecuencia, tienen preferencia el viudo o viuda que ya habían iniciado la tramitación, o que habían manifestado voluntad de adoptar en vida, sobre el soltero o sobre el simplemente viudo (cuyo cónyuge no había manifestado voluntad alguna).
- c) Deben haber estado casados a lo menos durante 2 años (salvo el caso de los solteros).
- d) Deben haber sido bien evaluados, como física, mental, psicológica y moralmente idóneos, por el SNM o alguna de las instituciones acreditadas ante éste.
- e) Deben tener entre 25 y 60 años, pero el Juez puede rebajar, por resolución fundada, el límite mínimo de 25 años hasta en 5 años. Al usar la ley el verbo "rebajar" se concluye que el juez no puede "extender" el límite máximo de 60 a 65

años. La rebaja en 5 años que se permite al juez se convierte en indefinida si un adoptante es ascendiente por consanguinidad del adoptado.

- f) Los adoptantes deben tener a lo menos 20 años más que el adoptado (pero el juez puede modificar por resolución fundada esta diferencia hasta en 5 años). Igual que el caso anterior, este límite no se aplica si un adoptante es ascendiente por consanguinidad del adoptado.
- g) Si se tratare de un soltero o viudo, de aquellos que autoriza para adoptar el art. 21, es necesario, además, que hayan participado en algún programa de adopción, de aquellos a que se refiere el art. 7.

No se aplica la exigencia de 2 años de matrimonio si uno o ambos cónyuges estuviere afectado de infertilidad: pueden adoptar de inmediato, sin esperar ese plazo (art. 20). Esta disposición, que permite a una pareja en que uno de sus componentes es infértil, adoptar de inmediato, sin esperar plazos muy largos, puede convertirse en una alternativa de los métodos de fertilización asistida.

B. Constitución de la adopción por personas no residentes en Chile.

Se utiliza el mismo procedimiento ya señalado (para las adopciones por personas que residen en el país), y se sujeta, cuando corresponda, a las Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Chile (art. 29).

Ya dijimos que este tipo de adopción procede sólo en subsidio, cuando no existan matrimonios residentes en Chile, que opten por adoptarlo, circunstancia que debe certificar el SNM (art. 30). Y sólo se aplica a matrimonios, excluyéndose a solteros y viudos.

¿Cuál es el orden de precedencia respecto de solteros o viudos chilenos, y un matrimonio extranjero?

La ley señala que el juez puede acoger a tramitación la solicitud, aunque estén interesadas personas residentes en el país, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, que expondrá fundadamente en la resolución (art. 30).

La tramitación de la solicitud es similar a la ya tratada. Es competente el juez de letras de menores correspondiente al domicilio que el menor tenga en Chile, o el de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre (art. 34).

Debe tenerse presente que este juez no es el mismo juez competente para la adopción por residentes en Chile (que es el del domicilio de los adoptantes, según el art. 23).

Los solicitantes deben comparecer personalmente ante el juez cada vez que éste lo solicite, pero a lo menos una vez durante el procedimiento (art. 35). Para que el menor salga del territorio nacional, se requiere autorización del juez (art. 35).

IV. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

Como ya se dijo, la adopción confiere el estado civil de hijo de los adoptantes y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsisten (art. 37). Para estos efectos, cualquiera de los parientes biológicos señalados en esa disposición (ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad

hasta el 2° grado) pueden hacer presente el impedimento.

Los efectos de la adopción entre adoptantes y adoptados y respecto de terceros se producen desde la fecha en que se practique la inscripción de nacimiento ordenada en la sentencia que la constituye (art. 37).

El adoptado pasa a ser simplemente "hijo", igual que aquellos de filiación genética (sean matrimoniales o no-matrimoniales) o de filiación legal (en el caso de técnicas de reproducción asistida).

Como tal hijo, estará sujeto a patria protestad, ejercerá los derechos y estará sujeto a las obligaciones personales con sus padres, y tendrá los derechos sucesorios que corresponden a cualquier hijo. Así, será asignatario forzoso y legitimario, y será titular de las acciones de petición de herencia y de reforma de testamento, si procedieren.

La adopción es irrevocable. Sólo puede ser dejada sin efecto por el ejercicio de la acción de nulidad cuando hubiere sido obtenida "por medios ilícitos o fraudulentos" (art. 38). Da la sensación de que la ley se refiriera tan sólo al dolo (aunque el término "ilícitos" puede englobar otras causales). Esta acción corresponde exclusivamente al adoptado. No se concede ni siquiera a los que pudieran tener interés en ella.

La acción de nulidad prescribe en 4 años, contados desde la fecha en que el adoptado, alcanzada su plena capacidad, haya conocido del vicio que la afectaba.

Es competente para conocer de ella el Juez de Letras (no de menores) del territorio donde se tramitó la adopción (art. 38).

V. DISPOSICIONES FINALES

¿Qué sucede con los adoptados según las leyes 7.613 y 18.703, que lo hayan sido antes de la vigencia de la nueva ley?

El artículo 45 señala que “los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la Ley Nº 7.613 o a las reglas de la adopción simple contemplada en la Ley Nº 18.703, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria”. Por eso decíamos al principio que -aunque el art. 45 establece la derogación de las Leyes 7.613 y 18.703- ellas seguirán vigentes en ciertos casos en relación con las personas que fueron adoptadas conforme a sus disposiciones.

En general, y respecto de cualquier herencia o legado, es obvio que las sucesiones que se abran antes del 27 de octubre de 1999 se regirán por las disposiciones legales vigentes el día de la apertura de la sucesión, esto es, por las disposiciones antiguas.

Pero las sucesiones que se abran después del 27 de octubre de 1999 se regirán por las nuevas leyes, y los hijos naturales heredarán igual que los hijos legítimos. Así lo dice el art. 1º transitorio de la Ley Nº 19.585.

No sucederá lo mismo con los hijos adoptados, conforme lo dispone el art. 45 de la Ley Nº 19.620: continúan afectos a las disposiciones sucesorias derogadas. La Ley Nº 19.620 no quiso ser retroactiva.

No obstante, esos adoptantes y adoptados (Ley 7.613 y adopción simple) (cualquiera que sea su edad) podrán acordar que se les apliquen los efectos de esta ley de la siguiente manera (y con los siguientes requisitos):

- a) El pacto constará por escritura pública que suscribirán el o los adoptantes más el adoptado (por sí o por curador especial), más las personas que señala el art. 2º de la Ley 7.613 (todos los hijos ex-legítimos de la pareja que adopta, o sus descendientes, si aquellos hubieren fallecido, más el cónyuge, si adoptó sólo uno de ellos). Son los legitimarios, que resultarán perjudicados en la sucesión del o de los adoptantes, si el adoptado accediere a la herencia simplemente como “hijo”. Si se tratare de adopción simple, se requiere el consentimiento del otro cónyuge, en el caso que haya adoptado tan sólo uno de ellos. En este caso la ley no ha sido tan estricta como en el caso de la adopción por la ley Nº 7.613. Tengo la sensación de que la ley Nº 19.620 no quiso ser retroactiva, especialmente en relación con la Ley Nº 7.613, para no desconocer la fuerza del contrato celebrado entre adoptante o adoptantes o adoptado, y no hizo especial cuestión en relación con la adopción simple que proviene de la Ley Nº 18.703, por tratarse en este último caso de una situación proveniente de una resolución judicial.
- b) El pacto se somete a la aprobación del juez, el que buscará las ventajas para el adoptado. Se contempla una audiencia de parientes en el caso de la Ley Nº 7.613, y una audiencia con los padres del adoptado en el caso de la Ley Nº 18.703 (siempre que ello sea posible).
- c) La escritura pública, más la resolución judicial, se subinscriben al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado, y sólo desde esa fecha produce efectos entre las partes y respecto de terceros. A esta adopción se aplica el art. 38, que permite pedir la nulidad de la adopción; pero pueden pedir esta nulidad, además del adoptado, las personas que tengan actual interés en ella, dentro de 4 años desde la inscripción en el Registro Civil.

Pienso que éste es el único medio que se concede a los legitimarios del adoptante de adopción simple (Ley Nº 18.703), que no fueron llamados a prestar su consentimiento conforme a la letra a) del art. 45, y que se pudieren sentir perjudicados por el pacto que convertirá al adoptado (de adopción simple) en hijo, y le otorgará, en consecuencia, derechos hereditarios como tal.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la acción que se les concede es una acción de nulidad, con causales específicas (“medios ilícitos o fraudulentos”) que deben interpretarse restrictivamente (art. 38).

