REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 227-228 (1-2): 127-136, 2010 ISSN 0303-9986

FAMILIA ENSAMBLADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

MARCELA MOMBERG ALARCÓN
Profesora de Derecho de Infancia y Adolescencia
Universidad Autónoma de Chile*

1. INTRODUCCIÓN

A medida que ha ido evolucionando nuestra sociedad, el modelo de familia tradicional que era amparado por el derecho[1], es decir, familia nuclear intacta y asentada bajo el principio de la indisolubilidad del matrimonio[2], ha ido variando. Han surgido, por tanto, diversas formas familiares que deben ser reconocidas y recogidas por nuestro legislador, puesto que dan cuenta de realidades y necesidades diferentes[3].

* Magíster en Derecho. Universidad de Concepción.

[1] Decimos "era amparado", por cuanto con las modificaciones legales de los últimos años es posible sostener que el concepto de familia ha ido variando. Para fundamentar dicha postura podemos mencionar los cambios que se han introducido con la dictación de la Ley de Violencia Intrafamiliar, Ley Indígena, la llamada Ley de Filiación y la Ley de Matrimonio Civil. Así como las diversas posturas doctrinales que han surgido en torno a esta temática.

[2] Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene: "Ponencia 'La Familia Ensamblada'. El vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro". X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, República Argentina, 1998. En Biblioteca Facultad de Derecho, Universidad de Chile. En esta ponencia las autoras señalan que una misma persona puede en el transcurso de su vida transitar por distintas formas familiares. Por ejemplo, exponen el caso de una mujer casada con hijos que luego se divorcia y que posteriormente vuelve a contraer matrimonio. Ella ha experimentado el modelo de familia nuclear intacta, para luego formar una familia monoparental y finalmente una familia ensamblada.

[3] Moreno, Gustavo; Silva, Cristina: Ponencia "Familia ensamblada. Apreciaciones generales, conceptualización, su perspectiva desde el Derecho. Incidencia en la custodia y autoridad parental, tutela legal y régimen comunicacional. La familia ensamblada como nuevo paradigma. Propuestas". X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, República Argentina, 1998. En Biblioteca Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En este punto es entonces donde nos referiremos a lo que la doctrina actual ha denominado la "familia ensamblada"[4].

Este tipo de familias debe ser visualizada y prestar atención a cómo en ellas se socializan niños, niñas y adolescentes, entendiéndolo desde la doctrina de la protección integral de la infancia y la adolescencia[5], con relación al interés superior[6] de los mismos.

2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR FAMILIA ENSAMBLADA?

La familia ensamblada ha sido conceptualizada como "la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa" [7, 8].

[4] Ese tipo de familias también ha recibido otras denominaciones en doctrina, tales como: familia reconstituida, familia transformada, familia recompuesta, nueva familia extensa, familia alargada, familia mezclada o combinada. En el mundo anglosajón es llamada "stepfamily".

[5] La doctrina de la protección integral surge con la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) y el perfeccionamiento de los instrumentos internacionales de protección de los derechos de los mismos, y los universales en materia de garantía y protección de los derechos humanos, tales como las Reglas de Beijing de 1989 y las Directrices de Riadh de 1990.
En términos generales se puede decir que esta doctrina trata de una protección integral de derechos y que una ley que se encuentra en el marco de ésta abandona la noción de menores como sujetos definidos de una manera negativa y pasa a conceptualizarlos como sujetos plenos de derechos. Desaparecen así las nociones de riesgo, situación irregular y solamente se señala la situación de riesgo cuando el niño se encuentra amenazado o violado en sus derechos, ya sea por su familia, por la sociedad, o por el Estado.

[6] Aun cuando no exista una definición precisa acerca del interés superior, creemos que hay una cierta unanimidad en cuanto a entender que el interés superior del niño consiste en garantizar al niño la satisfacción de los derechos que surgen en su calidad de persona humana, los que deberán ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres, de la sociedad y del Estado. Gómez de la Torre Vargas, Maricruz: "El Interés Superior del Niño". *Gaceta Jurídica*. Nº 238. Abril de 2000. p. 25.

[7] Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene: *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias, problemas y soluciones legales*. Edit.Universidad Buenos Aires, República Argentina, 2000. Capítulo II, punto 2, p. 35. Las autoras incluyen en el concepto de familia ensamblada tanto el núcleo integrado por el progenitor a cargo de sus hijos de una unión anterior que vuelve a contraer matrimonio, como al conformado por el padre que no convive con sus hijos.

