INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAIDO EN DOS PROYECTOS DE LEY QUE INTRODUCEN MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS LEGALES, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA INTEGRIDAD DEL MENOR EN CASO DE QUE SUS PADRES VIVAN SEPARADOS.

BOLETINES N°s. 5917-18 y 7007-18.

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia viene en informar, en primer trámite constitucional, los proyectos de ley señalados en el epígrafe, originados el primero en una moción de los ex Diputados señores Álvaro Escobar Rufatt y Esteban Valenzuela van Treek, con la adhesión de los Diputados señora Alejandra Sepúlveda Órbenes y señores Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz y Jorge Sabag Villalobos y de los ex Diputados señora Ximena Valcarce Becerra y señores Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahuán Chahuán y Eduardo Díaz del Río, y el segundo en una moción del Diputado señor Gabriel Ascencio Mansilla, con la adhesión de los Diputados señoras Carolina Goic Boroevic, Adriana Muñoz D'Albora y María Antonieta Saa Díaz y señores Sergio Ojeda Uribe, Marcelo Schilling Rodríguez y Mario Venegas Cárdenas.

Ambas iniciativas refundidas cuentan con los dos informes reglamentarios de la Comisión de Familia, correspondiendo a esta Comisión conocer de ellas en virtud del acuerdo adoptado por la Corporación en sesión 50a., de 5 de julio de 2011.

Durante el análisis de la propuesta formulada por la Comisión de Familia, la Comisión contó con la colaboración de doña Carolina Schmidt Zaldívar, Ministra del Servicio Nacional de la Mujer; doña Jessica Maulim Fajuri, Subdirectora del Servicio Nacional de la Mujer, doña Andrea Barros Iverson, Jefa del Departamento de Reformas Legales, doña Susan Ortega Herrera y doña Daniela Sarrás Jadue, asesoras jurídicas del Servicio; doña Inés María Letelier Ferrada, Ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; doña María Sara Rodríguez Pinto, profesora de Derecho Civil en la Universidad de Los Andes; don Nicolás Espejo Yaksic, consultor del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); doña Gloria Negroni Vera, jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago; doña Fabiola Lathrop Gómez, profesora de Derecho Civil y de Familia en la Universidad de Chile; doña Verónica Gómez Ramírez, psicóloga, perito judicial, don Rodrigo García, vocero de la Organización "Papá Presente", don Max Celedón Collins, ingeniero informático, don Ignacio Schiappacasse Bofill, académico del Departamento de Economía de la Universidad de Concepción; don Leonardo Estradé-Brancoli, sociólogo, asesor parlamentario, y don Héctor Mery Romero, abogado, Director de la Fundación Jaime Guzmán.

Para el despacho de esta iniciativa, el Jefe del Estado ha hecho presente la urgencia, la que ha calificado de simple para todos sus trámites constitucionales, por lo que esta Corporación cuenta con un término de treinta días corridos para afinar su tramitación, plazo que vence el 12 del mes en curso, por haberse dado cuenta de la urgencia en la Sala el 13 de diciembre recién pasado.

I.- IDEAS MATRICES O FUNDAMENTALES.

La idea central de las dos iniciativas tiene por objeto consagrar, en el caso de separación de los padres, el principio de la corresponsabilidad parental en el cuidado de un niño o adolescente, distribuyendo entre ambos progenitores, en forma equitativa, los derechos y deberes que tienen respecto de los hijos, considerando en todo el interés superior del niño.

Sobre la base de esta idea central, el texto aprobado por la Comisión de Familia modifica las disposiciones pertinentes del Código Civil y de la Ley de Menores.

Tal idea es propia de ley al tenor de lo establecido en los números 2) y 3) del artículo 63 de la Constitución Política.

II.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS.

De conformidad a lo establecido en los números 2°, 4° y 7° del artículo 287 del Reglamento de la Corporación, la Comisión dejó constancia de lo siguiente:

1.- Que el proyecto no contiene disposiciones que requieran un quórum especial de aprobación.

2.- Que ninguna de sus disposiciones es de la competencia de la Comisión de Hacienda.

3.- Que se rechazaron las siguientes indicaciones, todas de los Diputados señora Saa y señores Burgos, Ceroni, Díaz, Harboe, Rivas y Walker para:

a.- Sustituir el epígrafe del Título IX del Libro I del Código Civil por el siguiente:

“De la responsabilidad parental del hijo o hija no emancipado.”.

b.- Sustituir el artículo 222 del Código Civil por el siguiente:

“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior de su hija o hija, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Es deber de ambos padres, cuidar y proteger a

su hijo o hija y velar por el cumplimiento de sus derechos, en especial, por su integridad física y psíquica.

La responsabilidad parental comprende los siguientes derechos y deberes respecto del hijo o hija:

1° La adopción de decisiones de importancia relativas al hijo o hija, entendiéndose por tales aquéllas que inciden, de forma significativa, en su vida futura;

2° Cuidado personal;

3° Relación directa y regular en caso de no ejercerse por uno de los padres el cuidado personal;

4° Educación y establecimiento;

5° Alimentos;

6° Corrección;

7° Administración de sus bienes;

8° Representación legal.

Ambos padres ejercerán la responsabilidad parental de su hija o hija no emancipado conforme a los principios de igualdad parental y corresponsabilidad, procurando, asimismo, conciliar la vida familiar y laboral. En el ejercicio de dicha responsabilidad velarán por el interés superior de su hijo o hija, su derecho a ser oído, a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres y demás parientes cercanos, y a desarrollarse en compañía de sus hermanos y hermanas.

Si el hijo o hija ha sido reconocido por uno de sus padres, corresponderá a éste el ejercicio de la responsabilidad parental. Si el hijo o hija no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez y ejercerá las funciones que las leyes le encomienden, conforme a lo establecido en el inciso primero de este artículo.”.

c.- Agregar el siguiente inciso tercero en el artículo 227 del Código Civil:

“El juez podrá apremiar, en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado en juicio de cuidado personal, por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo o hija, y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo señalado por el juez. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo o hija y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez.”.

d.- Derogar el artículo 42 de la ley N° 16.618, de Menores.

e.- Derogar el inciso tercero del artículo 66 de la ley N° 16.618, de Menores.

III.- DIPUTADO INFORMANTE.

Se designó Diputada Informante a la señora Marisol Turres Figueroa.

IV.- ANTECEDENTES.

1.- Los fundamentos de la moción boletín N° 5917-18, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, señalan que en los actuales tiempos son muchas las familias en que los progenitores viven separados, en que uno de los padres tiene a su cargo la crianza del menor y el otro solamente es un proveedor con derechos limitados o, simplemente, no existe, ya sea porque no tiene interés en participar en la formación del hijo o, porque no obstante tener tal interés, debe enfrentar diversos obstáculos que se lo impiden.

Agregan que la separación de los padres constituye un hecho que marcará para siempre la vida del menor, dependiendo su mayor o menor efecto negativo de la forma en que los padres puedan manejar sus diferencias sin involucrar al hijo. Agregan que el adecuado desarrollo psicológico y emocional del menor depende de muchos factores, siendo uno de ellos la cercana presencia de las imágenes paterna y materna, por lo que la visión distorsionada de una de tales imágenes incidirá en la autoestima, seguridad y estabilidad emocional del menor en su vida adulta hasta niveles aún no determinados.

Añaden que la importancia del tema aparece reflejada en uno de los principios de la “Declaración de los Derechos del Niño”, el que señala que, en lo posible, “deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”, derecho infantil que creen debe ejercerse aunque lo padres no vivan juntos, quienes siempre deberán observar todas sus responsabilidades morales, afectivas, formativas y pecuniarias, necesarias para la formación de un ambiente adecuado para su desarrollo.

Se refieren, en seguida, a un trastorno de la conducta familiar consistente en que uno de los padres incurre en actitudes destinadas a alienar o alejar de la mente del menor, la figura del otro progenitor, trastorno que sólo se ha analizado hace poco tiempo y que recibe la denominación de “síndrome de alienación o alejamiento parental”.

Esta anomalía, definida por el profesor de psiquiatría clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, señor Richard Gardner, como un trastorno surgido principalmente a consecuencias de las disputas por la guarda y custodia de un niño y que consiste en el lavado de cerebro que experimenta el menor a consecuencias de la acción sistemática de uno de los padres, destinada a envilecer la imagen del otro en la mente del hijo, obteniendo un alejamiento y rechazo concreto de este último hacia el padre alienado, debilitando progresivamente los lazos de afecto entre ellos, muchas veces, de modo irrecuperable.

El especialista mencionado clasifica este síndrome como un tipo de maltrato infantil que, mediante estrategias sutiles del padre alienador, busca destruir los vínculos del menor con el otro padre y que para que se produzca, debe llenar tres requisitos: 1° obedecer a una campaña constante en el tiempo de denigración o rechazo hacia el otro padre; 2° no debe existir un motivo plausible para la promoción de tal campaña, siendo el padre víctima de la alienación una persona normal desde el punto de vista de la capacidad parental, y 3° la reacción negativa del menor hacia el padre alienado, debe ser el producto de la influencia ejercida por el otro padre.

La actitud del padre alienador, a quien describen los especialistas como una figura protectora, obedece a la expresión de sentimientos de rabia o venganza hacia el otro, normalmente encubiertos bajo una apariencia de víctima, destinadas a exteriorizar la figura de un padre bueno en oposición a otro malo. Esta actitud se expresa en conductas tales como el incumplimiento de los horarios de visitas, la obstaculización a las comunicaciones entre el hijo y el padre alienado, el alejamiento injustificado del padre de las actividades y problemas de los hijos, la formulación constante de comentarios negativos acerca de ese padre para predisponer al menor en su contra y suprimir toda expectativa afectiva o emocional que pudiera el menor tener hacia él, la incorporación del entorno familiar más cercano a esta campaña, la interposición de denuncias de violencia intrafamiliar falsas, etc.

Citan los autores de la moción, las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que su artículo 9 indica que los Estados deben velar porque no se separe a los niños de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, como por ejemplo en casos de maltrato o de descuido por parte de los padres que viven separados por lo que resulta necesario decidir acerca del lugar de residencia del menor. Este mismo artículo establece que los Estados deberán respetar el derecho del menor que vive separado de uno o ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Su artículo 18 dispone que los Estados deberán poner su máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de

que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior del menor.

Por último, citan jurisprudencia europea que ha reconocido la existencia y los efectos nocivos del síndrome de alienación parental, destacando que también en Chile ha tenido recientemente acogida en virtud de una sentencia del Tribunal de Familia de Coquimbo, que reconoce los derechos del padre frente a una actuación que " con la excusa de buscar un bien, puede impedir el normal desarrollo del niño.".

2.- La moción boletín N° 7007-18, que introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos, fundamenta la iniciativa, recordando que las disposiciones pertinentes del Código Civil, en especial, su artículo 224, establecen el derecho – deber de los padres de crianza y educación de los hijos por su calidad de tales y no por tener a su cargo el cuidado personal de los mismos, por lo que en caso de separación, no sólo mantiene este deber aquél de los dos que asume el cuidado personal sino también el que es privado de él. Lo anterior guardaría relación con la Convención de los Derechos del Niño, la que en su artículo 18 señala que los Estados deberán poner su máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior del menor, como también con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra en su artículo 17 la obligación de los Estados Partes de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución.

No obstante lo señalado, el Código Civil, al regular la relación de los hijos menores de edad con sus padres, se aleja de estos principios, al establecer en su artículo 225 que si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos, agregando que por medio de escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento dentro de los treinta días de otorgada, podrán acordar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre.

Por último, esta misma norma establece que cuando el interés del hijo lo haga indispensable, ya sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar el cuidado personal al otro de los padres, pero no podrá confiar este cuidado a aquél de los padres que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro, pudiendo hacerlo.

De todo lo anterior, resulta que la mujer tiene un derecho preferente en lo que se refiere al cuidado personal del hijo, pudiendo

ejercerlo el padre únicamente si llega a acuerdo con la madre o si el juez, por motivos excepcionales, se lo atribuye.

Agregan los autores de la moción que esta solución es discriminatoria y atenta contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, por lo que parte de la doctrina la estima inconstitucional. Además de no seguir el principio rector sobre la materia, que es el interés superior del niño, tal solución infringe la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la que en su artículo 16 impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar, en condiciones de igualdad, los mismos derechos y deberes como progenitores a hombres y mujeres, teniendo en vista, primordialmente, el interés superior de los hijos. Precisamente, como consecuencia de esta disposición, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, durante el examen del cuarto informe periódico del Estado de Chile, recomendó al país derogar o enmendar las disposiciones discriminatorias de su legislación interna, para adaptar el cuadro legislativo nacional a las disposiciones de la Convención, asegurando la igualdad de los sexos que la misma Carta Política chilena consagra.

Explican, en seguida, que, con el objeto de reforzar la igualdad de responsabilidades parentales, otras legislaciones contemplan un sistema de tenencia compartida o custodia alternada, en cuya virtud el hijo convive con cada uno de los padres durante cierto tiempo, durante los cuales uno de ellos ejerce el cuidado personal y el otro mantiene un régimen comunicacional. Agregan que si bien tal sistema presenta ventajas y desventajas, resulta de justicia considerarlo y apreciar su implementación caso a caso, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Exponen, luego, el contenido de su propuesta, señalando que además de introducir el sistema compartido recién reseñado, suprimen la parte del artículo 225 que impide entregar el cuidado personal del hijo, a aquel de los padres que no ha contribuido a su mantención mientras estuvo al cuidado del otro, pudiendo hacerlo, por cuanto, atendiendo al interés personal del menor, en términos generales, debe permitirse evaluar el caso particular de que se trate, puesto que puede ser mucho más nocivo asignar el cuidado personal del hijo a un tercero que a aquél de los padres que incumplió en los términos que trata este artículo.