En consecuencia, respecto de las sucesiones abiertas con posterioridad al 26 de octubre de 1999 habrá que distinguir:

1. Si los interesados suscribieron el pacto contemplado en el art. 45 de la Ley Nº 19.620 pasarán los adoptados a ser “hijos” del o de los adoptantes, con todos los derechos de cualquier “hijo”, incluso los derechos hereditarios.
2. Si los interesados no suscribieron el pacto contemplado en el art. 45 de la Ley Nº 19.620, los adoptados conservarán la situación jurídica que tenían como adoptados de la Ley Nº 7.613, o como adoptados simples de la Ley Nº 18.703, las que para estos efectos conservarán su vigencia.

Es necesario distinguir entre uno y otro tipo de adopción:

- a) Adoptados según Ley 7.613: Recordemos que la adopción, en este caso, no constituye estado civil (art. 1º), pero entrega la patria potestad al adoptante (sin derecho de goce) (arts. 15 y 18), genera obligaciones alimenticias mutuas (art. 22) y también genera derechos sucesorios

(art. 24). Conforme al art. 1º, la adopción genera entre adoptante y adoptado tan sólo los derechos y obligaciones señalados en dicha ley.

El adoptado sigue siendo parte de su familia de origen y conserva en ella los derechos y obligaciones originarios (art. 15).

Con la nueva Ley el adoptado conservará su nombre, si tomó el del adoptante (art. 14), pero no pasará a tener el nombre del adoptante, si no lo hubiere tomado, sin perjuicio de que pueda utilizar la Ley de Cambio de Nombre para lograr tal propósito.

El adoptante conservará la patria potestad (sin derecho legal de goce) y no variarán los derechos alimenticios, ni la autoridad paterna, que ya existían.

El adoptado seguirá gozando de un crédito de 4ª clase por la administración de sus bienes que hizo el adoptante. (art. 20)

Respecto de los derechos sucesorios, el art. 24 de la Ley Nº 7.613 dice a la letra que “el adoptado será tenido, para este solo efecto, como hijo natural...”, sin señalar específicamente qué derechos le corresponden.

Creo que en razón del texto de este artículo, EL ADOPTADO VERÁ MEJORAR SU SITUACIÓN, en lo que corresponde a los órdenes de sucesión 1º, 3º y 4º, porque “será tenido como hijo natural”, y éste ha mejorado su situación jurídica sucesoral. Sin embargo, se producirá un problema en el 2º orden, porque la ley se refiere aquí específicamente al adoptado, distinguiéndolo del hijo natural. CREO que aquí debe prevalecer el texto de la ley 7.613, pues el adoptado NO ES LEGITIMARIO (ART. 24, Inc., 4º) y tampoco podrá ser considerado como “hijo”, ya que los interesados no recurrieron al procedimiento establecido

en el art. 45 de la Ley N° 19.620. En consecuencia, las disposiciones de la nueva ley le serán inaplicables.

Estimo, en consecuencia, que en el segundo orden de sucesión deben aplicarse las reglas actualmente vigentes, y dividir la herencia en 6 partes, correspondiendo una sexta parte al adoptado según la Ley N° 7.613.

El adoptante seguirá careciendo de derechos en la sucesión del adoptado.

El adoptado según la Ley 7.613 puede ser adoptado conforme a la nueva ley, siempre que fuere menor de 18 años, y se cumplan los demás requisitos legales.

b) Adoptados por adopción simple según Ley 18.703: Seguirán siendo “adoptados simples”, puesto que no recurrieron al procedimiento establecido en el art. 45 de la Ley N° 19.620. Las disposiciones de la nueva ley les son inaplicables.

El adoptante seguirá teniendo el cuidado del menor y deberá sufragar sus gastos de crianza, alimentación y educación (art. 13), y ejercerá los derechos personales entre padres e hijos (art. 14), incluida la patria protestad. (art. 16).

No tendrán derechos hereditarios, pero podrán ser adoptados conforme a la nueva ley, si tuvieran menos de 18 años.

ADOPCIÓN: “VIDA EN FAMILIA”

MARTA GARCÍA van DIEST*

Con la inspiración moderna de dar una familia a un niño, la adopción es promovida por el SENAME, que vela por que la familia sea efectivamente la mejor alternativa para la crisis de un niño sin la debida protección. Bajo los principios de importancia de la familia; responsabilidad de la sociedad hacia los niños; importancia de la adopción; interés superior del niño; subsidiariedad y probidad de la adopción, el SENAME desarrolla tres programas: apoyo y orientación a la familia de origen; recepción y cuidado del niño(a); evaluación técnica y preparación de los solicitantes como familia adoptiva.

I. POLÍTICA DE SENAME EN MATERIA DE ADOPCIÓN

El Servicio Nacional de Menores privilegia la permanencia de todo niño (a) con su familia de origen, dado que éste es el medio natural donde él debería crecer y desarrollar integralmente sus potencialidades, de acuerdo a cada una de las etapas de su evolución como persona, y ejercer plenamente sus derechos en sociedad.

El derecho del niño (a) a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia, ya se encuentra reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959, y se basa en la presunción de que bajo la protección y responsabilidad de los miembros de una familia, el niño (a) puede crecer en un ambiente de afecto, comprensión y seguridad moral y material.

Para estos niños (as), la adopción constituye la medida más beneficiosa para suplir todas las carencias afectivas y materiales a que han sido expuestos.

Por otra parte, la Constitución Política, en su artículo 1º, establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y, en consecuencia, no sólo está reconociendo la importancia que ésta tiene en la base social de la comunidad, sino que también implícitamente la necesidad de que todo miembro de la sociedad, y en especial los niños (as), crezcan en el seno de una familia.

Sin embargo, por innumerables circunstancias sociales y económicas, existen niños (as), especialmente en los estratos más pobres de nuestro país, cuyo derecho a la vida y a la satisfacción de sus necesidades básicas, sociales y emocionales, son lesionados gravemente, incluso por su propia familia, dejándolos en situación de carencia familiar, ya sea porque de hecho son rechazados o porque su núcleo biológico se encuentra afec-

* Asistente Social. Jefa Unidad de Adopción Dirección Nacional Servicio Nacional de Menores

tado por alguna inhabilidad para ejercer adecuada y responsablemente su rol. Para estos niños (as), la adopción constituye la medida más beneficiosa para suplir todas las carencias afectivas y materiales a que han sido expuestos.

El concepto de adopción ha ido evolucionando con el tiempo, y si en sus orígenes tuvo como fin dar descendencia a quien naturalmente no la tuviere, y por lo tanto era una figura creada en beneficio de los adoptantes, hoy en día es una institución que principalmente tiene por objeto reconocer el derecho que todo niño (a) tiene, a crecer en una familia que le dé afecto, que se preocupe de su bienestar espiritual y material, que le dé seguridad y cuidado continuo, todo lo cual contribuirá al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

En efecto, la orientación moderna que caracteriza a la adopción pone el énfasis en solucionar la crisis del niño (a) sin familia, razón por la que su fundamento cambió y pasó a ser de "Un niño para una familia" a "UNA FAMILIA PARA UN NIÑO".

Así, reconociendo que la adopción es el sistema de protección por excelencia para los niños (as) antes señalados, SENAME promueve su aplicación, especialmente en aquellos que permanecen institucionalizados, porque resulta la medida más beneficiosa para ellos, al dar solución definitiva e integral al problema que los afecta, brindándoles las oportunidades de gozar plenamente de sus derechos.

Asimismo, y en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 21 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país y promulgada como Ley de la República en 1990, que señala: "Los Estados Partes reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño,

en el caso que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen", el Servicio Nacional de Menores fomenta la ubicación de estos niños (as) en familias chilenas, a fin de que crezcan y se desarrollen en su propio medio étnico y cultural y se proteja de esta forma toda la riqueza humana que ellos son para nuestra nación. Sólo si ello no es posible, se considera la adopción por familia residente en el extranjero como un medio adecuado de cuidar del niño (a), siguiendo todas las formalidades que establece la ley y siempre que, desde el punto de vista técnico, esta familia sea la mejor alternativa para él.

Lo anterior ha sido expresamente recogido por la nueva Ley de Adopción Nº 19.620 del 5 de agosto de 1999, cuyo artículo 30 señala que la adopción por personas no residentes en Chile sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al niño (a), y que cumplan los requisitos legales, circunstancia que será certificada por SENAME.

Por último, es preciso citar la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, promulgada como Ley de la República de Chile el 4 de octubre de 1999, la cual, además de reconocer el aludido principio de subsidiariedad de la adopción internacional, establece garantías para que esta medida tenga lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional, instaurando un sistema de cooperación entre los Estados Partes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños (as).