[8] Para Cecilia Grosman, la familia ensamblada es aquella que se "constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior". Grosman, Cecilia P.: "Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el MERCOSUR y países asociados". *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el MERCOSUR y países asociados.* Edit. LexisNexis, Buenos Aires, República Argentina, 2007. Punto III, 1. p.108. Plantea que se ha elogiado la denominación de familias ensambladas, entre tantas que circulan en el medio social, puesto que bajo su entender este nombre simboliza con mayor precisión los intercambios que tienen lugar entre el núcleo que se constituye y los grupos familiares precedentes. Considera que dar un nombre a este tipo de familias es importante, ya que se les otorga visibilidad en la sociedad, se les permite conocer sus problemas y estudiar cuáles son las soluciones más adecuadas para éstos.

Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Se ha planteado que la creación de este tipo de familias no es reciente. Es un fenómeno que ya desde los siglos XVII y XVIII ha estado presente[9].

La diferencia actualmente radica en que en un comienzo se asoció este modelo de familia a la viudez: el viudo o viuda volvía a constituir una nueva familia al momento de contraer segundas nupcias. Sin embargo, hoy en día la mayor cantidad de familias ensambladas no surge de la muerte de alguno de los cónyuges, sino que tienen su origen en las rupturas conyugales, las que muchas de ellas pueden terminar en un divorcio[10]. Lo que trae como consecuencia la creación de nuevas relaciones de pareja, que contraerán matrimonio o bien mantendrán una convivencia.

Generalmente, en este tipo de familias el marido de la madre recibe el nombre de "padrastro" y la cónyuge del padre "madrastra". Denominaciones que traen consigo una connotación de carácter negativo y –por qué no decirlo– siniestro, si pensamos en los cuentos infantiles; entonces surge la pregunta de ¿cómo llamarles?.

Las autoras argentinas Grosman y Martínez Alcorta[11] han decidido llamarles padre y madre afín, basadas en el lazo de parentesco que se crea, parentesco por afinidad, si esta nueva pareja contrae matrimonio. Lo que concuerda con el art. 31 de nuestro Código Civil: "Parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer. La línea y el grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califican por la línea y su grado de consanguineidad de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio […]"[12].

Por el contrario si la madre o el padre no contrae matrimonio, sino que mantiene una unión de hecho, no existirán lazos de parentesco, y nuevamente surge la pregunta que nos hemos planteado, ¿cómo llamarles? Las mismas autoras han señalado que él o la conviviente pueden cumplir el mismo rol que cumple él o la que contrajo nuevo matrimonio, por ende pueden nombrarse de la misma forma.

[9] Como lo exponen Grosman y Martínez Alcorta, en los siglos XVII y XVIII las familias se conformaban con niños de dos o, incluso, de tres matrimonios diferentes. Al morir uno de los cónyuges, el contraer un nuevo matrimonio se constituía casi en una obligación.

[10] En este sentido Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene. Ob. cit. *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias, problemas y soluciones legales.* Capítulo V, p. 46 a 52.

[11] Idem. Ob. cit. Capítulo IV, p. 39- 43.

[12] Las negrillas son nuestras, para remarcar la idea expuesta.

Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Contrarios a este pensamiento se manifiestan Moreno y Silva, quienes prefieren llamarlos "nuevo cónyuge/concubino", puesto que esta denominación incluye técnicamente a las familias ensambladas a partir del matrimonio como a las que tienen un origen en las convivencias[13].

Sobre este punto, nos adherimos a la denominación que hacen las primeras autoras, ya que el hecho de que esta nueva pareja haya o no contraído matrimonio, no hace que los roles sean distintos respecto de los hijos de uno, del otro o los que ambos tengan en conjunto.

3. CUIDADO PERSONAL Y RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR EN LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

Si bien es cierto el estudio de las familias ensambladas puede abarcar diversos aspectos, se torna de nuestro interés revisar qué acontece en este tipo de familias con el cuidado personal de los hijos y con la relación directa y regular que puede surgir: por una parte con el padre o madre de los niños que no los tiene bajo su cuidado o bien con el padre o madre afín. Y sobre todo, con relación a como se presenta y se respeta el interés superior de los niños que forman parte de este tipo de familias.