Por último, suprimen derechamente el artículo 228, disposición que establece que la persona que tiene bajo su cuidado personal a un hijo que no ha nacido en el matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común con el consentimiento de su cónyuge, por cuanto tal disposición estaría entregando la decisión de separar al niño de su padre o madre, al nuevo cónyuge, lo que en otras palabras, significaría que el mismo Estado que debe velar para que el menor no sea separado de sus padres,

estaría proporcionando a un tercero, ajeno al niño, la decisión de con quien éste debe vivir.

V.- INTERVENCIONES RECIBIDAS POR LA COMISIÓN.

Antes de entrar al debate en particular sobre el texto propuesto por la Comisión de Familia, la Comisión recibió el parecer de las siguientes personas:

1.- Don Nicolás Espejo Yaksic, abogado, encargado de protección legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Estimó favorablemente la complementación de las reglas y principios contenidos en el artículo 222 del Código Civil, con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile, en particular, porque UNICEF considera importante que la legislación de familia precise, en forma explícita, el principio de corresponsabilidad en el rol de orientación, cuidado y protección de los niños por parte de los padres o los representantes legales, agregando que dicho principio, consagrado en el artículo 18 de la Convención, impone a los Estados Partes la obligación de poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, atribuyendo a éstos o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial en su crianza y desarrollo, teniendo como preocupación fundamental el interés superior del niño.

Comentó que con esta nueva redacción, el artículo 222 no sólo remarcaría los deberes de respeto y obediencia de los hijos hacia sus padres, sino también el principio del interés superior del niño como guía de acción de aquéllos, agregando que al señalar que los padres deberán actuar de común acuerdo en las decisiones fundamentales que atañen a los hijos, estaría adecuando su contenido a lo prescrito en la Convención.

Asimismo, estimó favorable la exigencia que se hace a los padres de mantener una actitud responsable y orientada a la protección de la imagen del otro progenitor, a fin de evitar desvirtuarla injustificadamente a los ojos del hijo.

No obstante, creía necesario precisar que el deber de cuidado y protección no sólo debería referirse a la protección en general y a la integridad física y psíquica, sino que al respeto de todos los derechos reconocidos por la Convención, es decir, el de ser oídos, el derecho a la salud, a la intimidad y a la propia identidad, entre otros, sin perjuicio, además, de una mejor forma de referirse a quienes sustentan el derecho-deber de cuidado, protección y orientación de los niños, incluyendo no sólo a los padres sino también a los representantes legales como lo señala el artículo 18 de ese instrumento internacional.

Por último, creía respecto de este artículo que siendo el interés superior del niño el principio fundamental que debía orientar el rol de los padres en el ejercicio de sus obligaciones propias, debería figurar en su encabezado.

Respecto del artículo 225, señaló que lo que debería el legislador procurar, sería velar porque se resguarde el principio del interés superior del niño por sobre cualquiera otra consideración, sea ésta económica, política o social y, por lo mismo, cuestiones de innegable importancia como los derechos de los padres sobre los hijos o la regulación de los efectos adversos que generan prácticas impropias por parte de los padres que tienen la custodia del hijo respecto de los no custodios, deberían siempre ceder ante tal principio.

Destacó como el aspecto más relevante de la propuesta de la Comisión de Familia, el reconocimiento, por primera vez en el país, del cuidado personal o custodia compartida de los padres que viven separados, al que calificó como un gran avance a la luz de los principios del interés superior del niño y de la co-responsabilidad paterna. Señaló que el fundamento de esta obligación descansaba sobre la idea de que si bien la nulidad, el divorcio o la separación ponían fin a la convivencia entre los progenitores, no sucedía lo mismo con los vínculos familiares, es decir, los derechos y responsabilidades de los padres respecto de los hijos comunes, deben mantenerse igual que hasta antes de la ruptura, en otras palabras, lo característico de la custodia compartida, residiría en crear la ficción de mantener la normalidad familiar, ya realmente perdida, en aras a reducir, lo más posible, el impacto de la crisis en los hijos.

En cuanto a las ventajas globales que presentaría la custodia compartida, señaló que las más importantes serían la posibilidad de garantizar a los hijos disfrutar la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura, lo que tornaba la nueva situación más parecida al modelo de convivencia previo a la crisis y, por lo mismo, menos traumática para los hijos; se evitarían ciertos sentimientos negativos en los menores como la sensación de abandono, el sentimiento de culpa, de negación, de suplantación o el de lealtad por uno u otro progenitor; la creación de una actitud más abierta de los hijos lo que facilitaría una mejor aceptación de la nueva situación; la posibilidad que los padres puedan seguir ejerciendo los derechos propios de la autoridad paternal en términos igualitarios o coparticipativos; la reducción del riesgo de alienación parental en el niño toda vez que no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los padres y, por último, toda vez que el sistema lleva a que éstos deben cooperar o buscar acuerdos, la custodia compartida se convierte en un modelo educativo para los hijos.

Asimismo, elogió el esfuerzo por fortalecer la relación directa y regular entre el padre no custodio y los hijos, evitando las acciones del cónyuge custodio para impedir las relaciones del otro cónyuge con los niños.

No obstante, creía necesario introducir algunas precisiones en el artículo 225:

1° La custodia o cuidado personal compartido basa su fuerza como modelo de corresponsabilidad, en la voluntad de ambos progenitores de acceder a ella, es decir, el sistema presupone la existencia de condiciones entre los progenitores que los llevará a cooperar y que van desde la proximidad geográfica entre los respectivos domicilios hasta la similitud de modelos educativos entre ambos. Este tipo de relaciones surge normalmente de los llamados divorcios o separaciones “no destructivos”, en otras palabras, en los demás casos resulta casi imposible lograr los objetivos del cuidado personal compartido. Por ello, estimaba preocupante la forma como el inciso quinto de este artículo, permitía al juez decretar la aplicación de este mecanismo, que no sólo lo autoriza hacerlo sin seguir criterios de asignación sino que como una forma de sancionar las conductas del padre custodio, destinadas a afectar el derecho a la relación directa y regular del otro padre o su imagen como una forma de obtener beneficios económicos.

Sostuvo que el esquema del cuidado personal compartido presuponía la existencia de condiciones que resultaban fundamentales para su éxito, por lo que no podía ser visto por el padre custodio como una sanción a su conducta. Además, en el caso de establecérselo como una sanción para el caso que los obstáculos opuestos por el padre custodio, pretendieran ventajas económicas, podía ser considerado como un desincentivo por éste para la denuncia de abusos por parte del otro, movido por el temor a perder la custodia.

En cuanto a la residencia del hijo bajo el sistema de cuidado personal compartido, creía necesario contar con un abanico de posibilidades que reforzara el principio de corresponsabilidad de ambos padres, tales como la designación de un progenitor residente principal, la residencia alternativa en el domicilio de cada padre u otra forma que pueda satisfacer el derecho del hijo a ser oído y la unidad familiar, mediante su compatibilización con los intereses individuales de los integrantes de la familia.

2° Otro punto que le mereció críticas respecto de este artículo, fue la mantención de la atribución legal subsidiaria del cuidado del hijo a favor de la madre, idea que se basaba en evitar la judicialización que se produciría en forma inmediata de no existir esta atribución y en la realidad existente en la mayoría de las familias chilenas en los casos de ruptura de los padres. Respecto a las razones que se dan como fundamento de esta atribución subsidiaria, señaló que no obstante carecer de antecedentes para apreciar la cantidad de juicios que podrían iniciarse si se la suprimiera, las estadísticas demostraban que del número de familias que viven separadas en el país, un porcentaje muy minoritario lleva sus diferencias a los tribunales y de éstos la gran mayoría resuelve estos temas de común acuerdo, como es el caso de los divorcios concertados y, en el

caso de los unilaterales, la mayor parte de los casos se resuelven en la mediación o conciliación, llegando muy pocos a la decisión judicial.

Recordó que lo central apunta a velar por el interés superior del niño, no obstante lo cual las causales que permiten entregar el cuidado personal al otro padre son el maltrato, descuido u otra causal calificada que se orientan, más bien, a la integridad física y moral del menor y no a la protección de su interés general, el que incluye el desarrollo de su vida familiar en las mejores condiciones posibles.

Agregó que no se consideraba tampoco el derecho del niño a ser oído, algo que le parecía vital y que la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 12.

Todo lo anterior lo llevó a sugerir dejar abierta la posibilidad de determinar en el caso concreto que se tratara, la forma de cuidado personal, suprimiendo la regla de atribución subsidiaria.

Concordó plenamente con la derogación del artículo 228, toda vez que el interés por el que debe velar el legislador es el del hijo del padre a quien corresponde el cuidado personal y no el del cónyuge de este último.

Por último, en cuanto a las modificaciones al artículo 229, las consideró positivas toda vez que precisaban las obligaciones del Estado en conformidad a lo dispuesto por el artículo 9 de la Convención y consagraban el principio de no separación y relación directa y regular entre padres e hijos.

2.- Doña María Sara Rodríguez Pinto, profesora de Derecho Civil en la Universidad de Los Andes.

En su intervención se mostró contraria a la idea de modificar el artículo 222 por cuanto lo que pretendía agregársele resultaba reiterativo, ya que la obligación de los padres de cuidar y proteger al hijo y velar por su integridad física y psíquica, se encontraba establecida a nivel constitucional y legal, incluso el mismo artículo 222 en su inciso segundo comprendía dicha obligación.

En lo que se refería al artículo 225 **sí** consideraba necesaria su modificación. Recordó que en una relación regular, correspondía a ambos padres de consuno ocuparse de la crianza y educación de los hijos, tal como lo señalaba el artículo 224. El artículo 225, en cambio, se ocupaba de la situación en los casos de padres que viven separados y, de acuerdo a las modificaciones introducidas por la ley N° 19.585, los padres, mediante un acuerdo, podían en tales casos atribuir la tuición de uno o varios hijos al padre o a la madre. Agregó que al amparo de las convenciones reguladores de la separación o el divorcio, se había introducido la práctica del cuidado, educación y crianza conjunta de los hijos, a la que se llegaba por medio de las convenciones entre las partes o como

resultado del procedimiento obligatorio de mediación, la que los jueces aprobaban, pero no podían imponer mediante resolución tal práctica porque no tenían atribuciones para ello.

Agregó que la mencionada ley N° 19.585 había mantenido, a falta de acuerdo, la atribución supletoria de la tuición a la madre, con lo que favorecía el statu quo existente desde antes de la separación, es decir, los principios de estabilidad y continuidad en la crianza y educación de los hijos. Al respecto, sostuvo que esta regla cumplía una importante función como era prevenir el litigio entre los padres que no estaban de acuerdo acerca de la tuición e, indirectamente, constituía un incentivo para alcanzar acuerdos.

El mismo artículo 225 señalaba una tercera regla que se aplicaba en el caso que variaran las circunstancias existentes antes de la separación, producto del descuido o maltrato por parte del padre que detentara la tuición, caso en el cual el juez, a solicitud del otro padre, podría atribuirle el cuidado personal.

A su parecer, las tres reglas de atribución de la tuición deberían mantenerse, aun cuando estaba de acuerdo con que pasara a ocupar el primer lugar de este artículo, la regla de la atribución conjunta por acuerdo de los padres, por cuanto era la preferente en el derecho nacional.

Señaló no compartir la inhabilidad especial que se establece en el inciso tercero del texto vigente y mantenido por la Comisión de Familia, que impide al juez atribuir la tuición a aquel padre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo al cuidado del otro padre, la que tendría una raíz histórica que no estaba segura si tenía aún justificación, por lo que creía debía eliminarse, como tampoco concordaba en lo más mínimo con la prohibición que se imponía al juez en el encabezamiento del inciso cuarto, de no poder fundar su decisión en base a la capacidad económica de los padres.

Asimismo, no compartía atribuir la tuición conjuntamente a ambos padres como un mecanismo de sanción para aquél que impedía al otro la relación directa y regular con el hijo o que efectuaba denuncias o demandas basadas en hechos falsos para obtener beneficios económicos, por cuanto esta forma de tuición sólo funcionaría cuando hay acuerdo, armonía y coordinación entre los padres, no pudiendo ser impuesta contra la voluntad de uno de ellos, ni menos como sanción.

Creía que en el caso de vivir los padres separados y no existir entre ellos un acuerdo de cuidado personal compartido, el problema radicaba en si siempre deberían actuar de consuno en materias de crianza y educación como lo señalaba el nuevo inciso segundo que la Comisión de Familia proponía para el artículo 222. Pensaba que, en tal caso, se estaría creando un verdadero foco de litigios y siempre sería el juez quien debería decidir, por lo que lo lógico sería que esas cuestiones pudieran

pactarse en las convenciones que celebraren entre ellos. Por eso, pensaba que estando los padres separados, no podría atribuírseles conjuntamente todas las decisiones relativas a la crianza y educación del hijo.

En lo que se refiere a las expresiones finales de ese mismo inciso, que señalan que los padres deben evitar actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen en forma injustificada o arbitraria, la imagen que el hijo tiene de ambos padres o de su entorno familiar, sostuvo que constituían una referencia al llamado síndrome de alienación parental, concepto que no estimaba de la suficiente envergadura como para consagrarlo en el Código Civil y que en otros países había sido empleado para promover reformas en materia de tuición, especialmente, para introducir el mecanismo de la tuición compartida. Agregó que se trataba de un concepto acuñado por el psiquiatra norteamericano señor Richard Gardner, que no había sido aceptado como un trastorno psicológico por la Organización Mundial de la Salud ni tampoco por las Asociaciones Americanas de Psiquiatría y de Psicología, todo lo cual, unido a ciertos antecedentes relacionados con el uso que se han dado a los escritos de ese profesional para legitimar actitudes sexuales anómalas, no justificaban su consideración como fundamento para modificar el artículo 222.