II. PRINCIPIOS ÉTICOS RECTORES DE UNA INSTITUCIÓN QUE DESARROLLA PROGRAMA DE ADOPCIÓN.

1. Importancia de la Familia

La vida familiar, conjuntamente con la existencia de relaciones afectivas satisfactorias entre padres e hijos, constituye el ambiente natural donde todo niño (a) debería crecer y desarrollar integralmente sus potencialidades. Por esta razón, se debe privilegiar la permanencia del niño (a) en su familia de origen y no ser privado del cuidado de sus padres, excepto cuando ello sea lo más conveniente para sus intereses.

2. Responsabilidad de la Sociedad hacia los Niños

Los niños (as) cuyos padres están ausentes o incapacitados para desempeñarse como tales, requieren de protección, debido a que ellos son personas en desarrollo, sujetos de derechos y de protección por parte de la sociedad y del Estado. La sociedad, a través de sus instituciones especializadas, debe asumir la responsabilidad de cuidar y proteger a los niños (as) que se encuentran en esta situación y de apoyar a sus familias de origen, para que éstas puedan asumir nuevamente el cuidado de sus hijos cuando las circunstancias así lo permitan.

3. Importancia de la Adopción

Para aquellos niños (as) que están impedidos de crecer bajo la protección de su propia familia, porque de hecho son rechazados o por inhabilidad de su núcleo biológico para ejercer adecuada y responsablemente su rol, la adopción constituye

la medida más beneficiosa para proporcionar al niño (a) las ventajas de la vida familiar.

4.- El Interés Superior del Niño

La adopción es una institución centrada en el niño (a) y no en el adulto, que tiene por objeto reconocer el derecho que todo niño (a) tiene de crecer y desarrollarse en una familia que le dé afecto, protección y los cuidados necesarios tendientes a lograr su bienestar espiritual y material. Por lo tanto, deberá tenerse presente, en todas las etapas de este proceso, el interés superior del niño por sobre cualquier otra consideración que presenten los adultos interesados en su adopción.

5.- Subsidiariedad de la Adopción

Así como la adopción opera sólo en subsidio de la familia biológica, la adopción internacional será siempre una medida subsidiaria de la adopción nacional, por lo que sólo podrá ser decidida luego de constatar la imposibilidad de encontrar una solución para el niño (a) con familia residente en el país.

6.- Probidad de la Adopción

La adopción del niño (a) no debe constituir una fuente de provecho financiero o de otra índole, razón por la cual los organismos acreditados deben resguardar que las personas que allí laboren actúen en el cumplimiento de sus funciones con total rectitud e integridad. El niño (a) es una persona cuyos derechos deben ser respetados, por lo que resulta inaceptable y violador de sus derechos todo abuso de esta naturaleza, lo que será sancionado drásticamente conforme a la ley y al reglamento.

III. DEFINICIÓN DEL PROGRAMA DE ADOPCIÓN.

El artículo 7º de la Ley Nº19.620 define el programa de adopción como el conjunto de actividades tendientes a procurar al niño una familia responsable, señalando a continuación que estas actividades las realizarán el SENAME y los organismos acreditados ante éste, a través de profesionales expertos y habilitados en esta área.

Los programas de adopción que desarrollen el SENAME o los organismos acreditados ante éste, comprenderán los siguientes subprogramas:

1. El apoyo y orientación a la familia de origen del niño (a).
2. La recepción y el cuidado del niño (a).
3. La evaluación técnica de los solicitantes y su preparación como familia adoptiva.

IV. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROGRAMA DE ADOPCIÓN.

Para un adecuado y eficaz cumplimiento de las funciones y actividades específicas contenidas, y sin perjuicio de las normas que para cada subprograma se indicarán, se deberán considerar los siguientes principios generales:

- 1) A fin de cautelar la calidad de la atención, en el marco de los derechos y requerimientos que inspiran y hacen exigibles estas normas, los organismos acreditados deberán garantizar la atención idónea y especializada, mediante una dotación de personal suficiente, capacitado, competente y multidisciplinario, que asegure la pertinencia, oportunidad y sistematicidad de las actividades profesionales, técnicas y de apoyo

especializado, necesarias para la ejecución de cada subprograma como un proceso integrado y continuo.

- 2) Cada subprograma deberá contar con el personal suficiente y la infraestructura necesaria para desarrollar separadamente las acciones que correspondan a cada uno de ellos y velar así por el buen cumplimiento de sus objetivos.
- 3) Las acciones de intervención por desarrollar en cada subprograma deberán ser participativas, es decir, incorporar activamente al niño(a) de acuerdo a su edad, su familia de origen y los postulantes a la adopción, en los diferentes momentos del proceso que les son propios. Además, los beneficiarios, cuando proceda, deberán ser informados permanentemente, tanto de las acciones que se realizarán con ellos como de sus resultados.
- 4) Garantizar el derecho a la confidencialidad de cada sujeto de atención de los diversos subprogramas, y asegurar que cada uno de ellos reciba el trato digno y respetuoso que su situación amerita.
- 5) Mantener una coordinación permanente con los tribunales de menores, a fin de hacer más expeditos los trámites y gestiones que involucra el desarrollo de los distintos subprogramas.
- 6) Mantener una adecuada coordinación con los diferentes organismos estatales y privados de la comunidad que contribuyan a la realización de los objetivos planteados en cada uno de los subprogramas.
- 7) Implementar un sistema de registro que permita mantener actualizado un catastro de niños (as) susceptibles de ser adoptados y de postulantes idóneos a la adopción.

- 8) Asegurar la necesaria y permanente actividad interna y externa de capacitación, perfeccionamiento y autocuidado del equipo profesional y técnico especializado, así como la coordinación de todos los que intervienen en cada uno de los procesos que se llevan a cabo en la institución.

V. SUBPROGRAMAS DEL PROGRAMA DE ADOPCIÓN.

1. Subprograma de apoyo y orientación a la familia de origen del niño (a)

1.1. Objetivos:

- a) Brindar orientación y atención profesional integral a la familia de origen del niño (a), que enfrenta un conflicto en el ejercicio de su rol y/o ha manifestado su intención de cederlo en adopción, sin ningún tipo de discriminación, de manera que pueda ser capaz de decidir informadamente y con el mayor grado de consciencia y autonomía posible, respecto del futuro de su hijo.
- b) Apoyar a la madre y/o familia de origen que ha decidido ceder su hijo (a) en adopción, a través de la atención social, psicológica y legal que le permita asumir de mejor forma las consecuencias de su decisión.
- c) Proporcionar apoyo social y psicológico a la madre biológica y/o familia de origen, que ha decidido asumir el cuidado y protección de su hijo (a), en coordinación con los demás organismos de la comunidad que puedan contribuir a la consecución de este objetivo.

1.2. Sujeto de atención:

Los padres biológicos en conflicto con su paternidad, o la familia de origen del niño (a), entendiéndose por tales, según lo indica el artículo 7° inciso 2° de la Ley N° 19.620, en relación con el artículo 14 de la misma normativa, los ascendientes y los otros parientes consanguíneos de grado más próximo del niño y, a falta de ellos, a quienes lo tengan bajo su cuidado. Se entenderá por consanguíneos de grado más próximo a aquéllos que lo sean hasta el tercer grado en la línea colateral inclusive (además de los padres, los hermanos y tíos).

1.3. Principios generales:

- a) Los padres biológicos no deben ser sometidos a ningún tipo de presión para que se involucren en un plan de adopción con anterioridad al nacimiento del niño (a), sin perjuicio de la posibilidad que consagra el artículo 10° de la Ley N° 19.620, en orden a iniciar el procedimiento destinado a entregar al hijo (a) en adopción antes de su nacimiento, en los casos que la norma señala.

Al respecto, cabe indicar que como norma interna, el SENAME ha dispuesto que sus Unidades de Adopción no inicien procedimientos destinados a entregar al hijo en adopción antes de su nacimiento, salvo en casos excepcionales en que se justifique proceder de tal manera.

- b) Tampoco deberán ser objeto de acciones o de atenciones especiales que los comprometan en su decisión de entregar a su hijo (a) en adopción, procurando que ésta sea el resultado de una reflexión libre y consciente.
- c) Se les deberá entregar la información necesari-

ria, respecto de las soluciones alternativas a la adopción y de las consecuencias legales y personales de su determinación, en especial, acerca de la irrevocabilidad de la misma, lo que supone el rompimiento de todo vínculo con el niño (a).