Lo señalado encuadra con lo planteado por Da Cunha Pereira[14], en torno a que la paternidad y maternidad son funciones ejercidas, y por ello es bueno considerar la paternidad y maternidad socio-afectiva y no tan sólo la biológica.

Papel importante, pero no por eso criticable y cuestionable, cumple el rol del padre o madre afín en el caso del art. 228 del Código Civil[15], en donde deberá dar su consentimiento para que ese niño viva en el hogar común.

[13] En este sentido, Moreno, Gustavo, Silva Cristina. Ob. cit.

[14] Da Cunha Pereira, Rodrigo: "Cuando los padres se separan. El derecho de los niños/adolescentes en un escenario jurídico para el Mercosur". *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el MERCOSUR y países asociados*. Edit. LexisNexis, Buenos Aires, República Argentina, 2007. Punto V, p. 291.

[15] Según esta norma legal, la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común con el consentimiento del otro cónyuge. Tal norma legal no se contemplaba en el Proyecto Original de la Ley Nº 19.585. Hay varias discusiones en torno a ella: Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de fecha 4 de noviembre de 1997, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. P.1839. Disponible en http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19585/1821.pdf. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. P.1533. Informe complementario de fecha 22 de julio de 1998. Disponible en:http://www.bcn.cl/histley/lfs/ley19585/1375.pdf.

Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3.1. Respecto al cuidado personal de los hijos. Diferentes aspectos

Al momento de divorciarse o de separarse la pareja, pueden haber dejado establecido, ya sea por vía de acuerdo entre ellos o bien judicialmente, a quién le corresponderá el cuidado personal de lo hijos[16]. Sin embargo, entra en esta nueva dinámica el padre o madre afín, quien puede también cumplir y complementar de buena forma la función de cuidado respecto de estos niños.

Hasta hace un tiempo se consideraba que la formación de una nueva familia tenía efectos que podían ser considerados como negativos sobre el niño. Incluso se sostenía que esta nueva pareja del padre o madre era una figura sustituta que podía lesionar la imagen del padre biológico que no convivía con el niño. En la actualidad se piensa que esta nueva estructura familiar puede darle al niño en su entorno una mayor seguridad[17]. Es decir, se favorece el interés superior del niño.

Debemos tener presente que en ningún momento se trata de pasar a llevar, denigrar o afectar la relación que el hijo tenga con el padre o madre que no lo tiene bajo su cuidado. No se desconoce, ni se debe desconocer el rol del padre o madre biológico que está presente en el día a día, distinto será si es considerado como ausente.

En casos de crisis y ruptura de la pareja, ya sea que hayan estado casados o bien conviviendo, es necesario tener presente, como lo hemos dicho, que las responsabilidades parentales no se extinguen o limitan para ninguno de los padres, por el contrario deberían reforzarse y mantenerse[18].

La figura del padre o madre afín, que aparece en esta nueva dinámica, puede comportarse de distintas formas, de acuerdo a dos factores: edad del niño y el desentendimiento del padre o madre biológico, según lo han planteado las autoras Grosman y Martínez Alcorta[19]:

[16] Arts. 224, 225, 226 y 228 del Código Civil.

[17] En este sentido Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene. Ob. cit. "Ponencia La Familia Ensamblada. Distintos aspectos de la relación entre uno de los integrantes de la pareja y los hijos del otro".

[18] Lathrop Gómez, Fabiola: "Cuidado personal de los hijos". *Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*. Edit. PuntoLex S.A., Santiago de Chile, 2005. Punto 3.1.1. p. 31.

[19] En este sentido Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene. Ob. cit. *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias, problemas y soluciones legales.* Capítulo XI, p. 166-169.

Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

– Ejerciendo un rol de máxima cooperación y coordinación en el cuidado del hijo, su crianza y educación; involucrarse. En este caso, el padre o madre progenitor que lo tiene bajo su cuidado debe estar dispuesto a compartir esta función.

– No compartiendo ninguna responsabilidad, pero sí quiere tener derecho a opinar en torno a lo que sea mejor para el niño. Las decisiones las toma el padre o madre progenitor y el padre o madre afín no hace demandas ni coloca límites.

– Manteniéndose al margen de cualquier función de cuidado o formación de los hijos. En este tipo de situación no se crearán lazos entre los hijos y el cónyuge o conviviente del padre o madre.

Finalmente la idea es que cumpla un rol complementario; "integrar o perfeccionar la función. La misión de la madre o padre se enriquece con este quehacer cooperativo, ya que el niño puede en todo momento contar con la pareja adulta que resulta necesaria para su adecuado desarrollo"[20].