Respecto de la tuición compartida señaló que suponía una división, más o menos equitativa, del tiempo que los hijos viven con el padre o con la madre, sistema que, en realidad, dado que entrega al hijo a una vida itinerante, no favorecía su interés, el que exige estabilidad y continuidad en su crianza y educación. Si como se afirmaba, la coordinación y el mutuo acuerdo podrían suplir este problema, ello no hacía más que demostrar que la tuición compartida no podría funcionar en contra de la voluntad de alguno de los progenitores. Señaló, asimismo, que la exigencia de que el niño tuviera en este sistema una “ residencia habitual” no constituía una solución, toda vez que se trataba de un concepto vago que podría dar lugar a litigios.

Señaló que la modificación más importante que podría introducirse sería la exigencia en el artículo 229, de que se pacte el régimen de relación directa y regular, en las mismas convenciones en que se atribuya de común acuerdo la tuición a uno de los padres.

Dijo estar de acuerdo con las modificaciones a los artículos 244 y 245 para establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad, lo que se conformaría con las modificaciones que se introducen al régimen de la sociedad conyugal, como también con las que se efectúan al artículo 66 de la Ley de Menores para sancionar el incumplimiento de un régimen de relación directa y regular con el hijo, pero estimó innecesario agregar en el articulado la expresión “hijas” toda vez que de acuerdo a la definición del artículo 25 del Código, se desprende que la palabra “hijo”, utilizada en un sentido general, comprende ambos sexos.

3.- Doña Fabiola Lathrop Gómez, profesora de Derecho Civil y de Familia en la Universidad de Chile.

Señaló que para fundamentar la propuesta que ha hecho a la Comisión, junto con la jueza señora Negroni y el abogado señor Espejo, han estudiado sesenta casos con sentencias de primera instancia, segunda instancia y casación, referidas a cuidado personal y relación directa y regular, es decir, en total ciento ochenta sentencias dictadas en el período 2006 – 2010.

En la citada investigación han llegado a diversas conclusiones, una de las cuales apunta a la existencia de falencias en la construcción de los criterios de decisión y en la aplicación de principios que informan estas materias. Estimó necesario ajustar la normativa chilena en materia de efectos de la filiación a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En las sentencias analizadas, se ha detectado una gran disparidad de criterios a la hora de resolver sobre el cuidado personal y la relación directa y regular. En efecto, de los sesenta casos analizados, treinta y cuatro se refieren a cuidado personal y en el 20,58% se modificó la atribución preferente materna, contenida en el artículo 225 inciso primero.

En primera instancia se observa un mayor análisis de las causas de alteración. Así, en tres sentencias se esgrime la vulneración de derechos y desprotección; en una sentencia, el interés superior y su estabilidad y, en otra sentencia, mejores habilidades parentales en el otro padre.

En el 64,7% que se rechaza la alteración de la atribución preferente, se señalan como argumentos los siguientes: la no comprobación de descuido, maltrato u otra causa calificada, en ocho sentencias; no se prueba la inhabilidad, en relación con el interés superior del niño, en tres sentencias; no se prueba la inhabilidad en relación con el artículo 42 de la Ley de Menores, en dos sentencias y no se justifica en atención al interés superior, en dos sentencias.

A su juicio, resulta paradigmática del poco esfuerzo que se emplea al decidir sobre la base del caso concreto que se somete a consideración del juez, la sentencia emitida por la Corte Suprema, con fecha de 17 de marzo de 2008, Rol 7141-2007, en la que se sostiene que "*La inhabilidad de los progenitores no dice relación con sus vínculos afectivos ni con las condiciones materiales que puedan ofrecer, sino con* ***graves defectos que posean en su calidad de personas****, cuando tienen con el* ***medio que los rodea un comportamiento inadecuado o cuando sus costumbres****, trabajo o la forma de relacionarse al interior de la familia influyan negativamente en la vida del menor".*

Tal fallo demostraría que nuestra jurisprudencia no razona sobre la base de las habilidades parentales, sino sobre el comportamiento individual que los padres tienen en la sociedad toda.

En lo que respecta al contenido del proyecto mismo, evacuado por la Comisión de Familia en su segundo informe, destacó los siguientes aspectos positivos:

- Incorpora figuras más inclusivas y asociativas de los roles parentales:

- Establece el cuidado personal compartido,
- Refuerza la patria potestad compartida,
- Deroga el artículo 228 Código Civil, y
- Mejora la protección de la relación directa y regular.

Por otra parte, entre las principales deficiencias que presenta la iniciativa evacuada por la Comisión de Familia, mencionó las siguientes:

- Confunde cuidado personal compartido con corresponsabilidad parental. Manifestó que un asunto es el principio de la co-responsabilidad familiar, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y un tema diverso es el cuidado personal compartido, que es una figura de organización del cuidado personal, que se basa en el citado principio.

- Impone el cuidado personal compartido como sanción ante situaciones de obstaculización del régimen de relación directa y regular o ante denuncias falsas de diversa índole. Establecerlo como sanción contradice la lógica asociativa que es sustancial a esta modalidad de cuidado personal. Asimismo, ignora el mínimo reconocimiento de las aptitudes parentales que este régimen requiere para su buen funcionamiento. Añadió que no se puede pedir a los padres que estén de acuerdo en todo después de la ruptura. Sin embargo, sí se les puede demandar que se reconozcan mutuamente aptos como padres.

- La misma situación señalada en el punto anterior, podría generar reticencia a denunciar en la verdadera víctima por temor a la sanción consistente en privarla del cuidado personal unilateral, con las consiguientes consecuencias perniciosas de ello.

Por otra parte, propuso regular conjunta y orgánicamente las cuestiones patrimoniales y extrapatrimoniales relacionadas con el hijo, tanto durante la normalidad matrimonial o de pareja como en situaciones de ruptura. Hizo presente que Chile es el único país en el mundo en el que se distingue entre la administración y la representación legal del hijo por una parte, y lo referido a su persona por otra, estableciendo una atribución preferente para una y otra institución.

Asimismo, sugirió establecer la figura de la responsabilidad parental cuya titularidad corresponda a ambos padres.Esta responsabilidad parental comprendería los siguientes derechos/funciones:

- Adopción de las decisiones de importancia relativas al hijo o hija;
- El cuidado personal;
- La relación directa y regular;
- La educación y el establecimiento;
- Los alimentos;
- La orientación o corrección en el lenguaje actual del Código;
- La administración de los bienes;
- La representación legal;
- La autorización de salida del país.

Indicó que la administración de los bienes y la representación legal corresponden a la patria potestad actual, concepto poco moderno que proviene del derecho romano y que, entre otras cosas, permitía dar al hijo en pago de una deuda, de modo que no se condice en lo absoluto con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que debería dejar de usarse.

La responsabilidad parental estará inspirada y regida por los siguientes principios: la igualdad parental, la corresponsabilidad, la conciliación de la vida familiar y laboral, el interés superior del niño, el derecho a ser oído, el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres y demás parientes cercanos y la no separación de hermanos.

Se manifestó partidaria de derogar las normas de atribución preferente de ciertos derechos y deberes que nacen de la filiación. Hizo presente que hoy es altamente difícil alterar la regla de atribución preferente materna, como lo demuestra el hecho de que de los treinta y cuatro casos analizados, en cinco de ellos se le concede al padre, tres definitivamente y dos en forma provisoria.

Propuso definir cuidado personal como aquellas atenciones personales cotidianas respecto del hijo, estableciendo, además, ciertos elementos que el juez debe considerar para su atribución y para la regulación del régimen al que se sujetará, a fin de procurar poner término a la disparidad de criterios que existe hoy.

Es así como se propone impedir la atribución en los siguientes casos:

- Al padre o madre que haya incumplido, impedido o dificultado, injustificadamente, el ejercicio de la relación directa y regular establecida judicialmente;

- Al padre o madre contra el cual se haya dictado sentencia firme por actos de violencia intrafamiliar o respecto del cual pueda haber indicios fundados de que ha cometido actos de violencia intrafamiliar de los que el hijo o hija haya sido o pueda ser víctima directa o indirecta.

Indicó que se les debe ofrecer a las partes y al juez las siguientes alternativas: cuidado personal exclusivo y cuidado personal compartido. Este último debe ser siempre a petición de parte, de modo de evitar aquellos casos en que no ofrece beneficios, porque no existe un reconocimiento de las habilidades parentales.

Manifestó que se puede establecer una residencia principal del hijo con uno de los padres o alternancia siempre que se garantice el bienestar del hijo.

En relación a la relación directa y regular propuso consagrar la posibilidad de regularla extrajudicialmente en los mismos instrumentos que el cuidado personal. Asimismo, sugirió consagrar la posibilidad de regularla a favor de parientes cercanos al hijo y fijar ciertos criterios interpretativos para su regulación. También sugirió reforzar más su protección, considerando como especial incumplimiento o impedimento, el que el padre o madre que ejerce el cuidado personal realice denuncias o interponga demandas basadas en hechos falsos con el fin de perjudicar al padre o madre respecto del cual se haya regulado, judicialmente, la relación directa y regular.

Refiriéndose directamente a la regla legal supletoria, sea a favor del padre o la madre, señaló que sería inconstitucional, dado que no supera el test de la proporcionalidad ni el de la razonabilidad que utiliza nuestro Tribunal Constitucional, agregando que así también lo han declarado otros tribunales de otros países en que se aplica tal regla. El resultado que se persigue con su aplicación, esto es, evitar los conflictos, se puede alcanzar con una regla que sacrifique en forma menos gravosa principios como el de la igualdad o el interés superior del niño.

Reitero que el principio cardinal en esta materia es satisfacer el interés superior del hijo. Discriminar arbitrariamente al padre o a la madre, implica sacrificar el principio de igualdad o el del interés superior del hijo. El mecanismo de la atribución supletoria se encuentra en retirada en las legislaciones que lo han contemplado o muy restringido como es el caso de Argentina y Perú, que sólo lo extienden hasta los cinco y tres años del hijo, respectivamente. En Chile, en cambio, se extiende hasta los dieciocho años, lo que resalta su desproporcionalidad.

Por último, se manifestó totalmente acorde con la derogación del artículo 228, norma unánimemente criticada por la doctrina del país, porque se entiende que se aleja de lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, el derecho del hijo a mantener relación directa y regular con ambos padres, sin perjuicio, además,

de que constituye uno de los raros casos aún subsistentes de derechos absolutos y que, más aún, consagra una desigualdad respecto de los hijos que provienen de una relación diversa a la actual.

4.- Doña Gloria Negroni Vera, jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.

Explicó que a la hora de resolver, existen diversos criterios para interpretar el principio de interés superior del niño, fundamentalmente, por la colisión de normas referentes al tema.

Es así como el artículo 225 del Código Civil establece que ““Si los padres viven separados a la madre toca el cuidado personal de los hijos.” Sin embargo, el artículo 224 señala que corresponde a los padres, de consuno, el cuidado y la crianza de los hijos. Por tanto, se otorga una diversa regulación según si los padres viven juntos o separados, poniendo el acento en los adultos y no en los niños. Vale decir, la ley establece un distingo respecto de los niños según si sus padres viven juntos o separados.

Por otra parte, destacó que la norma citada infringe el artículo 1° de la Constitución que establece que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.* Asimismo, el artículo 5° inciso segundo, señala que el ejercicio de la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y es deber del Estado y sus órganos respetar y promover esos derechos.

Manifestó que un derecho esencial de los niños es estar con sus padres y ser criados por ellos y que ello no dependa de si viven juntos o separados.

En este mismo sentido, hizo presente que el artículo 19 N°2 de la Constitución consagra la igualdad ante la ley. “*En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. Los hombres y las mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*.” Por tanto, no debiera tratarse en forma distinta al menor, según si vive o no con sus padres, por lo que puede afirmarse que el artículo 225 del Código Civil no pasa el test de constitucionalidad a la luz de la norma citada.

Como consecuencia de lo señalado, partir de la base que las madres tienen una mejor aptitud para la crianza del hijo, constituye una discriminación arbitraria respecto de los padres.

Además de lo anterior, las normas del Código se encuentran en contradicción con una serie de disposiciones contenidas en tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes. Por ello, los jueces deben resolver si aplican las normas del Código Civil o las del tratado internacional.

Así, por ejemplo, el artículo 225 se encuentra en colisión con el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades consagrados en tal instrumento y la garantía del pleno ejercicio de los mismos sin discriminación. A su vez, el artículo 2° de la citada Convención, señala que " *Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".*

Por su parte, el artículo 17 N°4 señala que "*Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos."*

El N° 5 de este mismo artículo 17, establece que "*La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.", y,* por último, el artículo 24 señala que "*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."*

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3° N°2 establece que "*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".*

Su artículo 5° señala que "*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, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."* Vale decir, al aludir a la voz "padres", no se hace distingo respecto del género de los mismos.

Su artículo 7 N°1 consagra el derecho del niño *"a conocer a sus padres y a ser cuidado por ello*s."

Su artículo 9° N°1 establece que "*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las*

autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño."

El numeral 3 de este mismo artículo dispone que "*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."*

Por último, su artículo 18 establece que "*Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño."*

Afirmó, por tanto, que *p*arecía razonable, en consecuencia , preguntarse sobre la necesidad de reformular las normas del Código Civil referidas a esta materia, en particular, el artículo 225, el que resulta inconstitucional a la luz de las normas constitucionales y de los tratados internacionales citados.