- d) En el caso de los recién nacidos, se deberá otorgar el tiempo suficiente para reconsiderar la decisión de renunciar a su hijo (a) antes de que esta determinación sea irrevocable.
- e) Se deberá respetar la voluntad de la madre en relación al contacto directo que ella desee tener con su hijo (a) recién nacido, sin que sea sometida a ningún tipo de presión al respecto.
- f) Cuando proceda, se deberá informar a la madre y/o familia de origen que su hijo (a) puede ser colocado con una familia residente en el extranjero, lo que significa que el niño (a) será trasladado a otro país.
- g) Se deberá informar a la familia biológica acerca del procedimiento de selección de padres adoptivos, a fin de darle tranquilidad en relación a que su hijo (a) será acogido por personas idóneas.
- h) Asimismo, se deberá informar a la familia biológica acerca de la posibilidad de contacto futuro que pueda ocurrir a requerimiento del hijo (a) y del apoyo que en esa oportunidad se les podrá brindar.

1.4. Plan de Intervención:

1.4.1. Ingreso:

La familia biológica, normalmente la madre en etapa de embarazo, puede ingresar al Subprograma a través de demanda espontánea, o ser derivada por establecimientos de salud, tribu-

nales, hogares de acogida a la madre embarazada u otros organismos de la comunidad, en los cuales haya planteado inicialmente su inquietud de ceder a su hijo (a) en adopción.

Asimismo, respecto de aquellos niños (as) que permanecen en instituciones de protección, la familia biológica o, en su defecto, quienes tengan bajo su cuidado al niño (a) pueden ser derivados a un Programa de Adopción, ante la imposibilidad de aquéllos para asumir su protección y los roles inherentes a la paternidad.

La atención integral a la madre y/o familia de origen se iniciará con una primera entrevista con un(a) Asistente Social, en la cual se indagará respecto de las causas que motivan la entrega o cesión del hijo (a), otorgando la información que corresponda a esta realidad. Se le hará presente la trascendencia de su decisión y de las alternativas posibles a ésta, como asimismo, se le hará ver la importancia de tomar su determinación sólo después de un tiempo prudente, en lo posible, tras el nacimiento de su hijo (a), haciéndoles comprender que tal decisión, que probablemente es una de las más difíciles que deban tomar, es una responsabilidad exclusiva de ellos y que deberán ser capaces de asumirla en el futuro.

El profesional responsable deberá tener la disponibilidad necesaria para atender a la madre y/o familia de origen, mostrarse amable y comprensivo, sin juzgarlos; por el contrario, deberá animar y facilitar su expresión de sentimientos, aceptando y respetando sus planteamientos, de modo que pueda sentirse acogida favorablemente.

Si la madre y/o la familia de origen persiste en su decisión de entregar al niño (a) en adopción, se le proporcionará una completa y adecuada información, en forma realista y clara, sobre el proceso de adopción y sus implicancias emocionales, sociales y legales.

Además, la madre recibirá atención psicológica, en la cual se le ayudará a clarificar sus sentimientos ante la decisión que deberá tomar en relación al futuro de su hijo (a), especialmente en aquellos casos en que su situación y estado emocional así lo requieran.

Excepcionalmente, se deberá considerar el ingreso o derivación de la mujer en conflicto con su maternidad, a establecimientos de acogida, cuando su situación así lo amerite.

1.4.2. Diagnóstico:

Del resultado de la investigación social, psicológica y jurídica de la familia de origen, surgirán los elementos que permitirán la elaboración de un diagnóstico integral del caso, que fundamente la necesidad de aplicar una medida de adopción u otra solución alternativa, de la cual se derivarán los procedimientos a seguir en cada caso.

1.4.3. Procedimientos:

En general se deberán considerar los siguientes aspectos:

- a) En el período anterior al parto, la atención a la madre y/o familia de origen continúa con entrevistas sociales y psicológicas, manteniendo los profesionales responsables un trato cercano, de manera que permitan la aproximación de la madre a éstos cuando sea necesario.
- b) Asimismo, se deberá mantener una coordinación permanente con los establecimientos de salud, a fin de resguardar los procedimientos y calidad de atención otorgada a la madre biológica antes, durante y después del parto.
- c) Con posterioridad al parto, será necesario reevaluar la decisión inicial de la madre de ceder

a su hijo (a) en adopción. Si la madre manifiesta su intención de ceder a su hijo (a), éste deberá ser ingresado a un sistema de protección acorde a sus características y necesidades particulares, evitando, en lo posible, que el recién nacido permanezca innecesariamente en el servicio de neonatología del hospital que corresponda.

- d) Mientras el niño (a) permanezca bajo una medida de protección, la madre continuará recibiendo apoyo social y psicológico hasta que se conozca su decisión definitiva, la cual deberá ser respetada en su integridad.

Al respecto, es preciso señalar que la Ley N° 19.620 establece, tratándose del procedimiento que se inicia con anterioridad al nacimiento del niño (a), que la madre tiene un plazo de 30 días para ratificar su decisión; si no lo hace, se la tendrá por desistida.

- e) Si la decisión definitiva de la madre es asumir su maternidad, se harán las gestiones necesarias para que se haga cargo de su hijo (a), y en el caso que decida entregarlo en adopción, se procederá a adoptar las medidas legales correspondientes.
- f) Para los efectos antes señalados, se deberá mantener una coordinación permanente con los tribunales, para formalizar y ratificar la determinación de la madre y/o familia de origen en relación al futuro del niño (a).
- g) Si la madre del niño (a) es menor de edad, se deberá procurar que los padres de aquélla o el que la haya reconocido como hija, en su caso, reciban adecuada atención por parte del Subprograma, de modo que si la decisión de la progenitora del niño (a) es entregarlo en adopción, presten su consentimiento en forma libre e informada. Si los padres de la progenitora del

niño (a) ignorasen el embarazo y/o parto de aquélla y la revelación de tal hecho pudiese causar graves conflictos familiares, se deberá poner en conocimiento del tribunal competente tal situación, con los fundamentos técnicos y sugerencias que correspondan, a fin de que se resuelva el camino a seguir.

- h) Posteriormente a la entrega del niño (a), se continuará brindando atención social y psicológica a la madre, por el tiempo que sea necesario, si ella así lo requiere, a fin de apoyarla en su reinserción social, respetando en todo caso su decisión, ya sea de aceptar la ayuda que se le ofrece o cortar todo vínculo con la institución.
- i) En aquellos casos en que las circunstancias del caso así lo ameriten, en opinión del equipo encargado del subprograma y siempre que la familia consienta en ello, se podrá efectuar acompañamiento y proporcionar apoyo a aquellas familias que han decidido asumir el cuidado de su hijo (a), desistiendo de una medida de adopción por el plazo que se estime conveniente, ello con el objetivo de prevenir situaciones que puedan afectar el bienestar del niño (a). En ningún caso podrá utilizarse o interpretarse como presión para que reconsidere su decisión.
- j) En aquellos casos de madres que han cedido a sus hijos (as) en adopción, el apoyo social y psicológico que a requerimiento suyo se les brinde deberá estar orientado a superar las consecuencias emocionales de la entrega, dadas fundamentalmente por la elaboración del duelo por la pérdida del hijo (a), la recuperación de su dañada autoestima y la asesoría en su decisión de mantener o no en secreto esta experiencia.
- k) Se deberá hacer presente a la madre biológica que el apoyo de la institución estará disponible también a futuro, si ella así lo requiere, consi-

derando que los sentimientos de pérdida pueden desencadenarse de nuevo a lo largo de la vida ante determinados eventos, oportunidad en los cuales podrá requerir de ayuda profesional.

- l) Por último, cabe señalar la importancia de que cada institución mantenga una adecuada red de apoyo social y comunitario, a fin de colaborar en la búsqueda de soluciones concretas que permitan a la madre rehacer su vida.

2. Subprograma de Recepción y Cuidado del Niño (a)

2.1. Objetivos:

- a) Proporcionar atención integral al niño (a) susceptible de ser adoptado, a fin de garantizar su bienestar, poniendo especial énfasis en la superación de sus carencias afectivas, físicas, psicomotoras y nutricionales, cuando proceda.
- b) Evaluar la situación biopsicosocial y legal del niño (a), para determinar su adoptabilidad y procurarle la familia más adecuada a sus características y necesidades, cuando corresponda; o, en su defecto, buscar una solución definitiva al problema que lo afecta.

2.2. Sujeto de atención:

De acuerdo a lo prescrito por la Ley N° 19.620, los niños (as) cuya situación puede ameritar una medida de adopción son los siguientes:

1. El niño (a) cuyos padres expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente, por no encontrarse capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de éste, debiendo el tribunal acreditar tal situación. (Artículos 8° letra a) y 9° Ley N° 19.620).