Cuando los niños viven con su padre o madre, que además ejercen el cuidado personal respecto de ellos, el cónyuge de ese padre o madre construye vínculos o lazos fuertes que claramente deben ser reconocidos y por qué no decirlo también legislados y amparados por el derecho, en atención a resguardar el interés superior del niño[21]. Lo mismo podría acontecer respeto de las familias que se forman sobre la base de una convivencia. Los afectos y lazos que se crean no son distintos si hay matrimonio o no.

Sin embargo, frente a este escenario pueden surgir varias interrogantes:

–¿Qué sucede si muere el padre o madre que tenía el cuidado personal de los hijos, y que posteriormente había contraído matrimonio nuevamente o mantenía una convivencia?

Nuestro Código Civil no entrega una solución taxativa frente al planteamiento de este problema. La primera alternativa es tender a pensar que el cuidado personal debería pasar al padre o madre sobreviviente que no

[20] En este sentido Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene. Ob. cit. *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias, problemas y soluciones legales.* Capítulo XI, Punto 5. p.176.

[21] Scherman, Ida A.; Mendoza, Elena: "Ponencia La Familia Ensamblada o Reconstituida (parentesco por afinidad". X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, República Argentina, 1998. En Biblioteca Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Las autoras en su ponencia restringen la denominación de padre o madre afín a aquellas familias ensambladas que se forman sobre la base del matrimonio, por el tema del parentesco por afinidad.

Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lo tenía bajo su cuidado, si es que se acredita que es la persona más idónea y goza de las aptitudes suficientes para tener el cuidado del niño; pero ello no es obstáculo para que se determine que sea otra persona la que ejerza esta atribución, en virtud de la redacción del art. 226 del Código Civil[22].

La atribución del cuidado personal a priori al padre o madre sobreviviente, como podría creerse por la mayoría de las personas, sólo por existir un nexo biológico, podría significar ignorar la realidad del niño y afectar su desarrollo.

En muchas oportunidades el niño ha permanecido durante mucho tiempo con el cónyuge o conviviente de su padre o madre, quien además se ha hecho cargo de su cuidado. A ello puede sumarse el hecho de que tenga nuevos hermanos nacidos de esta unión. Cambiar el cuidado personal se traduciría en separar al niño del grupo familiar al que puede sentir su único hogar, sobre todo si el contacto con el padre o madre que no lo tenía bajo su cuidado era deficiente o casi nulo[23].

La figura del juez, cuando este tipo de situaciones llegan a su conocimiento[24], cobra un rol preponderante, puesto que deberá analizar y tomar en consideración diversos factores que atenderán a tener en cuenta el interés superior del niño; lo mejor para su integridad física y emocional. Se podría establecer que más que revisar la capacidad e idoneidad del padre o madre sobreviviente, se debe analizar el medio en que se ha desenvuelto el niño, sus condiciones familiares, su entorno, los vínculos que ha creado con los miembros de esta familia ensamblada y por sobre todo su opinión, acorde con lo establecido en el artículo 16 de la Ley que crea los Tribunales de Familia.

–¿Qué sucede en el caso de que exista un nuevo divorcio o separación? (respecto del segundo matrimonio o segunda convivencia).

Nos podemos enfrentar a casos en que ambos padres se han desvinculado de su hijo, pasando a ser la figura principal y de apego el padre o madre afín. En este evento tampoco podríamos descartar la opción

[22] En este sentido, Lathrop, Fabiola. Ob. cit. "Cuidado personal de los hijos". Punto 2.4.5. p. 22.

[23] En este sentido, Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene. Ob. cit. *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias, problemas y soluciones legales.* Capítulo XI, p. 197-198.

[24] Pensamos que esto acontecerá en la gran mayoría de los casos: si no hay conflicto el padre o madre afín deberá regularizar la situación para poder ejercer todos los derechos que la ley contemple respecto del niño, y si hay conflicto con mayor razón para poder determinar quién detentará el cuidado personal del niño; en ambos casos teniendo presente el interés superior de este último.

Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de entregar el cuidado personal del hijo a esta persona, puesto que se han creado vínculos de afecto y de confianza que son necesarios para el niño. Situación que concuerda también, en parte, con lo planteado en el art. 226 del Código Civil[25].