Explicó, luego, que, en la práctica, los jueces procuran guiar a las partes hacia una conciliación, otorgando primordial importancia al interés superior del niño. No obstante, la diversidad de criterios en estas materias, responden a interpretaciones más o menos legalistas, al amparo de las normas del Código Civil. Ahora, si se entiende por "ley" sólo las normas del citado Código, debe aplicarse el artículo 225 sin mayor cuestionamiento. Sin embargo, a su entender, el concepto de "ley" o "derecho" o de "la justicia del caso concreto", va mucho más allá de la citada norma.

Recordó que las leyes también son consideradas como normas educativas, que previenen situaciones, o bien, que reflejan lo que la sociedad desea. En tal sentido, el concepto de co-parentalidad es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.

Expresó que el régimen de co-parentalidad presenta como ventaja el conservar en ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que afectan a sus hijos, ya que son los padres quienes se encuentran en mejores condiciones para arribar al acuerdo que resultará más beneficioso para los niños. En el supuesto anterior, la intervención judicial debe relegarse a un segundo plano y funcionar como mecanismo de control. Tal intervención debiera ser siempre la última ratio.

Agregó que este sistema refuerza la participación activa de ambos padres en la crianza de los hijos porque si la legislación

establece que los dos son responsables, ello constituirá un impulso a la participación del padre.

Señaló que otra ventaja la constituye la equiparación de los padres en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo la carga de la crianza, contrariamente a lo que hoy sucede en que es la mujer la que asume el desempeño de múltiples roles, aunque cada vez se aprecia una participación mayor del padre en la educación y crianza del hijo.

Agregó que el régimen que se propone presenta las ventajas de promover el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno y la comunicación permanente entre ambos padres. Asimismo, también promueve la distribución de los gastos de manutención y garantiza mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos al margen de las desavenencias conyugales.

Enumeró, en seguida, otras importantes ventajas que presenta el régimen como:

a) La atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación;

b) El reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial;

c) El niño continua el contacto que tenía antes con ambos padres;

d) El niño mitiga el sentimiento de presión, eliminando los conflictos de lealtad;

e) Garantiza permanencia de los cuidados parentales y con ello mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas;

f) La decisión en paridad de condiciones en cuanto a los aspectos de educación, crianza y cuidado de los hijos obliga a los padres a conciliar y armonizar sus actitudes personales a favor del mejor y mayor bienestar de los niños, lo que pone a prueba su actitud y aptitud como progenitores;

g) El interés superior de todo niño en alcanzar un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, se identifica en un contexto familiar en el que participen activamente ambos progenitores, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión;

h) Provoca un estímulo para los padres que quieren compartir más momentos con sus hijos y participar en su educación y crianza en forma activa, y no como un tercero ajeno en la toma de decisiones, y

i) Se promueve un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol con independencia, igualdad y respeto recíproco, de acuerdo a los principios reconocidos en las diversas normas internas como en las incorporadas a través de convenciones.

Concluyó señalando que esta forma de visibilizar la responsabilidad parental está acorde con lo dispuesto en el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con los artículos 9° y 18 del mismo documento, así como también concuerda con lo dispuesto en el artículo 224 del Código Civil y con lo consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En cuanto a las supuestas desventajas que presentaría un régimen como el que se comenta, señaló que se ha sostenido que generaría indefinición de las funciones propias del padre y de la madre, creando una disociación para el hijo en dos mundos. Al respecto expresó que tal crítica está basada en un concepto de familia que no se condice con las estructuras familiares modernas, eminentemente variables, ligadas al funcionamiento particular de cada familia en un momento específico en el campo económico, cultural, político, ideológico y religioso. Sostuvo que para ella, la familia está constituida por los principales referentes afectivos de una persona.

Afirmó que mientras no existan herramientas que permitan a los jueces resolver de mejor forma, se seguirán dictando fallos contradictorios, por lo que creía que deberían fijarse algunos criterios objetivos que permitan determinar de mejor forma en qué consiste el interés superior del niño, agregando que mientras no se introduzcan reformas, muchos jueces seguirán otorgando el cuidado personal del niño a la madre, “porque la ley así lo dispone”.

Terminó señalando que la atribución legal preferente materna no incentiva la mediación y el acuerdo, dado que la madre no tendrá motivos para alcanzar uno si la ley, por anticipado, le concede el derecho. La mediación supone necesariamente la igualdad de condiciones. Si la madre comienza “ganando 1-0” tal mediación carece de sentido, porque ya tendrá el juicio ganado.

A su juicio, la eliminación de la atribución legal preferente no aumentará la litigiosidad.

5.- Doña Inés María Letelier Ferrada, Ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Explicó que el tema del cuidado personal de los hijos era uno de los más sensibles en materia de derecho de familia, ocupando las causas por tal materia el tercer lugar entre los ingresos que se producen en la judicatura especializada, después de los alimentos y de aquéllos en que se discute el derecho de visitas. Agregó que este tipo de litigios se generaban normalmente en personas de grupos socio económicos altos, por cuanto los grupos de menos ingresos no tienden a acudir a los tribunales por estos motivos.

A su parecer, lo ideal sería que los tribunales no interfirieran en estas materias pero, desgraciadamente, en la mayoría de los casos, los padres olvidan que sus hijos son sujetos de derechos y obligaciones y los utilizan como moneda de cambio en cualquier negociación que deban realizar en relación con los derechos de alimentos, de visitas y cuidado personal.

Recordó que el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, llamaba a respetar las costumbres, valores y tradiciones de cada pueblo, en otras palabras, a atender a su idiosincrasia, de tal manera que no parecía lógico adoptar íntegramente modelos extranjeros, cuestión que en nuestro medio decía relación con la regla supletoria que atribuye a la madre el cuidado personal de los hijos. Agregó que el Código Civil no contemplaba normas que justificaran la existencia de esta regla, por lo que, seguramente, lo que habría movido a don Andrés Bello a establecerla debe haber sido la costumbre imperante en la época, añadiendo que hasta antes de las últimas modificaciones introducidas al Código, correspondía a la madre el cuidado de todos los hijos, las niñas de cualquier edad y los niños hasta los catorce años.

Explicó que en el artículo 225 del Código Civil podían distinguirse tres criterios: el legal que establece como regla supletoria el cuidado de los hijos por la madre; el convencional que entrega a los padres la posibilidad de alcanzar un acuerdo sobre esta materia, y el judicial que entrega al juez la determinación del padre a quien corresponderá la tuición. A su juicio, debería producirse un reordenamiento en estos criterios, estableciendo en primer lugar la posibilidad de que los padres acuerden el régimen a aplicar y, únicamente, a falta de este acuerdo, aplicar la regla de atribución supletoria y, por último, dejar al juez que resuelva atribuir el cuidado al otro padre o sólo a uno de ellos en el caso de haberse convenido inicialmente la custodia compartida, atendiendo al interés superior del niño, en caso de situaciones de maltrato o abandono.

Al respecto, y refiriéndose a la materia aplicable al criterio judicial, señaló que el inciso quinto del artículo 225 que proponía la indicación del Ejecutivo y que autorizaba al juez a modificar lo establecido en el acuerdo paterno, empleaba el término “indispensable”, el que le parecía demasiado rígido, siendo partidaria de sustituirlo por la expresión “conveniente”, de suyo más flexible.

Sobre esta misma materia, echó de menos que no se hubiera establecido la posibilidad de consagrar expresamente el cuidado personal compartido en el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, en lo que se refiere a las materias que puede comprender el acuerdo a que pueden llegar los cónyuges, lo que, sin duda, habría permitido una mayor aplicación de este régimen, que, en la práctica, no obstante que los padres pueden convenir el régimen de cuidado, no ha dado resultados por el atavismo judicial de confundir el interés superior del niño con la asignación de la custodia a la madre, lo que vendría a ser una demostración más de la fuerza

del factor cultural. Creía debería analizarse la posibilidad de introducir la modificación pertinente.

Reconoció que se habían producido cambios respecto de este factor cultural, como lo demostraba la existencia de organizaciones de padres que reclamaban por la falta de igualdad entre hombres y mujeres, precisamente por la disposición contenida en el inciso primero del artículo 225, pero que no experimentaba mayores cambios en razón de que los jueces normalmente daban a la regla supletoria un carácter imperativo, sin abrirse a otras posibilidades. Precisó que los cuestionamientos a esta regla eran de orden constitucional, por afectar la garantía de igualdad ante la ley, cuestión que parte de la doctrina rebatía por estimar que no se trataría de una discriminación arbitraria. Al respecto, pensaba que esta regla supletoria, que se explicaba por razones puramente culturales, debía someterse a un mayor estudio a fin de determinar si se avenía o no con la Constitución.

Estimó positivo que se otorgaran amplias facultades a los jueces para alterar la regla supletoria en caso de concurrencia de causales calificadas, agregando que, a pesar de que esta posibilidad existe hoy en la legislación, su aplicación era mínima, dado que el atavismo cultural hacía que en los tribunales de familia el interés o bienestar de los menores se confundiera con la tuición materna.

Comentó favorablemente la propuesta del Ejecutivo que en el nuevo inciso cuarto que proponía para el artículo 225, establecía la regla supletoria de la atribución del cuidado a la madre, solamente mientras no se llegara a acuerdo entre los progenitores o no hubiera una decisión judicial al respecto, no obstante lo cual, alertó respecto de esta solución, por cuanto en materia de derecho de menores, las soluciones de carácter provisorio normalmente devenían en permanentes.

Igualmente hizo presente que en el caso de no estar las partes de acuerdo en cuestiones tan sensibles como el cuidado personal o el derecho de visitas, resultaría demasiado complejo que pueda convenirse la custodia compartida, agregando que estas situaciones se producen porque los padres utilizan a los hijos como instrumentos para causarse daño, dejando de lado la verdadera preocupación por los menores. Asimismo, manifestó cierta aprensión por el hecho que en una situación de conflicto, las mujeres puedan utilizar la regla supletoria que les asigna la custodia para entrabar el acuerdo sobre cuidado compartido.

Terminó señalando que lo ideal es que se logre un acuerdo sobre cuidado compartido, pero sin olvidar la realidad nacional que demuestra que en el país existe un alto nivel de incumplimiento de la obligación de pago de alimentos. Asimismo, creía necesario para lograr un mejor desempeño de los jueces, recurrir a la capacitación de los mismos.

6.- Doña Verónica Gómez Ramírez, psicóloga, perito forense y perito judicial ante la Corte de Apelaciones de Santiago y el Ministerio Público.

Expuso sobre el llamado síndrome de alienación parental, señalando que se trataría de una patología psicojurídica que suele detectarse en los tribunales de familia, con motivo de las demandas presentadas por uno de los progenitores para tener una relación directa y regular con su hijo.

Señaló que diversos autores se habían referido a este tema, siendo el primero el psiquiatra norteamericano señor Richard Gardner, quien en 1985 lo definió como una alteración que surge casi exclusivamente durante las disputas por la custodia de un hijo. Su primera manifestación sería una verdadera campaña de denigración en contra de uno de los progenitores por parte de los hijos, la que no tendría justificación y que sería el resultado de una programación o lavado de cerebro del menor por parte del otro progenitor y a la que contribuye el hijo con sus propios aportes, dirigidos en contra de quien está orientada la alienación.

Explicó que se caracterizaba por:

a.- consistir en un rechazo o denigración hacia un progenitor que llega al nivel de campaña, de tal manera que no se trata de hechos ocasionales.

b.- carecer de justificación por cuanto se trata de un discurso agresivo que no tiene una explicación razonable o que, al menos, guarde relación en magnitud con eventuales comportamientos del otro progenitor.

c.- ser, en parte, el resultado de las influencias del progenitor no alienado.

Agregó que los criterios que se utilizaban para identificar este síndrome en los menores, se basaban en la concurrencia de los siguientes síntomas:

1.- Existencia de una campaña de injurias y desprestigio en contra de uno de los progenitores, como por ejemplo, acusarlo de que no proporciona ayuda económica porque no tiene interés en el menor. Si esta campaña se realiza en forma sistemática, el hijo termina internalizando la situación y se convence que ello es cierto, más aún, si no le resulta posible contrastar la situación en atención a que no tiene con el padre denigrado una relación regular y permanente.

2.- Explicaciones triviales o absurdas para no estar junto al padre alienado, como sostener que no le gusta la comida que le da, pero si le ofrecen la que es de su agrado, entonces deja de gustarle.

3.- Ausencia de ambivalencia en el rechazo que expresa el menor, el que suele estar presente en todas las relaciones significativas, es decir, solamente sienten rechazo por el padre alienado y nunca afecto, incluso ante expresiones de cariño del progenitor.

4.- Defensa leal y devota del progenitor alienador cuando está ausente.

5.- Ausencia del sentimiento de culpa, ya que no obstante el desprecio que manifiestan por el padre alienado, tratan de sacar provecho de éste sin experimentar culpa por ello.

6.- Pensamiento autónomo o independiente, ya que los menores tienden a señalar que las ideas de rechazo son espontáneas, es decir, que provienen exclusivamente de ellos. Esta situación los confunde y sostienen, por ejemplo, que han sido víctimas de abusos sexuales y con ello se interrumpe el régimen de visitas.

7.- Formación de escenarios prestados o imaginados, que suelen darse en los casos más graves de este síndrome. El niño imagina situaciones vividas sólo o con otros hermanos que resultan incoherentes.

8.- Extensión del rechazo al entorno del padre alienado.

Señaló que esta situación traía como consecuencia el alejamiento del menor del padre alienado, lo que en otras palabras, constituía una educación en el odio y una especie sutil de maltrato infantil.