2. El niño (a) que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes (Artículos 8° letra b) y 11 Ley N° 19.620). Normalmente se tratará del hijo (a) de uno de los adoptantes o del nieto (a) del o los solicitantes.
3. El niño (a) cuya madre manifieste, antes de su nacimiento, su intención de entregarlo en adopción, siempre que sea patrocinada por SENAME o un organismo acreditado, y ratifique su decisión dentro del plazo de 30 días, contados desde el nacimiento. (Artículo 10° Ley N° 19.620)
4. El niño (a) que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial, sea de filiación determinada o indeterminada, declaración que procede cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado el cuidado del niño (a), se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:
 - a) Estén inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal. Para estos efectos, se aplicarán las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 42 de la Ley N° 16.618 (Ley de Menores), las cuales en general atienden a aquellas situaciones que colocan al niño en evidente peligro moral o material.
 - b) No le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante el plazo de seis meses, si el niño (a) es mayor de dos años de edad, tres meses, si es menor de esa edad, o cuarenta y cinco días, si fuere menor de seis meses.
 - c) Lo entreguen a una institución de protección o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales, lo que se presume cuando la mantención del niño (a) a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del niño

(a) que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado, o cuando estas personas no lo visiten, por lo menos una vez, durante los plazos señalados en la letra b).

Sin embargo, se deberá tener presente al respecto que el hecho de visitar al niño por lo menos una vez, durante los plazos aludidos, no implica por sí solo el cumplimiento de las obligaciones legales por parte de las personas mencionadas anteriormente, si de acuerdo a la evaluación psicosocial practicada por el establecimiento de permanencia, esta situación no se traduce en un vínculo personal afectivo con el niño.

2.3. Principios generales:

- a) La adoptabilidad sólo debe decidirse cuando el mantenimiento o la reinserción del niño (a), en su familia de origen o en su familia extendida, resulten imposibles o contrariar los intereses del niño (a), pese a los esfuerzos realizados. Se entenderá por familia extendida abuelos, hermanos y tíos.
- b) Se deberá considerar que la adopción es un proyecto de vida individualizado para un niño (a), decidido sobre la base de un diagnóstico integral de él o ella y de su familia de origen, lo que determina la necesidad de otorgarle una familia adoptiva.
- c) Se deberá asegurar que la situación del niño (a) no se deba a abusos, tráfico, venta o secuestro. Para tales efectos se debe establecer claramente, en lo que concierna al Subprograma, el origen del niño (a) y constatar que los padres no hayan sido presionados para dar su consentimiento.

- d) El proceso de adopción deberá regirse por el interés superior del niño, razón por la cual se buscará la familia que el niño (a) necesite y no por las solicitudes de los postulantes a la adopción o por las exigencias de las familias biológicas; sin perjuicio de la prioridad que la Ley contempla respecto a los ascendientes que deseen adoptar al niño(a).
- e) En la determinación de un proyecto de adopción, se deberá actuar con la mayor diligencia, en forma ágil y exhaustiva a fin de evitar los daños que le pueda ocasionar una institucionalización innecesaria y/o prolongada.
- f) Se debe garantizar la no separación de hermanos, excepto bajo circunstancias extraordinarias, ante lo cual se deberá procurar que ellos continúen en contacto.
- g) El proyecto de adopción de un niño (a) debe ser concebido, ejecutado y evaluado con la participación del niño (a), en función de su edad y grado de madurez.
- h) La adoptabilidad, especialmente en los casos de niños (as) de edad superior a cuatro años, sólo debe decidirse si parece apropiada a sus características personales (capacidad de adaptación en un entorno familiar, social, racial, escolar, cultural, lingüístico, etc., distinto).
- i) La adopción internacional del niño (a) sólo debe decidirse cuando éste no ha podido ser ubicado con una familia idónea residente en Chile.

2.4. Plan de Intervención :

2.4.1. Ingreso:

El niño (a) puede ingresar al Subprograma a través de demanda espontánea, sin perjuicio de la

necesidad de regularizar a la brevedad la situación ante el tribunal competente, como medida de protección decretada por el tribunal correspondiente, especialmente tratándose de aquellos niños (as) que permanezcan en la red SENAME y cuya condición pudiese ameritar su adopción, o luego de declarar de oficio el tribunal competente su adoptabilidad.

Una vez ingresado el niño (a) al Subprograma, se efectuará una completa evaluación de su actual estado físico y nutricional, con el objeto de brindarle la atención que requiera, de acuerdo a la edad, etapa de desarrollo y condiciones generales en que se encuentre.

Cabe señalar que, en relación a aquellos niños (as) que permanezcan en establecimientos o sistemas de protección de la red SENAME, su cuidado continuará por regla general a cargo de éstos, sin perjuicio de la coordinación que se deberá establecer con el Programa de Adopción respectivo y con el Tribunal competente, para los efectos de determinar su adoptabilidad, desde el punto de vista biopsicosocial y legal.

En el caso de los niños (as) que permanecen en establecimientos coadyuvantes y que no cuenten con profesionales para evaluar su adoptabilidad, SENAME deberá, para estos efectos, realizar las coordinaciones con centros de diagnóstico de la red que puedan efectuar esta labor.

2.4.2. Diagnóstico :

A todo niño (a) ingresado a un Programa de Adopción se le deberá realizar un diagnóstico integral, que permita determinar la medida más adecuada a cada caso, así como la atención que el niño (a) requiere, de acuerdo a sus características y necesidades particulares, en cada una de las diferentes áreas diagnosticadas.

Dicho diagnóstico deberá incluir:

- a) Evaluación de su estado de salud física :** Este aspecto deberá estar a cargo de un médico pediatra, y comprenderá, en primer lugar, el máximo de información perinatal (antecedentes prenatales, del parto y neonatales). Si el niño (a) reporta una historia médica previa, deberán consignarse los antecedentes mórbidos, así como los tratamientos recibidos y determinar la necesidad de efectuar exámenes especializados, a fin de obtener un diagnóstico preciso del estado de salud del niño (a) y/o pronóstico de las patologías que pudiese presentar.
- b) Evaluación de su estado nutricional :** Para este efecto, el profesional responsable, sobre la base de los antecedentes antropométricos, de peso y talla del niño (a), así como de su edad, deberá establecer la categoría a la que pertenece el niño (a) (sobrepeso, eutrofia o normalidad, desnutrición). Los resultados de esta evaluación permitirán, además, la aplicación del tratamiento de recuperación que corresponda.
- c) Evaluación de su desarrollo psicomotor y/o psicológico:** En general, para los lactantes se deberá evaluar el nivel de desarrollo alcanzado por el niño (a) en las áreas de lenguaje, social, motora y de coordinación, de acuerdo a su edad cronológica, a fin de determinar si existe o no algún tipo de retraso en las diversas áreas diagnosticadas. Tratándose de preescolares, la evaluación deberá incluir, además de las mencionadas áreas, una apreciación en relación al desarrollo socio-emocional del niño (a) y su capacidad de adaptación general.

En el caso de los niños (as) de edad superior a cuatro años, se deberá contar con un completo informe psicológico que evalúe las áreas intelectual, emocional y social, así como la dispo-

ción de éste hacia una eventual adopción. Dicho informe deberá contener, además, los recursos del niño (a) que facilitarían su proceso de adaptación a una familia adoptiva, las características o experiencias que podrían interferir su adaptación a aquélla y, por último, una apreciación del profesional informante en relación a la existencia de figuras vinculares significativas para el niño (a) y la conveniencia de su postulación.

- d) Evaluación de su situación social y legal:** Se deberá efectuar una exhaustiva investigación de la situación familiar y social del niño (a), a fin de determinar las acciones a seguir en cada caso (retorno a la familia de origen, adopción, derivación a un programa acorde a sus necesidades específicas, etc.). Dichos antecedentes deberán ser puestos oportunamente en conocimiento del tribunal competente, con el objeto que éste, de oficio o a solicitud del Programa, resuelva la medida más conveniente para el futuro del niño (a).

2.4.3. Procedimientos :

En general se deberán considerar los siguientes aspectos:

1º: Desde el punto de vista legal:

- a) La adoptabilidad legal de un (a) niño (a), es decir, la situación en que éste (a) se encuentra desde el punto de vista jurídico y que amerita una medida de adopción a su respecto, debe ser definida siempre en forma previa a cualquier gestión con la familia que pudiese asumir su cuidado, luego del respectivo procedimiento de selección.
- b) El establecimiento o sistema de permanencia del niño (a), en coordinación con los equipos a

cargo de los demás Subprogramas, según corresponda, deberán informar periódicamente al tribunal competente respecto de las variaciones positivas o negativas de la situación sociofamiliar del niño (a), y si ésta amerita una medida de adopción, se deberá iniciar a la brevedad el procedimiento destinado a declarar al niño (a) susceptible de ser adoptado, salvo en aquellos casos en que el tribunal actúe de oficio.