Las respuestas que hemos intentado dar a estas dos preguntas se pueden sustentar en otras dos normas: por una parte el art. 242 inc. final del Código Civil, en torno a que para adoptar cualquier resolución el juez atenderá como una consideración primordial el interés superior del niño y deberá tener en cuenta su opinión, en función a su edad y madurez. En armonía con lo que establece el art. 9 de la CDN, el niño no será separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en atención al interés superior del niño.

3.2. Respecto del derecho-deber de mantener una relación directa y regular. Diferentes aspectos

Puede suceder que esta nueva pareja que se conformó, ya fuese porque se contrajo el vínculo del matrimonio o bien se mantuvo en una situación de convivencia, se divorcie o separe.

Es aquí donde se plantea una nueva interrogante: aquel que fue el cónyuge o pareja del padre o madre que tenía al hijo bajo su cuidado, ¿tiene derecho a mantener una relación directa y regular con el niño?

En el evento de que hubiesen estado casados, podemos aplicar lo establecido en el artículo 48 inc. final de la Ley de Menores: "El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar"; con relación al parentesco por afinidad reglamentado en el art. 31 del Código Civil.

No acontecería igual situación si esta pareja hubiese mantenido una convivencia, lo cual resulta a todas luces injusto. Frente a esta última situación, es posible aplicar dos normas de la CDN que avalarían un tratamiento igualitario

[25] Art. 226 del Código Civil: "Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, sobre todo, a los ascendientes".

Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

frente a distintas situaciones: Artículo 5: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los *miembros de la familia ampliada o de la comunidad* [...]" y 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"[26].

No es difícil pensar que los vínculos afectivos que surgen en las familias ensambladas permanecen aun frente a una nueva ruptura, sobre todo respecto de los niños. El establecer una relación directa y regular les permitirá mantener lazos a los que estaban habituados y por sobre todo estabilidad emocional[27].

El alejamiento entre padre e hijos, y en este caso entre hijos y padre afines, puede producir secuelas en el orden emocional que se verán reflejadas posteriormente en el sano desarrollo del niño, lo que muchas veces puede comprometer y modificar su comportamiento social[28].

4. ALGUNAS CONCLUSIONES EN TORNO AL TEMA DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

A modo de entregar algunas conclusiones, podemos decir que el tema de las familias ensambladas que está en desarrollo constituye una realidad aún no reconocida por el derecho, y que deberá continuar siendo revisado y debatido por la doctrina. Por otra parte, es claro que el legislador al dictar una ley no puede imponer un modelo ideal de familia, pero sí le corresponde impartir las normas por las cuales se regula la vida en sociedad.

Asimismo, sabemos que la ley no puede regular los afectos, pero sí puede estimular las responsabilidades parentales tanto de los padres como de los padres afines, como consecuencia de la conformación de estos nuevos grupos familiares.

[26] Los subrayados son nuestros para fundamentar la afirmación.

[27] En este sentido, Moreno, Gustavo; Silva, Cristina. Ob. cit.

[28] Días Freire, Denise: Ponencia *El precio del amor*. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Sevilla, Huelva, España, 2004. En Biblioteca Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Artículo: Familia ensamblada y el interés superior del niño
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Marcela Momberg Alarcón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La labor del juez es esencial[29], tanto en los casos de cuidado personal como de regulación directa y regular será prioritario escuchar la opinión del niño[30], en conjunto con los organismos técnicos que asesoran al juez. Cada caso que se coloca en conocimiento de un juez es distinto, sobre todo si estamos frente a un padre o madre que niegue el trato del niño con quien durante en una etapa de su vida cumplió en gran parte roles parentales.

En este camino que queda por recorrer debemos tener presente lo que plantea el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Debiendo ser preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

[29] Costa Saraiva plantea que el perfil del juez, en el nuevo derecho de la infancia y adolescencia, se condice con una visión comprometida con la doctrina de la protección integral, con la efectividad de las normas internacionales y nacionales que poco a poco ha ido recibiendo el juez en su formación. Para poder operar en este nuevo derecho se espera un juez capaz de actuar e interactuar en la sociedad, calificado y por sobre todo comprometido con un ideal. Costa Saraiva, Joao Batista: "El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia". *Justicia y Derecho del Niño*. Nº 2 sección 1. UNICEF, República Argentina, 2001.p. 39 a 47.

[30] Artículo 16 de la Ley que crea los Tribunales de Familia.