Agregó que podían distinguirse distintos niveles en el desarrollo de este síndrome:

Leve: cuando el hijo muestra un pensamiento independiente apoyando al alienador, pues lo defiende cuando se encuentra ausente. No se aprecian aún situaciones imaginadas o escenarios prestados y la animosidad no se encuentra extendida. Explicó que esta situación podía superarse con la colaboración de los tribunales y el reconocimiento de los padres en el sentido que sus conflictos afectan a los hijos.

Moderado: en este nivel el hijo muestra habitualmente un pensamiento dependiente y apoya en forma puntual al alienador. Comienzan las denuncias y excusas que, habitualmente, coinciden con el régimen de visitas del progenitor alienado sin que el otro padre reconozca problemas de su parte en la relación y, por lo contrario, atribuyéndoselos al otro.

Severo: a estas alturas los hijos ya están implicados en las disputas paternas, no conservan una relación amistosa con ellos; toman partido a favor de uno y participan como aliados del alienador a

quien defienden sin sentimientos de culpa. Se genera una campaña intensa de denigración y sentimientos de rechazo hacia el padre alienado. Se aprecia el fenómeno del pensador independiente y surgen los escenarios imaginados o prestados, además de extender el rechazo al entorno del progenitor objeto del rechazo. Surgen o pueden surgir, por una mala interpretación del padre alienador o una invención suya, las denuncias de abusos sexuales, lo que da lugar a la inmediata suspensión de las visitas y a la consiguiente judicialización del problema.

Agregó que este síndrome, que en apariencias no deja huellas, genera daños invisibles en el niño al que se le priva de la relación con el padre, menospreciando la importancia que este último tiene en su desarrollo.

Finalmente, señaló que de acuerdo a estudios realizados, el síndrome de alienación parental puede dar lugar a las siguientes consecuencias:

a.- Induce a los niños a desarrollar una depresión crónica o a vincularse más tarde con quien tengan relaciones de convivencia, en forma agresiva y descalificadora.

b.- Da lugar a trastornos de identidad y de imagen y genera una baja autoestima pues estos menores crecen creyendo que sus padres no sienten afecto por ellos o que, incluso, abusaron de ellos.

c.- Genera incapacidad para funcionar en un ambiente psicosocial normal.

d.- Causa desesperación o sentimientos incontrolables de culpabilidad o aislamiento, o bien, da lugar a comportamientos hostiles, desorganización, alcoholismo, drogadicción e, incluso, pudiendo llegar al suicidio.

7.- Don Rodrigo García, vocero de la Organización “Papá Presente”.

Refiriéndose a las críticas formuladas en contra del psiquiatra señor Gardner, señaló que lo que correspondía era validar una información por su contenido y no por la condición de su autor, agregando que si no se abordaba el problema del síndrome de alienación parental, cada vez habría más denuncias falsas de abuso sexual ante los tribunales, lo que daría lugar a un importante daño porque entre las denuncias falsas, las veraces perderían credibilidad, dado que los jueces a los que les correspondiera revisar denuncias de esta especie sin mayor fundamento, tenderían a pensar que las verdaderas adolecerían del mismo vicio, por lo cual negar la existencia del síndrome, vendría, en último término, a amparar la pederastia.

Sostuvo que se trataba de una enfermedad moderna que, normalmente, surgía en los juicios de divorcio, con ocasión de las rupturas matrimoniales.

Ante una consulta relacionada con la posibilidad de que la atribución supletoria del cuidado a la madre, concebida como una forma de evitar la excesiva judicialización, incrementaría, en cambio, la ocurrencia del síndrome, contestó haciendo una referencia a la evolución de las leyes en el tiempo, señalando que, antiguamente, las leyes prohibían o permitían, sin dar más opción a las personas, por cuanto se pensaba que quien cometía una infracción debía ser sancionado en forma proporcional al daño causado, sin preocuparse de transformar al infractor o de rehabilitarlo. Actualmente, en cambio, las leyes ofrecerían incentivos para la observación de buenas prácticas y desincentivos para las malas. Por ello, creía que la atribución supletoria del cuidado del hijo a la madre, no debía incorporarse en el proyecto, porque no era efectivo que ello evitaría los juicios. Más aún, en tal esquema, el padre, desde el momento en que hay una prohibición implícita hacia él, deja de asumir responsabilidades.

Al respecto, distinguió distintos tipos de relación entre los progenitores, señalando los siguientes:

a.- Ninguno de los padres se interesa en la crianza de los hijos. En este caso, desde el momento que se incluye la atribución supletoria, solamente la madre estaría en falta en razón del abandono de los menores, en cambio, el padre no podría ser sancionado por esa razón ya que la ley lo eximiría de esa responsabilidad. Por lo contrario, si se estableciera la tuición compartida, ambos infringirían la ley.

b.- Sólo uno de los padres manifiesta interés en la crianza. En este caso, dada la atribución supletoria, no se podría obligar al padre a participar en la crianza, salvo en lo que se refiere al aporte económico. Igualmente, si existiera la tuición compartida, los dos tendrían la obligación, existiendo una presión social hacia ellos.

c.- Los dos desean asumir la crianza en forma exclusiva y alejar al otro. En este caso, de acuerdo a la legislación actual que consagra la atribución supletoria a la madre, el padre tiene fuertes incentivos para judicializar la relación a fin de obtener algún grado de participación en la crianza, sin arriesgar nada. La madre, a su vez, también tiene fuertes incentivos para acudir a tribunales a demandar alimentos o atribuir falsos abusos con el objeto de alejar al padre. Con el sistema de tuición que propone el proyecto, que discrimina al padre, éste mantendría su interés en recurrir a los tribunales, pero desaparecerían el de la madre. La tuición compartida sin discriminación, en cambio, llevaría a ambos padres a buscar una fórmula que conciliara sus posiciones y no a arriesgarse a perder lo que ya tendrían ante un juez, lo que, evidentemente, reduciría la aplicación del síndrome.

d.- Los dos tienen interés en la crianza y buscan alcanzar directamente un acuerdo sobre la materia. En este caso, no tendría objeto la intervención judicial bajo ninguna de las hipótesis, sea la legislación vigente, lo que propone el proyecto o si se impusiera la tuición compartida.

A su parecer, lo ideal sería establecer un sistema de tuición compartida que no discriminara al padre y le permitiera participar en las tomas de decisiones relevantes respecto del hijo, como las siguientes:

1.- Residencia del menor y educación. Con el sistema vigente, el padre no tiene participación, correspondiendo las decisiones a la madre. Con el sistema compartido sin discriminación, la residencia y la educación se fijarían de común acuerdo, o bien, se mantendrían las condiciones existentes al momento de la separación.

2.- Tiempos que el menor pasa con cada progenitor. El sistema vigente es de mucha rigidez, ya que el hijo vive con la madre y visita al padre cuando ella lo permite. La proporción del tiempo con uno y otro progenitor es totalmente desigual, como se aprecia, por ejemplo, si el régimen de visitas fuera de un fin de semana por medio con el padre, lo que arrojaría un 86% con la madre y sólo un 14% con el padre. En el sistema compartido sin discriminación, se distribuirían los tiempos en base a un acuerdo, escuchando a los hijos y con recomendaciones de especialistas.

3.- Alimentos. Con el sistema vigente, el padre entrega dinero a la madre, la que no tiene que dar cuenta, siendo, por tanto, un aporte de libre disposición. Con el sistema compartido, los padres podrían efectuar pagos directos en la mayoría de los casos, lo que facilitaría su participación en la crianza del hijo, por medio de la educación, la salud y otros rubros.

4.- En el sistema compartido sin discriminación, uno de los padres podría apoyar al otro en forma solidaria en el caso de surgir imprevistos mayores respecto de los hijos.

5.- Patria potestad. Actualmente corresponde a quien tiene el cuidado persona. En el sistema de tuición compartida sin discriminación, la ejercerían ambos padres en forma conjunta.

6.- Defensa legal de los hijos. En el sistema de cuidado personal compartido sin discriminación, la defensa de los hijos correspondería a un curador ad litem.

Por último, en lo que se refiere a los beneficios para los hijos bajo el esquema vigente, en comparación con el sistema de cuidado personal compartido sin discriminación, resaltó los siguientes:

a.- Relación con los padres: bajo la normativa vigente, la situación los incentiva a judicializar la relación, siendo corrientes las acusaciones falsas pues dan lugar al alejamiento del cónyuge acusado y

convierte a los hijos en verdaderos trofeos, lo que da lugar a que éstos sufran porque son obligados a tomar bando. En el sistema de cuidado personal compartido, por lo contrario, los progenitores se verían obligados a negociar con el consiguiente beneficio para los hijos por cuanto percibirían una mejor relación entre los padres.

b.- Participación de cada padre: en el sistema vigente la madre participa y decide en la crianza, en tanto que el padre es solamente un alimentante a quien sólo se le permite visitar a sus hijos, los que son verdaderos prisioneros de la madre y están impedidos de tener una relación natural con el padre. En el sistema compartido sin discriminación, ambos padres participan y deciden sobre la crianza, independiente de si viven o no con los hijos, quienes se relacionan naturalmente con ellos.

c.- Síndrome de alienación parental: producto del sistema vigente, existe un fuerte incentivo a la generación de este síndrome, el que causa un daño irreversible a los hijos, los que incuban una baja autoestima como consecuencia del alejamiento de uno de los progenitores. En el sistema compartido sin discriminación, en cambio, no existe la formación del síndrome y los hijos se sienten más seguros y felices y no experimentan culpa por la separación de los padres.

d.- Defensa legal de los hijos: bajo el sistema vigente no se considera, de tal manera que los fallos judiciales benefician al progenitor con más derechos y no a los hijos. En el sistema compartido sin discriminación, los padres tienen iguales derechos y deberes y la defensa corresponde a un curador ad litem, de modo que los acuerdos judiciales los benefician directamente.

8.- Don Max Celedón Collins, empresario, ingeniero informático de la Universidad Santa María.

Señaló que la custodia o tuición compartida era un sistema de vida post-ruptura que permite a los hijos acceder y/o vivir con ambos padres, asumiendo estos últimos una repartición equitativa de derechos y deberes respecto de sus hijos.

Explicó que el Parlamento Europeo lo definía como aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja, que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos predeterminados.

Señaló que era un sistema reconocido legalmente por países como Estados Unidos (43 de sus 50 estados), Francia, Alemania, España, Italia, Suecia, Holanda, Australia, Bélgica y Brasil.

Indicó que los principios informadores del sistema, se encontraban en la corresponsabilidad parental, la igualdad parental y el

derecho del niño a la coparentalidad, siendo el principio de la conciliación entre la vida familiar y el trabajo un nexo común a todos ellos.

Citó, en seguida, la opinión sustentada por el Parlamento Europeo en el sentido que el padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en el desarrollo y educación del menor, y al Comité del Consejo de Ministros de Europa que, en 1984, sostuvo que “Las responsabilidades de los progenitores respecto de un hijo deben pertenecer conjuntamente a ambos.”.

Reiteró lo ya afirmado por los anteriores exponentes, en el sentido de que el régimen de cuidado personal compartido, se encontraba amparado en distintos instrumentos internacionales como eran la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Procedió, luego, a desvirtuar algunos mitos formados con ocasión de la aplicación de este sistema.

1° El problema que crearía la alternancia domiciliaria. Recalcó que la vivienda no era más que uno de los aspectos del régimen, señalando que en los Estados Unidos se reconocía la igualdad de derechos sobre educación, salud, religión y lugar único de residencia de los menores. También podían ambos padres, según el mecanismo adoptado, ejercer el cuidado personal alternando el domicilio según un plan de coparentalidad inscrito en tribunales. En el caso alemán se reconocía el modelo de anidación, en virtud del cual ambos padres rotaban en torno a un domicilio que pertenece a los hijos.

2° El segundo mito sería que la aplicación de este régimen daría lugar a una excesiva judicialización.

Al respecto, indicó que en los Estados Unidos la custodia compartida física en el caso de separaciones se utiliza ampliamente, alcanzando entre el 30% y el 50% del total de niños. Agregó que en los casos de Austria, Francia y Brasil la judicialización se había reducido en un 25%, ello en razón de no existir regla de atribución supletoria, lo que inducía a los padres a dirimir sus diferencias en la etapa de mediación. Asimismo, al aumentar la participación integral de los padres en el proceso formativo, las causas por alimentos se reducían hasta en un 50%, incluso, según antecedentes, en Francia, Inglaterra y Alemania, luego de veinte años de aplicación del sistema compartido, se apreciaba una reducción de pensiones alimenticias impagas.

3° El tercer mito sostiene que el cuidado personal compartido generaría inestabilidad y perjuicios en los menores porque los obligaría a adaptarse a dos hogares con normas no necesariamente iguales.

Al respecto, indicó que si bien ello podía darse, las ventajas del sistema eran superiores por cuanto no existían en estos casos padres periféricos, mejoraba la autoestima del menor al ver a ambos padres participar en su vida, se genera un sentimiento de integración en nuevas familias y menos problemas de lealtades entre ambas y permite que exista un buen modelo de roles parentales y respeto entre géneros.

4° El cuarto mito sostiene que podría establecerse un régimen de cuidado personal compartido sin igualdad parental y que este sistema sería contrario a los derechos de la mujer.

Sobre este punto recordó que el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, disponía que los Estados Parte deben asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos, debiendo en todos los casos ser primordial la consideración de los intereses del niño. La igualación de derechos y deberes frente a los hijos, permitiría una mejor relación de las mujeres con el mundo laboral, toda vez que los empleadores suelen asociar a la mujer con la amenaza latente que representa el rol de madre para el ejercicio eficaz del trabajo.

9.- Don Ignacio Schiappacasse Bofill, académico del Departamento de Economía de la Universidad de Concepción.