El informe de situación familiar y social, que se pondrá a disposición del tribunal competente, deberá contener especial referencia a las visitas que reciba el niño (a) en el establecimiento de permanencia, por parte de su familia biológica, indicando la calidad de las mismas en cuanto al vínculo afectivo que reflejan, de lo cual deberá dejarse constancia en el libro de visitas correspondiente y en la hoja cronológica de la carpeta individual del niño.

- c) Tratándose de aquellos niños (as) que sean descendientes consanguíneos de uno de los adoptantes, y especialmente cuando éstos sean el o los abuelos del niño (a), se deberá velar por que éstos sean debidamente informados respecto de la situación legal en que el niño (a) quedará en relación a su madre o padre biológico, y de las consecuencias que ello podría tener en la dinámica familiar.

2º: Desde el punto de vista biopsicosocial:

- a) La atención integral que el niño (a) debe recibir en los ámbitos físico, nutricional, psicológico y social, continuará siendo otorgada por quien corresponda, mientras dure su permanencia en el Subprograma.
- b) En lo que se refiere a aquellos centros de atención de lactantes y de acogida a la madre biológica, cuyo financiamiento procede del Servicio Nacional de Menores, continuarán sujetos a la supervisión general de la correspondiente Dirección Regional de SENAME establecida para los diversos sistemas asistenciales.
- b) Del resultado del diagnóstico integral del niño (a), y para el caso que ello aconseje una medida de adopción, se determinará el perfil de la familia adoptiva que él requiere, de acuerdo a sus especiales características y necesidades. En aquellos casos en que por distintos motivos no sea posible la adopción del niño (a), se deberá procurar que el tribunal competente arbitre a su respecto la medida definitiva más adecuada a su situación.
- c) Respecto de aquellos niños (a) susceptibles de ser adoptados, se deberá contar a lo menos con la siguiente documentación:
- Certificado de nacimiento.
 - Informe social.
 - Informe del estado de salud física y nutricional.
 - Informe psicológico o de desarrollo psicomotor, según corresponda.
 - Fotografía reciente, especialmente tratándose de niños (as) de edad superior a dos años.
- d) Según la edad y grado de madurez del niño (a), se deberá consultar su opinión y disposición respecto a una eventual adopción.
- e) Sólo una vez que se haya definido la adoptabilidad del niño (a), desde el punto de vista psicosocial, médico y jurídico, se procederá a informar al subprograma de selección y preparación de familia adoptiva, y para que se-

leccione la alternativa más adecuada a sus características y necesidades.

- f) En caso de lactantes, se efectuará en el menor tiempo posible su enlace con los futuros adoptantes y, mediando la aceptación por parte de éstos, se procederá al encuentro con el niño (a) y la tramitación legal que corresponda, con el objeto que asuman su cuidado personal con fines de adopción.
- g) En el caso de niños (as) de edad superior a dos años, el equipo multidisciplinario del establecimiento o sistema de permanencia, en coordinación con el Subprograma respectivo, deberá encargarse de su preparación para su incorporación a una familia adoptiva.

Dicha preparación incluirá la asesoría y apoyo para que el niño (a) pueda comprender y elaborar su situación de abandono y facilitar su adaptación a su nueva familia. Se recomienda utilizar la técnica del Libro de Vida, en el cual se contiene la historia del niño (a), que le ayudará a integrar su pasado y asumir en mejor forma su futuro, u otras que puedan ser aplicadas para este mismo fin.

- h) Deberán crearse las condiciones apropiadas para la realización del encuentro entre el niño (a) y sus futuros padres, de modo que ello se produzca en un ambiente tranquilo y acogedor que favorezca la expresión de sentimientos que necesariamente conlleva esta etapa. Dicho encuentro deberá ser evaluado por el equipo profesional del establecimiento o sistema donde el niño (a) permanece, en coordinación con el Subprograma respectivo.
- i) Si el encuentro entre el niño (a) y sus futuros padres adoptivos es evaluado negativamente, deberán analizarse las causas que motivaron

esta situación y programar las actividades de apoyo técnico que corresponda, para el objeto de reparar en él el daño emocional causado y la posibilidad de un nuevo enlace futuro.

- j) Respecto de los niños (as) de edad superior a dos años, es recomendable, posteriormente al primer encuentro, realizar un acercamiento y conocimiento progresivo entre el niño (a) y sus futuros padres adoptivos, previo a su egreso definitivo de la institución, salvo que la relación de aceptación y afinidad entre ambos revele contraindicado privar al niño (a) de su interés manifiesto de permanecer junto a los adoptantes, situación que también deberá ser evaluada por el profesional responsable. En esta etapa del proceso, los padres deberán adecuarse al ritmo y necesidades presentadas por el niño (a).

En los casos de niños (as), especialmente de dicha edad, enlazados con matrimonios no residentes en Chile, deberá efectuarse, además, el acompañamiento y asesoría profesional por todo el tiempo que dure la permanencia de los adoptantes en el país.

- k) Una vez confiado el cuidado del niño (a) a sus futuros padres adoptivos residentes en el país, se efectuará un acompañamiento destinado a velar por su bienestar en la etapa de adaptación a su nueva familia, el cual estará a cargo del Subprograma de selección y preparación de la familia adoptiva.
- l) En el caso de los matrimonios no residentes en Chile, el Programa que intervino en la adopción deberá requerir el seguimiento de los niños (as) que por esta vía hayan emigrado del país, para lo cual se deberá distinguir entre aquellos matrimonios que han sido patrocinados por un organismo extranjero acreditado en

Chile, caso en el cual éste llevará a cabo dicho seguimiento por un período no inferior a un año, debiendo remitir a lo menos un informe semestral, y aquellos matrimonios que no han sido patrocinados por un organismo extranjero acreditado en Chile, en que el seguimiento será efectuado por el organismo gubernamental o privado acreditado que corresponda, de su país de residencia, que haya emitido su informe social, en igual forma que en el caso anterior.

- m) Se deberá ofrecer apoyo psicosocial al adoptado cuando emprenda la búsqueda de sus orígenes. Al respecto, el Programa que intervino en su adopción o SENAME, en todo caso, serán quienes resolverán en primera instancia las motivaciones que hay tras la búsqueda, así como las posibilidades, oportunidad y discrecionalidad de que se realice un encuentro con la familia biológica, a fin de cautelar los derechos de ambas partes, solicitando, en caso que corresponda, autorización judicial para otorgar al adoptado acceso a sus antecedentes de origen.

3. Subprograma de evaluación técnica de los solicitantes y su preparación como familia adoptiva

3.1. Objetivos:

- a) Brindar al niño (a) una alternativa de familia capaz de garantizarle un adecuado desarrollo integral, como asimismo un cálido ambiente de familia, en el cual él pueda encontrar la seguridad emocional que requiere, de modo que pueda sentirse aceptado y querido tal cual es, con toda su historia familiar, características y necesidades.

- b) Evaluar técnicamente a los postulantes, desde el punto de vista social, psicológico, moral y de salud, a fin de acreditar su idoneidad para desempeñar el rol de padres adoptivos.
- c) Brindar asesoría y apoyo a los postulantes declarados idóneos para ejercer la paternidad adoptiva, en la etapa previa a la adopción y con posterioridad a ella.

3.2. Sujeto de atención:

Los cónyuges chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país, o aquellos residentes en el extranjero que cumplan los requisitos básicos señalados en la Ley N° 19.620. Asimismo, las personas solteras o viudas, chilenas, con residencia permanente en Chile, que cumplan los requisitos legales y manifiesten su disposición para acoger a un(a) niño(a) que no haya podido ser adoptado por matrimonios idóneos residentes en el país o en el exterior.

Para los efectos de acreditar la residencia permanente en los casos señalados, los interesados deberán contar con el certificado de permanencia definitiva en el país, otorgado por la autoridad nacional competente.

3.3. Principios generales:

- a) Los postulantes a una adopción deberán tener claridad respecto a que esta medida tiene por objetivo principal dar una familia a un (a) niño (a), cuyo interés debe prevalecer por sobre aquéllos de los interesados, por legítimos que ellos sean.
- b) Toda pareja interesada en adoptar, que cumpla con los requisitos legales y responda en princi-

pio a los criterios técnicos de selección, deberá tener acceso al proceso de postulación, sin ningún tipo de discriminación, ajena a la filosofía de la institución de que se trate, según conste en sus estatutos.

En este sentido, en el proceso de selección de padres adoptivos la posición socioeconómica de los postulantes no deberá ser la única o principal consideración.

Asimismo, no será admisible el ejercicio de influencias de ninguna índole.

- c) Los postulantes deberán recibir información clara y precisa respecto de los criterios de selección de padres adoptivos, así como de los procedimientos que al respecto se utilizan, a fin de evitar posibles interpretaciones de arbitrariedad y/o subjetividad en el proceder de cada entidad.
- d) Los interesados en adoptar deberán ser informados respecto de las características que en general presentan los niños (as) que se encuentran en situación de ser adoptados, quienes normalmente reportan historias de privaciones y abandono y que en ocasiones han debido vivir experiencias traumáticas, por lo que, en consecuencia, necesitan familias que se comprometan con ellos y los amen incondicionalmente, ofreciéndoles estabilidad y seguridad en sus vidas.
- e) Los interesados tendrán derecho a conocer toda la información relacionada con el niño (a), para el cual han sido considerados como alternativa de familia, en especial antecedentes de gestación, de su estado de salud y de su desarrollo psicomotor; edad, estado de salud y situación social de sus progenitores, con el objeto que, sobre la base de esa información, puedan decidir

libremente si son capaces de asumir su adopción.

Lo anterior cobra especial relevancia en caso que se reporten antecedentes que signifiquen un riesgo en la salud física o mental del niño o niña, a futuro.

- f) En el caso de la adopción internacional, además de acreditar su idoneidad como padres adoptivos, los postulantes deberán tener la capacidad para manejar aspectos relacionados con la diversidad racial, cultural y, eventualmente, lingüística.
- g) Los padres adoptivos deben estar conscientes del derecho del niño (a) de conocer que ha sido adoptado; y a la búsqueda de sus orígenes, cuando así lo requiera.

3.4. Plan de Intervención:

3.4.1. Ingreso :

Los interesados en adoptar residentes en Chile podrán ingresar al Subprograma a través de demanda espontánea, derivados por tribunales, servicios de salud u otros organismos de la comunidad.

La atención a los solicitantes se iniciará con una primera entrevista con una Asistente Social, en la cual se deberá constatar el cumplimiento de los requisitos legales, y se investigará sobre algunos aspectos técnicos relacionados con la motivación, experiencia vivida con respecto a su esterilidad, y condiciones socioeconómicas que en general ofrezcan los interesados.

Además, en dicha entrevista se deberán dar a conocer los procedimientos utilizados durante todo el proceso, tiempo de espera aproximado, proce-

dencia de los niños (as) y aspectos legales. Asimismo, se despejarán las dudas e inquietudes que presenten los solicitantes en relación a los niños (as) susceptibles de adopción, a sus padres biológicos y lo relativo a la asignación y encuentro con un(a) niño(a).

Resulta fundamental que en la aludida entrevista el profesional encargado defina, con los antecedentes recabados en aquélla, si los solicitantes pueden continuar en el proceso, si se requiere alguna asesoría especializada previa para determinar al respecto, o si son rechazados temporal o definitivamente.

En este sentido, es posible citar, como motivos para rechazar una solicitud de adopción, el no cumplimiento de los requisitos legales, motivación inadecuada, incompatibilidad entre las edades de los solicitantes y sus expectativas en cuanto a la edad del niño (a) que desean acoger, enfermedades crónicas o de carácter invalidante, búsqueda del hijo (a) biológico aún inconclusa, esterilidad no asumida, o condiciones socioeconómicas deficientes.

Es preciso señalar que si la institución así lo considera, por recibir una gran demanda de interesados en adoptar, es factible iniciar el proceso reuniendo a un número determinado de éstos en sesiones informativas, destinadas a abordar aspectos generales relacionados con el proceso de postulación, con el fin de continuar con aquellas solicitudes en principio viables y desincentivar aquéllas que no lo sean.

Si los solicitantes aparecen orientados por el sano y legítimo deseo de tener un hijo (a), al margen de motivaciones técnicamente inadecuadas, dan cumplimiento a los requisitos legales y requerimientos técnicos generales para postular a la

adopción de un niño (a), deberán pasar a la etapa de diagnóstico, a fin de acreditar su idoneidad como familia adoptiva.

En el caso de los matrimonios residentes en el extranjero, podrán postular a través de un organismo extranjero acreditado en Chile, o en forma directa, con o sin representante, si así lo permite la legislación de su país de residencia, a través de SENAME o de cualquier organismo acreditado nacional. Tratándose de aquellos matrimonios que deseen postular por intermedio de SENAME, deberán remitir sus antecedentes a la Unidad de Adopción de la Dirección Nacional de dicho Servicio, la cual realizará una evaluación general de los postulantes, la que quedará a disposición de todas las Unidades de Adopción Regionales, a fin de poder ser considerados por cualquiera de éstas, salvo que los interesados opten por postular en una Unidad Regional determinada. En tal caso, deberán enviar su documentación directamente a la Dirección Regional de SENAME que corresponda.

3.4.2. Diagnóstico:

El objetivo fundamental del trabajo de selección de los padres adoptivos es determinar la idoneidad de los postulantes para ejercer los roles inherentes a la paternidad, como también respecto de las capacidades que ellos demuestren poseer, para satisfacer adecuadamente las necesidades de un niño (a) adoptado en todas las etapas de su desarrollo.

En esta etapa, los interesados residentes en el país deberán ser orientados a reunir antecedentes que den cuenta de las condiciones de vida que ellos podrían ofrecer a un niño (a) susceptible de ser adoptado. Dichos documentos serán, a lo menos, los siguientes:

- a) Autobiografías de ambos.
- b) Certificado de matrimonio.
- c) Certificados de nacimiento de los solicitantes.
- d) Certificados de antecedentes para fines especiales.
- e) Certificados de salud física.
- f) Certificados de situación económica y antigüedad laboral.
- g) Fotografías recientes.
- h) Certificados de honorabilidad y cartas de parientes que den cuenta de la aceptación del proyecto de adopción.
- i) Informe de familia.
- j) Informe psicológico.

De los antecedentes anteriormente señalados, revisten especial importancia los informes de familia y psicológico, por cuanto en éstos se contiene la información más relevante para llegar a determinar la idoneidad de los postulantes. Dichos documentos deberán ser elaborados de acuerdo a las pautas que en anexo se adjuntan, a fin de lograr una cierta uniformidad en las evaluaciones técnicas, de modo que en las apreciaciones de los profesionales a cargo estén contempladas todas las variables que es necesario considerar.

Cabe señalar que las evaluaciones social, para el informe de familia, y psicológica, para el respectivo informe, podrán ser realizadas por profesionales externos que hayan recibido la debida capacitación, en caso que no posean suficiente experiencia en la materia, debiendo regirse siempre por las normas y pautas que en este documento se contienen, sin perjuicio de la responsabilidad que en definitiva asumirá por tales acciones el respectivo organismo acreditado o Unidad de Adopción, en el caso de SENAME.

Por otra parte, será de responsabilidad de cada institución maximizar las posibilidades de

que el niño (a) sea integrado a una familia idónea, a fin de disminuir el riesgo de que pudiese quedar expuesto a una nueva experiencia de abandono o de abuso. Para tales efectos, existen criterios técnicos de selección que deberán ser aplicados en todo procedimiento de evaluación de solicitantes de una adopción, tanto nacional como internacional.

Los aludidos criterios serán los siguientes :

1º: Motivación: Es la base de una buena adopción, a través de la cual lo que se pretende conocer es qué persigue la pareja al desear adoptar un hijo (a). La adopción debe basarse en motivaciones emocionalmente sanas y que no lleguen a ser perjudiciales para el niño (a). Además, es importante que la decisión de adoptar sea compartida por ambos cónyuges.

2º: Edad de los postulantes : La Ley de Adopción N° 19.620 continúa considerando como edad mínima para postular a una adopción 25 años, y como máximo 60; sin embargo, desde el punto de vista técnico, es recomendable que los niños (as) recién nacidos y hasta un año de edad, sean entregados a padres jóvenes, menores de 40 años, estableciendo así una diferencia máxima de 40 años entre adoptantes y adoptado, criterio universalmente aceptado que pretende garantizar una relación natural entre padres e hijos, sin que se produzca una gran brecha generacional que interfiera la formación de vínculos y potencie las crisis propias de la adolescencia. Dicho criterio puede admitir una cierta flexibilidad, ya sea en el caso del cónyuge varón, cuyo límite de edad podría considerarse en 45 años, o tratándose de niños (as) que por su edad o condiciones personales sean difíciles de ubicar, para los cuales su mejor alternativa podría ser una familia residente en el extranjero, aunque no responda estrictamente al criterio en comento, dependiendo ello de cada caso.

3º: Calidad de la relación de pareja: Es necesario que una pareja tenga una relación segura y estable para enfrentar adecuadamente las exigencias de una paternidad adoptiva, ya que en ocasiones la llegada de un hijo (a) podría desestabilizar un matrimonio, en vez de convertirse en motivo de mayor unión, como sería esperable. Además, los cónyuges deberán demostrar adecuados canales de comunicación y de coordinación entre ambos, como asimismo un buen manejo de las situaciones de conflicto. Otro aspecto a considerar en este sentido, es poder vislumbrar su capacidad de adaptación y flexibilidad a situaciones de cambio, especialmente en lo que implica la incorporación de un nuevo miembro a la familia, como es un hijo (a).