Señaló que la normativa vigente comenzaba por lo que debiera ser la norma supletoria en caso de desacuerdo de los padres, es decir, entregaba el cuidado personal del menor a la madre, estableciendo la posibilidad del acuerdo que permite alterar esa regla en el segundo inciso. El proyecto aprobado por la Comisión de Familia no hacía otra cosa más que alterar ese orden, por lo que los padres seguirán dependiendo de la voluntad de las madres.

Explicó que las indicaciones del Ejecutivo aprobadas en la Comisión de Familia mantenían la citada atribución supletoria basándose en tres premisas, carentes de sustento empírico o legal:

1° Las madres, de acuerdo a la realidad nacional, serían las que más tiempo destinan al cuidado de los hijos y del hogar.

Esta premisa respondería a una visión proveniente del siglo XIX y no a la realidad actual que sería muy diferente. Agregó que precisamente la atribución supletoria a favor de la madre sería la razón por la cual, en muchos casos, aparece ésta con mayor dedicación de tiempo en el cuidado de los hijos.

Sostuvo que la normativa vigente entregaba el cuidado personal a la madre, sin mayor análisis y sin considerar el interés

superior del menor; no se tomaban en cuenta los profundos cambios sociales experimentados por la sociedad, en la que existe una mayor integración de la mujer en el mercado laboral, lo que se traduce en que, en muchas oportunidades, los menores queden a cargo de terceras personas, como son las asesoras del hogar; tampoco se atendía, en la indicación del Ejecutivo, a otro hecho de la realidad como sería la circunstancia de que los padres de hoy son mucho más participativos en la crianza y educación de los hijos que los de antaño.

A su parecer, no se atendía a la evidencia empírica internacional que demostraba que el cuidado personal compartido y la corresponsabilidad parental, hacía que los padres tendieran a participar más en la crianza, disminuyendo así la incidencia en el incumplimiento de las obligaciones alimenticias.

2° En cuanto a la afirmación de que no reconocer la atribución supletoria a favor de la madre, implicaba una inmediata judicialización con el consiguiente trauma para los hijos, señaló que la evidencia demostraba justo lo contrario, por cuanto era la referida atribución supletoria la que daba lugar a las causas, como lo demostraban las casi cuarenta mil demandas sobre relación directa y regular abiertas durante el año 2010. La igualdad parental disminuía la judicialización ya que potenciaba los acuerdos durante la etapa de la mediación, como lo demostraba la reducción de juicios de alimentos y visitas hasta en un 25% en países que la aplicaban como Brasil, Austria y Francia. En Chile, en cambio, la mediación familiar, en la mayoría de los casos, no alcanzaba sus objetivos.

3° En lo que se refería a la opinión que indica que las relaciones y circunstancias familiares son tan diversas que no podrían justificar el sistema del cuidado personal compartido como regla supletoria, señaló que al respecto cabría preguntarse por qué tantos países, vale decir, Estados Unidos en 43 de sus 50 estados, Francia, Alemania, Austria, Suecia, España y Brasil la han establecido como modelo preferente post ruptura.

Señaló que el sistema del cuidado personal compartido era el único que cumplía con los tres principios de corresponsabilidad parental, igualdad parental y derecho a la coparentalidad.

Explicó que de acuerdo a estudios efectuados, los padres cumplen en un alto grado el pago de pensiones alimenticias y su régimen de visitas, cuando perciben que mantienen cierto grado de autoridad parental, por lo contrario, las madres, después de la ruptura, suelen limitar el rol de éstos en la crianza de los hijos. La pérdida del sentido de la autoridad paterna se explicaría porque los padres consideran que el sistema legal y las condiciones del divorcio son injustos con ellos.

Sostuvo que la mantención de la atribución supletoria a favor de la mujer, sin un mayor análisis, constituía una discriminación en contra del género masculino, como lo demostraba el hecho

de reconocer idoneidad y aptitud al padre para ejercer el cuidado cuando se mantenía afectivamente al lado de la madre, aptitud que se perdía arbitrariamente como consecuencia del término de la relación.

Criticó, asimismo, imponer el sistema del cuidado personal compartido como sanción, por cuanto ello desconocía la naturaleza misma del tal régimen, el que parte del supuesto del entendimiento entre los padres.

Compartió, igualmente, las observaciones de constitucionalidad formuladas por la juez señora Negroni.

Recordó que el divorcio supone una crisis que debe tratar de superarse mediante un cambio, no obstante lo cual debe preservarse la estructura triangular que toda familia conlleva. Por ello no puede confundirse la separación de los padres con la de padres e hijos, por cuanto en este último caso se estaría perjudicando a los menores, al condenarlos a crecer sin una referencia a ambos progenitores, lo que se traducirá en una carga emocional de consecuencias impredecibles. Esto último sería lo que ocurriría a diario en el país, al separar injustamente a los niños de sus padres con la secuela de perjuicios emocionales y psicológicos irreparables para el menor.

A su juicio, el proyecto olvidaba la regla primordial al respecto, cual era la de responder a la pregunta que es lo mejor para el niño, y, por lo mismo, de no haber acuerdo entre los padres, debería recurrirse a la ayuda de un tercero.

VI.- DISCUSIÓN DEL PROYECTO.

Durante el análisis del texto propuesto por la Comisión de Familia, la Comisión llegó a los siguientes acuerdos:

Artículo 1°

Este artículo introduce diversas modificaciones en el Código Civil.

Número 1.-

La primera modificación afecta el artículo 222, norma que dispone que los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

Su inciso segundo agrega que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

La Comisión de Familia intercala un inciso segundo en este artículo del siguiente tenor:

“Es deber de ambos padres, cuidar y proteger a sus hijos e hijas y velar por la integridad física y psíquica de ellos. Los padres actuarán de común acuerdo en las decisiones relacionadas con el cuidado personal, su crianza y educación, y deberán evitar actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen en forma injustificada o arbitraria la imagen que el hijo o hija tiene de ambos padres o de su entorno familiar.”.

Los Diputados señora Saa y señores Burgos, Ceroni, Díaz, Harboe, Rivas y Walker presentaron una indicación para sustituir el artículo 222 del Código por el siguiente:

“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior de su hija o hija, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Es deber de ambos padres, cuidar y proteger a su hijo o hija y velar por el cumplimiento de sus derechos, en especial, por su integridad física y psíquica.

La responsabilidad parental comprende los siguientes derechos y deberes respecto del hijo o hija:

1° La adopción de decisiones de importancia relativas al hijo o hija, entendiéndose por tales aquéllas que inciden, de forma significativa, en su vida futura;

2° Cuidado personal;

3° Relación directa y regular en caso de no ejercerse por uno de los padres el cuidado personal;

4° Educación y establecimiento;

5° Alimentos;

6° Corrección;

7° Administración de sus bienes;

8° Representación legal.

Ambos padres ejercerán la responsabilidad parental de su hija o hija no emancipado conforme a los principios de igualdad parental y corresponsabilidad, procurando, asimismo, conciliar la vida familiar y laboral. En el ejercicio de dicha responsabilidad velarán por el interés superior de su hijo o hija, su derecho a ser oído, a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres y demás parientes cercanos, y a desarrollarse en compañía de sus hermanos y hermanas.

Si el hijo o hija ha sido reconocido por uno de sus padres, corresponderá a éste el ejercicio de la responsabilidad parental. Si el hijo o hija no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez y ejercerá las funciones que las leyes le encomienden, conforme a lo establecido en el inciso primero de este artículo.”.

El Diputado señor Díaz señaló que esta indicación perfeccionaba el artículo 222 con el propósito de adecuarlo a los tiempos actuales, agregando el Diputado señor Burgos que la modificación acentuaba el hecho de que la preocupación fundamental de los padres era el interés superior del hijo, aunque tenía claro que el Título IX del Código Civil, sobre obligaciones y derechos entre padres e hijos y del que formaba parte esta norma, sería objeto posteriormente de una revisión profunda, razón por la que entendía que el Ejecutivo no había presentado indicación alguna a este texto.

Los representantes el Ejecutivo se mostraron contrarios tanto a la indicación como al texto propuesto por la Comisión de Familia, toda vez que, según señalaron, las indicaciones que el Ejecutivo presentaba a las otras disposiciones del proyecto, las hacían innecesarias y redundantes.

Cerrado el debate, se rechazó la indicación por mayoría de votos (2 votos a favor, 4 en contra y 1 abstención). Votaron a favor los Diputados señores Burgos y Díaz. En contra lo hicieron los Diputados señores Cardemil, Eluchans, Cristián Monckeberg y Squella. Se abstuvo la Diputada señora Turres.

Puesta en votación la propuesta de la Comisión de Familia, se la rechazó por unanimidad. Participaron en la votación los Diputados señoras Saa y Turres y señores Burgos, Cardemil, Díaz, Eluchans, Cristián Monckeberg y Squella.

Número 2.-

Sustituye el artículo 225, norma que señala que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

Su inciso segundo agrega que no obstante, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

Su inciso tercero agrega que en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los

padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Su inciso cuarto añade que mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

La Comisión de Familia propone sustituir este artículo por el siguiente:

““Artículo 225.- Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos o hijas corresponda al padre, a la madre o a ambos en conjunto. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

A falta de acuerdo, a la madre toca el cuidado personal de los hijos e hijas menores.

En todo caso, cuando el interés del hijo o hija lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Perno no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo o hija mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

En ningún caso, el juez podrá fundar su decisión en base a la capacidad económica de los padres. El padre o madre que ejerza el cuidado personal facilitará el régimen comunicacional con el otro padre.

Velando por el interés superior del hijo o hija, podrá el juez entregar el cuidado personal a ambos padres, cuando el padre o madre custodio impidiere o dificultare injustificadamente el ejercicio de la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo o hija, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente. También podrá entregarlo cuando el padre o madre custodio realice denuncias o demandas basadas en hechos falsos con el fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos.

El cuidado personal compartido, acordado por las partes o decretado judicialmente, es el derecho y el deber de amparar,

defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados.

El hijo o hija sujeto a cuidado personal compartido deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre.

En caso de establecerse el cuidado personal compartido de común acuerdo, ambos padres deberán determinar, en la forma señalada en el inciso primero, las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre custodio con quien el hijo o hija no reside habitualmente , a fin de que puedan tener un vínculo afectivo sano y estable. En caso de cuidado personal compartido decretado judicialmente, será el juez quien deberá determinar dichas medidas.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”.

El Ejecutivo presentó la siguiente indicación para sustituir este artículo:

“Artículo 225.- Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

El acuerdo a que se refiere el inciso primero deberá establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre privado del cuidado personal mantendrá una relación directa, regular y personal con los hijos.

Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre.

En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga indispensable**,** el juez podrá modificar lo establecido, para atribuir el cuidado

personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro mantendrá con él una relación directa, regular y personal.

En ningún caso el juez podrá fundar su decisión o la aprobación del acuerdo señalado en el inciso primero, en la capacidad económica de los padres.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”.

La propuesta del Ejecutivo, que acoge gran parte de las sugerencias emitidas en el transcurso de las intervenciones de los invitados, solamente fue objeto de tres modificaciones:

la primera para sustituir en el inciso quinto la expresión “indispensable” por “conveniente”, concordando con la opinión de la ministra señora Letelier en el sentido de flexibilizar esta disposición;

la segunda para intercalar en el inciso sexto, entre las palabras “fundar” y “ su decisión” el término “ exclusivamente”, sugerencia formulada por el Diputado señor Squella con el objeto de que entre los fundamentos que tenga el juez en cuenta para resolver, pueda también considerar el factor económico, y

la tercera para suprimir en el mismo inciso sexto las expresiones “ o la aprobación del acuerdo señalado en el inciso primero”, por cuanto ello significaba que también debería el juez dar su aprobación al acuerdo a que las partes arribaran sin intervención judicial.

Cerrado el debate, se acogió la indicación del Ejecutivo, conjuntamente con las modificaciones señaladas, por unanimidad. Participaron en la votación los Diputados señoras Saa y Turres y señores Burgos, Caldemil, Díaz, Eluchans, Cristián Monckeberg y Squella.

Número 3.-

La Comisión de Familia propuso derogar el artículo 228, norma que señala que 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 de su cónyuge.

No se produjo debate, aprobándose la propuesta por unanimidad, con los votos de los Diputados señoras Saa y Turres y señores Burgos, Caldemil, Díaz, Eluchans, Cristián Monckeberg y Squella.

Número 4.-

Modifica el artículo 229, norma que señala que el padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Su inciso segundo agrega que se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.

La Comisión de Familia propone intercalar en este artículo los siguientes incisos segundo y tercero, pasando el actual segundo a ser cuarto:

“Relación directa y regular es aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo o hija se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo o hija y la relación que exista con el padre, las circunstancias particulares, necesidades afectivas, y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del menor.

Con todo, sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo o hija, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana.”.

El Ejecutivo presentó una indicación para sustituir este artículo por el siguiente:

“Artículo 229.- El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber que consiste en mantener con él una relación directa, regular y personal, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado, en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.

Se entiende por relación directa, regular y personal, aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo o hija se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo o hija y la

relación que exista con el padre no custodio, las circunstancias particulares, necesidades afectivas, y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del hijo. Cada vez que se haga referencia a la relación directa y regular se está haciendo referencia a la relación directa, regular y personal que se señala en este artículo.

Con todo, sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa, regular y personal o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo o hija, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana.”.

La Diputada señora Turres objetó el orden de los incisos, sosteniendo que el que figura como segundo, debería ubicarse al final, por cuanto antes de establecer las causales de suspensión del derecho de los padres no custodios a mantener una relación directa, regular y personal con el hijo, debería precisarse en qué consiste este tipo de relación y el rol que compete al juez en esta materia.

Asimismo, la Comisión estimó innecesarias las expresiones contenidas en el inciso tercero que figuran después del último punto seguido.

Cerrado el debate, se aprobó la indicación del Ejecutivo con las dos correcciones señaladas, por unanimidad, con los votos de los Diputados señoras Saa y Turres y señores Cardemil, Díaz, Eluchans, Harboe, Cristián Monckeberg y Squella.

Número 5.-

Modifica el artículo 244, disposición que establece que la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

Su inciso segundo agrega que a falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad.

Su inciso tercero añade que, en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.

Su inciso cuarto señala que en defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres.

La Comisión de Familia propuso dos modificaciones a este artículo:

1.- por su letra a) sustituye el inciso segundo por el siguiente:

“A falta de la suscripción de acuerdo, toca al padre y madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.”.

La propuesta, que cambia la regla supletoria sobre la materia, se aprobó sin debate, por unanimidad, en los mismos términos. Participaron en la votación los Diputados señoras Saa y Turres y señores Cardemil, Díaz, Eluchans, Harboe, Cristián Monckeberg y Squella.

2.- por su letra b) agrega un inciso final del siguiente tenor:

“ En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se presume que los actos realizados por uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro, salvo que la ley disponga algo distinto.”.

La Diputada señora Turres argumentó que las dificultades que surgen entre los padres que ejercen en forma conjunta la patria potestad, se derivan precisamente de los actos que ejecuta uno solo de ellos, razón por la cual no le parecía del todo conveniente establecer una presunción como la propuesta.

Los representantes del Ejecutivo reconocieron que el establecimiento de una presunción como la propuesta no estaba exenta de riesgos, pero que, en todo caso, era preferible a la situación actual, en que todos los actos que se ejecuten, requieren el concurso de ambos progenitores. Así sucedía, por ejemplo, con el hecho de matricular al hijo en un colegio. No obstante, precisaron que las limitaciones para la administración y disposición de los bienes del hijo mantenían plena vigencia.

Aprobada en un principio esta letra, fue objeto luego de una revisión, haciendo presente la Diputada señora Turres una aparente contradicción entre la nueva regla supletoria acerca del ejercicio de la patria potestad establecida en este artículo y el inciso primero del artículo 245, que dispone que si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquél que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, solución que dejaría fuera la posibilidad del ejercicio conjunto.

Al efecto, se hizo presente que las modificaciones que se introducían en ambos incisos del artículo 245 por el número 6 del texto aprobado por la Comisión de Familia, permitían el ejercicio conjunto de esa potestad, ya sea por acuerdo de las partes o por resolución judicial

El Diputado señor Cristián Monckeberg, recogiendo la primera inquietud manifestada por la Diputada señora Turres, acerca de la presunción establecida en el nuevo inciso final que se agregaba al artículo 244 por esta letra, señaló que si bien contemplaba la ley recaudos para los efectos de la disposición de los bienes raíces del hijo, como era, por ejemplo, la necesidad de contar con autorización judicial, no los contemplaba para la enajenación de los bienes muebles, entre los cuales podría haberlos de valor significativo, como sería el caso de las acciones. Por otra parte, no encontraba que tuviera mucho sentido autorizar el ejercicio conjunto de la patria potestad y, en forma paralela, señalar que los actos que realice uno de los padres en ese ejercicio conjunto, se presumirán autorizados por el otro. Asimismo, no creía que la situación descrita tuviera efectos prácticos, ya que en el caso de las instituciones financieras, lo más seguro sería que para cualquier operación se exigiera la comparecencia de ambos progenitores.

El Diputado señor Squella creyó necesario se exigiera, en todo caso, la comparecencia de ambos padres en la realización de actos de cierta relevancia, como podría ser la enajenación y gravamen de bienes inmuebles del menor, y la Diputada señora Turres alertó acerca de posibles riesgos para los intereses del hijo, ya que siempre podría haber posturas diferentes entre ambos padres al momento de adoptar decisiones vinculadas con el patrimonio del menor.

A fin de resolver las dudas que planteaba esta letra, se presentaron las siguientes indicaciones:

1° La de los Diputados señora Turres y señor Squella para agregar el siguiente inciso final:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres tendrán de consuno el derecho legal de goce y administración de los bienes del hijo, conforme a lo dispuesto en los artículos 250 a 259. Si fueren muchos los bienes del hijo, podrán dividir la administración por decisión o aprobación judicial. Sólo podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones”.

Los representantes del Ejecutivo explicaron los alcances de esta propuesta señalando que ella apuntaba a proteger, en el marco del ejercicio conjunto de la patria potestad, los intereses del hijo. Agregaron que se establecían las restricciones de este ejercicio en función de la cuantía o la naturaleza de los bienes comprometidos, permitiendo la actuación indistinta sólo en cuestiones de la vida cotidiana que no menoscabaran los derechos del hijo ni le impusieran obligaciones. Agregaron que se trataba de una fórmula similar a la establecida en el Código Civil en lo referente a la administración de tutores y curadores. De acuerdo a esta propuesta, los actos de relevancia como la enajenación de bienes del hijo, la administración e inversión de un capital, la contratación de un préstamo o la sumisión a intervenciones quirúrgicas delicadas, requerirían una actuación

conjunta, pero la apertura de una cuenta de ahorros o la matrícula en algún colegio admitiría la actuación indistinta.

El Diputado señor Harboe objetó esta propuesta por cuanto no se establecían criterios para determinar cuando habría que entender que los bienes del hijo eran muchos, caso en el cual podría dividirse la administración por decisión o aprobación judicial. Lo anterior, significaba que en el ejercicio de la patria potestad podría iniciarse un juicio para determinar la parte del patrimonio que podría administrar cada padre, caso en el cual podrían verse afectadas las normas sobe patria potestad. Dijo ser partidario de no condicionar la posibilidad de dividir la administración a la cantidad de bienes del hijo, permitiéndola en términos generales, ya sea por acuerdo de las partes o por decisión judicial.

La Diputada señora Turres hizo notar lo relativo de los términos “muchos bienes” ya que dependerá de la situación de cada familia y deberá el juez efectuar la valoración correspondiente.

2° Los Diputados señora Saa y señores Burgos y Harboe propusieron sustituir el inciso final por el siguiente:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres tendrán de consuno el derecho legal de goce y administración de los bienes del hijo, conforme a lo dispuesto en los artículos 250 a 259. Sin perjuicio de lo anterior, a solicitud de uno o ambos padres, se podrá dividir la administración por decisión o aprobación judicial. Sólo podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones”.

Los representantes del Ejecutivo señalaron que parecía necesario efectuar una distinción entre el goce y la administración como atributos de la patria potestad, por una parte, y la representación legal, por la otra, ya que mientras las primeras se ejercen conjuntamente, la última puede recaer en el padre o la madre, indistintamente.

El Diputado señor Eluchans sostuvo que en tal caso bastaría con precisar que la representación legal se puede ejercer en forma individual y, en lo demás, debe actuarse en forma conjunta. Además de lo anterior, entendía que conforme lo establecía el inciso primero del artículo 244, los padres podían acordar dividir la administración de los bienes del hijo, como también podría lograrse ésta por la vía judicial, de tal manera que no parecía necesario tratar este tema en el inciso que se propone.

3° De acuerdo a lo anterior, el Diputado señor Eluchans presentó una tercera indicación del siguiente tenor:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones.”.

Los Diputados señores Harboe y Díaz insistieron en la necesidad de que el acuerdo sobre división de la administración de los bienes del hijo sea sometido a la aprobación judicial, como una forma de resguardar mejor los bienes del menor, recordando que la división de la administración constituye una excepción a la regla general y parece del todo conveniente la intervención de un tercero imparcial en su autorización.

Finalmente, ante la insistencia de algunos Diputados de contemplar la facultad del juez de dividir la administración de los bienes del hijo, el Diputado señor Squella presentó una cuarta indicación para reemplazar el inciso tercero:

“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, radicarlo en uno solo de los padres o dividir la administración si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.

Sin perjuicio de lo anterior, podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones.”.

Explicó que resultaba necesario admitir la división de la administración, toda vez que la regla supletoria aprobada, que dispone que a falta de acuerdo, la patria potestad debe ser ejercida conjuntamente por ambos padres, hacía conveniente contar con un mecanismo que flexibilizara y simplificara la administración, como era la división de ella.

Finalmente, los representantes del Ejecutivo, atendiendo a que el parecer mayoritario de la Comisión había sido no establecer en este artículo la posibilidad de dividir la administración, ya sea por acuerdo de los padres o decisión judicial, en el ejercicio de la patria potestad, sugirieron una nueva redacción que solamente hacía referencia a un aspecto que debía necesariamente explicitarse, como era otorgar a los padres la facultad de actuar indistintamente cuando representaran legalmente al hijo, en la medida que no menoscabaran sus derechos ni le impusieran obligaciones.

Esta redacción fue la siguiente:

“Para agregar en el artículo 244 el siguiente inciso tercero, pasando los actuales tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:

a) “En todo caso, en el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones.”.

b) Eliminar en el inciso tercero, que pasa a ser cuarto, la frase “En todo caso”.

Explicaron que con ello se quería resolver el problema que se presentaba con la apertura de cuentas de ahorro, en que se requería la intervención del padre, la que solía encontrarse dificultada por las obligaciones laborales que pesan sobre él y que la madre no puede subsanar por no ser la titular de la patria potestad.

Señalaron que se había optado por incluir esta propuesta como inciso tercero y no final, por parecer más ordenado regular en primer lugar, la forma en que se ejerce la patria potestad conjunta, para, en seguida, establecer la posibilidad de que el juez altere esa forma de ejercicio. La propuesta sólo difería de la indicación del Diputado señor Eluchans, en que se la incluía en el inciso tercero y no en el final.

Acorde con lo señalado, el Diputado señor Eluchans procedió al retiro de su indicación y, conjuntamente con los Diputados señores Cardemil y Harboe, formalizó la sugerencia del Ejecutivo en la siguiente indicación:

“Para intercalar el siguiente inciso tercero, pasando los actuales tercero y cuarto, a ser cuarto y quinto, respectivamente:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones.”.

Se aprobó la indicación por unanimidad, con los votos de los Diputados señora Turres y señores Burgos, Cardemil, Ceroni, Eluchans, Harboe y Squella.

Se retiraron, asimismo, las demás indicaciones presentadas a este número a lo largo del debate.

Número 6.-

Modifica el artículo 245, disposición que señala que si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquél que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225.

Su inciso segundo agrega que sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.

La Comisión de Familia planteó dos modificaciones a este artículo:

Por la primera propuso agregar en el inciso primero, después de la palabra “hijo,” las expresiones “hija, o ambos”.

Por la segunda agregó en el inciso segundo, a continuación de la palabra “padre”, los términos “o a ambos”.

Ante las objeciones formuladas por la Diputada señora Turres, en el sentido que la redacción del inciso primero, que entregaba la patria potestad al padre que tuviera la tuición del hijo, impediría que en el caso de estar ambos padres separados, pudiera ejercerse en forma conjunta la patria potestad, lo que además contradecía lo acordado respecto del artículo 244, la Diputada señora Saa hizo presente que la modificación que se introducía por este número en el inciso primero de este artículo, subsanaba la observación de la Diputada señora Turres, toda vez que permitía, ya sea por acuerdo o por decisión judicial, atribuir el ejercicio de la patria potestad al otro padre o a ambos.

Los representantes del Ejecutivo objetaron la inclusión del término “hija” en este artículo, toda vez que de acuerdo a la definición establecida en el artículo 25 del Código Civil, el término “hijo” tenía una connotación genérica, comprensiva de ambos sexos, opinión reforzada por el Diputado señor Squella, quien hizo ver lo inconveniente de que en algunos textos legales se dé a la palabra “hijo” un alcance genérico y en otros se efectúe la distinción entre hijos e hijas, agregando el Diputado señor Harboe, que la incorporación de la palabra “hija” en este artículo, podría interpretarse como que si en las leyes especiales no se sigue igual criterio de diferenciación de género, éstas sólo serían aplicables a los hijos varones, opinión que secundó el Diputado señor Eluchans, argumentando la inconveniencia de efectuar estas distinciones, a fin de no desarmonizar las disposiciones del Código.

Al respecto, la Comisión, por mayoría de votos (4 votos a favor y 1 abstención), acordó eliminar la expresión “hija” tanto en este número como en el número 4. Votaron a favor los Diputados señora Turres y señores Harboe, Cristián Monckeberg y Squella. Se abstuvo el Diputado señor Díaz.

Los Diputados señora Turres y señor Squella presentaron una indicación para sustituir este número por el siguiente:

“Modifícase el artículo 245 en la forma que se señala:

a) Agrégase, en el inciso primero, a continuación del término “hijo”, los vocablos “o por ambos”.

b) Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente:

“Por mutuo acuerdo los padres podrán atribuirse conjuntamente la patria potestad sobre los hijos. Sin embargo, por resolución

judicial fundada en el interés del hijo, el juez podrá modificar esta decisión atribuyendo al otro padre la patria potestad o radicándola en uno solo de ellos, si la ejercieren conjuntamente. Se aplicará a este acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripciones previstas en el artículo precedente. Igualmente, se aplicarán las reglas sobre ejercicio conjunto de la patria potestad del inciso final del artículo precedente.”.

Los representantes del Ejecutivo explicaron los fundamentos de esta indicación, señalando que mediante la letra a) se perfeccionaba la redacción propuesta por la Comisión de Familia y, por la letra b), se pretendía que pudiera acordarse el ejercicio conjunto de la patria potestad aunque los padres se encontraran separados y solamente uno de ellos tuviera la tuición del hijo. Por último, se buscaba regular el ejercicio de la patria potestad en términos similares a los que establecía el artículo 244 para la tuición, en el caso en que los padres permanecen juntos.