4º: Comprobación de la esterilidad : Es importante explorar con la pareja, cuando corresponda, cómo ha sido enfrentado su problema de infertilidad conyugal, con el objeto de detectar cuán elaborados están los sentimientos de no haber podido procrear naturalmente sus hijos. Para poder proporcionar al niño (a) un medio formativo seguro y emocionalmente estable, es de gran importancia que los futuros padres adoptivos hayan analizado las causas y efectos en torno a la infertilidad y hayan alcanzado una aceptación de su estado, lo que quiere decir también, aceptar que un hijo (a) adoptivo no es un hijo biológico y nunca podrá serlo. De esta forma, ya superada su propia problemática, estarían en condiciones de recibir al hijo adoptivo por sí mismo, y no como solución a sus propios problemas.

5º: Salud física y mental: En el aspecto físico, se trata de descartar la presencia de enfermedades crónicas o con riesgo de muerte, ya que la intención es entregar a los niños (as) padres sanos, que les acompañen hasta su edad adulta, evitando aquellos solicitantes cuyas condiciones de salud limiten el cuidado del niño (a) o lo expongan a una nueva situación de abandono. En relación a la sa-

lud mental, se debe descartar todo tipo de patologías psiquiátricas o características de personalidad en la pareja que puedan dañar emocionalmente al niño (a). Unido con ello, los postulantes deberán poseer un ajuste de personalidad dentro de los límites normales, y ser capaces de establecer lazos afectivos profundos, mantener un adecuado control de sus impulsos y ser muy tolerantes a la frustración.

6º: Condiciones socio económicas y culturales : Se considera que el empleo, el nivel educacional, cultural, habitacional y económico de los solicitantes, son factores importantes de evaluar, ya que permiten visualizar el entorno en que deberá desenvolverse el niño (a) y proyectar su futuro. En el aspecto económico, los postulantes deberán demostrar que pueden cubrir adecuadamente las necesidades básicas y de educación de un niño (a), y que su incorporación al grupo familiar no provocará un desequilibrio en el nivel de vida de los postulantes.

En el caso de los matrimonios residentes en el extranjero, deberán presentar ante el Servicio Nacional de Menores o ante cualquiera de los organismos nacionales acreditados ante éste, por sí o por intermedio de quien los represente en calidad de apoderado, los siguientes documentos contemplados en el art. 32 de la Ley N° 19.620, autenticados, autorizados y legalizados, según corresponda, y traducidos al castellano:

- a) Certificado de nacimiento de los solicitantes.
- b) Certificado de matrimonio de los solicitantes.
- c) Certificado expedido por el cónsul chileno de profesión u honorario, si lo hubiere, en que conste que los solicitantes cumplen con los requisitos para adoptar según la ley de su país de re-

sidencia; o, en su defecto, otro instrumento idóneo que permita al tribunal formarse esa convicción.

- d) Certificado de la autoridad de inmigración del país de residencia de los solicitantes, en que consten los requisitos que el menor adoptado debe cumplir para ingresar al mismo.
- e) Certificado autorizado por el organismo gubernamental competente del país de residencia de los solicitantes, si lo hubiere, o, en caso contrario, otro instrumento idóneo para formar la convicción del tribunal, en que conste la legislación vigente en aquel país en relación con la adopción, con especial señalamiento de los efectos que produce la adopción entre adoptantes y adoptado y la forma como opera el reconocimiento en ese país de una sentencia de adopción otorgada en Chile, así como acerca de la adquisición y pérdida de la nacionalidad del futuro adoptado.
- f) Informe social favorable emitido por el organismo gubernamental o privado acreditado que corresponda del país de residencia de los solicitantes, si lo hubiere, o en su defecto, otros antecedentes que acrediten esta materia a satisfacción del tribunal.
- g) Certificados que comprueben, a satisfacción del tribunal, la salud física, mental y psicológica de los solicitantes, otorgados por profesionales competentes de su país de residencia.
- h) Antecedentes que acrediten la capacidad económica de los solicitantes.
- i) Fotografías recientes de los solicitantes.
- j) Tres cartas de honorabilidad de los solicitantes, otorgadas por autoridades o personas re-

levantes de la comunidad en su país de residencia.

Una vez recibida la documentación de tales peticionarios, será revisada primeramente por el abogado (a) del Subprograma de evaluación técnica de los solicitantes y su preparación como familias adoptivas, para comprobar si cumple o no con las formalidades legales. Si de dicha revisión se concluye que está completa, ésta pasará para su posterior estudio y análisis desde el punto de vista psicosocial.

Concluida la evaluación jurídica y psicosocial de los antecedentes de los solicitantes, se les dará respuesta directamente a sus países de residencia y/o a través de su representante, si lo tuvieran.

3.4.3. Procedimientos:

En general se deberán considerar los siguientes aspectos:

- a) Una vez que los interesados hayan completado la documentación solicitada, deberán presentar los antecedentes al Subprograma y, a través de una nueva entrevista, se les comunicará el resultado de la evaluación psicosocial, y si éstos son declarados aptos o no para postular a la adopción de un niño.
- b) Si los solicitantes son declarados idóneos, serán considerados como postulantes a la adopción y serán incorporados como tales al registro respectivo, a fin de ser seleccionados en tanto se disponga de los antecedentes de un(a) niño(a) a cuyas características y necesidades especiales respondan adecuadamente.

Para los efectos de acreditar la idoneidad de los solicitantes, el Organismo o la Dirección Re-

- gional correspondiente emitirá en su oportunidad el certificado pertinente.
- c) En esta etapa, es preciso definir en forma clara las reales expectativas de la pareja en relación con su futuro hijo adoptivo, como también indagar respecto de los posibles temores o aprensiones que ellos presenten con respecto a las condiciones de salud del niño, antecedentes de salud de los padres de éste, origen de su gestación, origen étnico, etc.
- d) Asimismo, como parte de la preparación de los postulantes, las instituciones deberán considerar actividades o talleres de capacitación pre y post adopción, tendientes a facilitar el desarrollo de sus habilidades como padres adoptivos.
- e) Cuando un matrimonio sea considerado como futuros padres adoptivos para un niño, deberá ser informado ampliamente de todos sus antecedentes, y si conforme a éstos lo acepta, se efectuarán las gestiones necesarias con el establecimiento y/o institución de permanencia, como asimismo con el tribunal correspondiente, si procede, para preparar y efectuar el encuentro con el niño, en el cual resulta fundamental el acompañamiento del profesional responsable.
- f) Si, por el contrario, el matrimonio no aceptara la asignación del niño, por razones justificadas, igualmente podrán continuar en el proceso de postulación.
- g) El enlace nunca deberá dejarse a iniciativa de los futuros adoptantes, mediante la selección por parte de ellos de un niño a través de visitas a establecimientos o a familias de origen.
- h) En el caso de una adopción internacional, los antecedentes del o los niños se harán llegar a los solicitantes a sus países de residencia, directamente o a través de sus representantes, a fin de que puedan evaluar si están en condiciones de asumir su adopción, previo a su proposición al tribunal respectivo, pudiendo requerir ampliación de la información del niño o niña, que les permita resolver más fundadamente la asignación.
- i) Para efectos del enlace, en lo posible, se respetarán las expectativas manifestadas previamente por los postulantes, en lo relativo especialmente a la edad, sexo y condiciones de salud del niño que desean acoger; o de los progenitores de éste, puesto que resultará inconveniente forzar asignaciones para las cuales no están preparados.
- j) Si en el encuentro de los postulantes con el niño se percibe una positiva afinidad, se solicitará del tribunal competente la medida de protección que los faculte para hacerse cargo en forma inmediata del niño.
- k) Si, por el contrario, dicho encuentro resultara negativo o no prosperara, se deberán analizar las causas de esta situación, con el objeto de poder evaluar si corresponde o no realizar un nuevo enlace con otro niño y en qué lapso.
- l) Con posterioridad a la entrega del cuidado del niño a sus futuros padres adoptivos, deberán efectuarse acciones de acompañamiento, destinadas a brindar asesoría y apoyo en el ejercicio de su rol, frente a los problemas que pudiesen presentar. Dicho acompañamiento se realizará por el lapso de un año, contado desde la entrega del niño, y considerará la emisión de a lo menos un informe en el caso de lactantes, y mínimo dos, tratándose de niños con edad superior a dos años, el cual deberá ser incorporado a la carpeta individual de los padres adoptivos.