Agregaron que este artículo sería una derivación del artículo 225, el que hace primar el acuerdo de los padres en materia del cuidado personal de los hijos, en los casos que se encuentren separados.

La Diputada señora Turres recordó que en el caso de las modificaciones introducidas al artículo 244 en materia de patria potestad, primaba el acuerdo de los padres y a falta de éste, la decisión judicial, cuando ambos padres permanecían juntos. Respecto de este artículo, en cambio, se alteraba dicha lógica, toda vez que la patria potestad correspondía al padre que tuviera la tuición del menor. Al respecto, se mostró partidaria de priorizar el acuerdo paterno también en el caso de estar los progenitores separados, correspondiendo, a falta de dicho acuerdo, la patria potestad al que tuviera el cuidado personal y, de mantenerse las divergencias, acudir a la decisión judicial.

Ante la observación del Diputado señor Squella, en el sentido de haber una diferencia en lo que se refiere a la regulación del cuidado personal y del ejercicio de la patria potestad cuando los padres están separados, ya que en el primer caso, conforme al artículo 225, la regla supletoria atribuiría el cuidado a la madre; en el segundo, dicha regla permitiría que el ejercicio de la patria potestad fuera conjunto, los representantes del Ejecutivo explicaron que por medio de la modificación que se introducía al inciso segundo de este artículo, se permitía a los padres acordar el ejercicio conjunto de la patria potestad aunque sólo uno de ellos tuviera el cuidado personal. Insistieron en la conveniencia que el juez pueda modificar el acuerdo paterno, agregando que siempre actuará a petición de parte, la que podrá fundarse, por ejemplo, en un inadecuado funcionamiento del ejercicio conjunto de la patria potestad.

El Diputado señor Burgos señaló que si los padres pueden atribuirse el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos, no tendría sentido la intervención judicial, toda vez que por la misma vía convencional podrían dejar sin efecto el acuerdo, situación distinta a la que

se produce cuando el ejercicio conjunto de la patria potestad es una derivación de la tuición compartida, opinión que la Diputada señora Saa precisó señalando que la intervención judicial debería tener cabida solamente en los casos de ejercicio conjunto de la patria potestad.

Los representantes del Ejecutivo sugirieron agregar en el inciso primero, a continuación de la palabra “hijo” los términos “ o por ambos”; agregar en el inciso segundo, a continuación de la palabra “padre”, las expresiones “ o a ambos”, y añadir un inciso final del siguiente tenor:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.”.

Explicaron los alcances de su propuesta, señalando ser partidarios de mantener el inciso segundo de este artículo en los términos propuestos por la Comisión de Familia, es decir, se podrá modificar la regla general contenida en el inciso primero y , conforme a la modificación que se le introduce, permitir que la patria potestad sea ejercida por quien tiene el cuidado personal del menor o que se ejerza en forma compartida. Este inciso segundo permitiría que tanto por la vía convencional como por la judicial no sólo pueda atribuirse al otro padre la patria potestad sino que a ambos conjuntamente. Además, mediante el nuevo inciso tercero que se agrega, se haría aplicable a este ejercicio, la regla relativa a la representación legal que se incorporó en el artículo 244.

Ante la observación del Diputado señor Burgos acerca de que conforme a esa propuesta, el ejercicio conjunto de la patria potestad podría originarse tanto en el acuerdo de los padres como en una decisión judicial o derivarse de la regla supletoria que permite ejercer la tuición compartida, el Diputado señor Eluchans criticó tal solución ya que, a su juicio, no correspondería que el juez atribuyera el ejercicio compartido de la patria potestad, porque al igual que en el caso del cuidado personal, debe haber acuerdo entre los padres no pudiendo éste imponerse en forma coercitiva.

Los representantes del Ejecutivo insistieron en su propuesta porque nada impediría que en el transcurso de un juicio, los padres alcanzaran un acuerdo en tal sentido, limitándose el juez a ratificarlo, sin que ello signifique una imposición contraria a la voluntad de los progenitores.

El Diputado señor Eluchans señaló que en materia de cuidado compartido sólo existe una alternativa: a) que haya acuerdo entre las partes, caso en el cual no se requiere intervención judicial, o b) que se establezca en virtud de una decisión judicial. En base a ello, propuso la siguiente redacción para sustituir el inciso final del artículo 245:

“Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre

la patria potestad. Además, por acuerdo de los padres, fundado en el interés personal del niño, podrá atribuirse a ambos padres en forma compartida Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”.

El Diputado señor Harboe señaló que la propuesta del Diputado señor Eluchans no se colocaba en la situación de que en el curso de un juicio, los padres pudieran llegar a un acuerdo acerca del ejercicio conjunto de la patria potestad, el que debería ser aprobado o ratificado por el juez. De aquí, entonces, que teniendo el acuerdo de ejercicio conjunto un origen puramente consensual y no judicial, pero que sin perjuicio de ello, podría alcanzarse en el transcurso de un juicio, la expresión “sentencia” que se emplea en la propuesta sería incorrecta, porque el juez habrá de ratificar o aprobar ese acuerdo en virtud de una resolución judicial, término que sería el correcto.

El Diputado señor Burgos observó que la propuesta no incluía otra de las hipótesis que podrían darse en estos casos y que era la posibilidad de que por acuerdo de los padres o resolución judicial, se radicara la patria potestad en uno solo de ellos, si la ejercieran conjuntamente.

Finalmente, se acogió la propuesta del Diputado señor Eluchans con las dos correcciones mencionadas, quedando su texto como sigue:

“Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, fundado en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicará al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”

Asimismo, los Diputados señora Turres y señores Cardemil, Eluchans y Squella presentaron una indicación para acoger en parte la sugerencia del Ejecutivo, la que es del siguiente tenor:

a) Agregar en el inciso primero del artículo 245, a continuación del término “hijo”, las expresiones “ o por ambos”.

b) Agregar el siguiente inciso final:

“ En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.”.

Cerrado el debate, se aprobaron ambas indicaciones por mayoría de votos (8 votos a favor y 1 abstención). Votaron a favor los Diputados señora Turres y señores Burgos, Calderón, Cardemil, Ceroni, Eluchans, Harboe y Squella. Se abstuvo el Diputado señor Schilling.

Artículo 2°.-

El **texto de la Comisión de Familia** introduce una modificación en el inciso tercero del artículo 66 de la Ley de Menores, disposición que en su inciso primero exige denunciar los hechos constitutivos de maltrato de menores a aquellos que en conformidad a las reglas generales del Código Procesal Penal estuvieren obligados a hacerlo, haciendo aplicables la misma obligación y sanciones a los maestros y a otras personas encargadas de la educación de los menores.

En su inciso segundo, sanciona al que se negare a proporcionar a los funcionarios que establece la mencionada ley datos o informes acerca de un menor o que los falseare, o que en cualquiera otra forma dificultare su acción, con prisión en su grado mínimo, conmutable en multa de un quinto de unidad tributaria mensual por cada día de prisión. Si el autor de esta falta fuere un funcionario público, podrá ser, además, suspendido de su cargo hasta por un mes.

En su inciso tercero, dispone que el que fuere condenado en procedimiento de tuición, por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega de un menor y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo señalado por el tribunal, o bien, infringiere las resoluciones que determinan el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, establece que en igual apremio incurrirá el que retuviese especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal.

La modificación consiste en intercalar, en el inciso tercero del artículo entre las locuciones “Civil,” y “será apremiado” la frase “sea incumpliendo el régimen comunicacional establecido a su favor o impidiendo que este se verifique”.

El **Ejecutivo** presentó una indicación para sustituir este artículo por el siguiente:

“Artículo 2º.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Ley 16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Artículo 6º del D.F.L. Nº 1, del Ministerio de Justicia, de 2000:

1) Introdúcese el siguiente artículo 40, nuevo:

“Artículo 40.- Para los efectos de los artículos 225, inciso 3º, 229 y 242, inciso 2º del Código Civil, y de toda otra norma en que se requiera la aplicación del interés superior del hijo como criterio de decisión, el juez deberá ponderar al menos los siguientes factores:

a) Bienestar que implica para el hijo el cuidado personal del padre o madre, o el establecimiento de un régimen judicial de

relación directa, regular y personal, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional;

b) Riesgos o perjuicios que podrían derivarse para el hijo en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual;

c) Efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del hijo; y,

d) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de 14 años.".

2) Introdúcese el siguiente artículo 40 bis, nuevo:

"Artículo 40 bis.- Para los efectos del artículo 225 del Código Civil, el artículo 21 de la Ley 19.947, de 2004, y de los artículos 106 y 111 de la Ley 19.968, de 2004, sobre Tribunales de Familia, y cada vez que esté llamado a aprobar un régimen de cuidado personal compartido, el juez tomará en cuenta, según procedan, los siguientes factores:

a) Vinculación afectiva entre el hijo y cada uno de sus padres, y demás personas de su entorno;

b) Aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un ambiente adecuado, según su edad;

c) Actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa, regular y personal del hijo con ambos padres;

d) Tiempo que cada uno de los padres dedicaba al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente ejercitaba para procurarle un bienestar;

e) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de 14 años;

f) Ubicación geográfica del domicilio de los padres y los horarios y actividades de los hijos y los padres; y,

g) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante según el interés superior del hijo.".

Cuestión previa.-

Este artículo, en virtud del cual la Comisión de Familia propone modificar una norma de la Ley de Menores y, a su vez, el Ejecutivo sustituye para agregar dos nuevas disposiciones en esa misma ley, dio lugar en forma previa a su análisis, a un debate acerca de la conveniencia de introducir tales modificaciones, dado que la citada ley estaba siendo objeto de un acabado estudio para reformarla en su totalidad.

Al efecto, el Diputado señor Burgos planteó como más apropiado incorporar en el mismo Código Civil aquellas disposiciones que resulten indispensables para concretar o complementar las modificaciones que se proponen para ese Código, dejando las demás para ser discutidas una vez que se inicie la tramitación legislativa de la reforma a la Ley de Menores.

La Diputada señora Turres observó que los nuevos artículos que la indicación del Ejecutivo agrega a esta ley, son absolutamente necesarios para complementar las modificaciones que se plantean al Código, toda vez que establecen pautas obligatorias que los jueces deben considerar a la hora de aprobar el régimen del cuidado personal compartido.

El Diputado señor Calderón estimó que las disposiciones que se pretendía incorporar en la Ley de Menores mediante los artículos 40 y 40 bis, no eran de carácter procesal sino sustantivo y, por lo mismo, deberían incorporarse en el Código Civil.

Los representantes del Ejecutivo explicaron que se había optado por mantener el espíritu del Código Civil, en el sentido de que sus normas se limiten a los conceptos generales, dejando los criterios de aplicación judicial para las respectivas leyes especiales. Agregaron que tal había sido el parecer de los jueces y abogados que habían participado en la elaboración de esta iniciativa, los que siempre sostuvieron que los factores para determinar el interés superior del hijo y para aprobar el régimen del cuidado personal compartido, deberían consagrarse en la Ley de Menores. En todo caso, de no querer modificarse dicha ley, creían que la alternativa correcta sería introducir tales modificaciones en la Ley sobre Tribunales de Familia, la que contiene disposiciones de carácter procesal y fija criterios que el juez debe aplicar para resolver distintos asuntos.

Finalmente, por razones de carácter práctico y a fin de no entrabar la tramitación de esta iniciativa, se acordó incorporar las normas propuestas por la indicación del Ejecutivo en la Ley de Menores, sin perjuicio de que el Diputado señor Burgos dejara expresa constancia de su parecer en el sentido de que los nuevos artículos 40 y 40 bis que propone esa indicación, deberían agregarse en el Código Civil.

Análisis de la indicación.

La Comisión acordó debatir los dos numerales de la indicación en forma separada:

Número 1.-

La Diputada señora Turres destacó la importancia de conocer lo que realmente piensa y siente el menor cuando presta

declaración ante un tribunal, cuestión realmente difícil dado que resulta perfectamente factible que ella pueda encontrarse influida por el padre o madre que lo tiene a su cuidado **.** De lo anterior, que se mostrara partidaria, especialmente en el caso de los de menor edad, de contar a su respecto con una evaluación psicológica al momento de determinar el interés superior. Por ello, propuso precisar la redacción de la letra d) especificando que la evaluación a que se refiere, debe ser de naturaleza social y psicológica.

La Diputada señora Saa señaló que la opinión de los menores debería ser objeto de una ponderación judicial, asesorada por expertos.

El Diputado señor Cardemil señaló la inconveniencia de calificar la naturaleza de la evaluación que se establece, por cuanto, a su juicio, lo ideal es que ella no se encasille sino que sea lo más amplia posible.

Finalmente, la Comisión acordó sustituir en el encabezado de este artículo la expresión “aplicación” por “consideración”, procediendo a aprobarlo sin más modificaciones, por unanimidad. Participaron en la votación los Diputados señora Turres y señores Cardemil, Díaz y Squella.

Número 2.-

La Diputada señora Turres, refiriéndose a la letra d) de este artículo, que establece como uno de los factores que deberá considerar el juez para aprobar un acuerdo de cuidado personal compartido, el “ tiempo que cada uno de los padres dedicaba al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente ejercitaba para procurarle un bienestar”, señaló que resultaba un tanto riesgoso por cuanto si sólo uno de los padres trabaja fuera del hogar, el otro tiene más tiempo para dedicar al hijo, no obstante lo cual esta circunstancia podría serle perjudicial. De aquí entonces que le mereciera dudas la inclusión de este factor, especialmente si el padre o madre que solicita el régimen de cuidado compartido no tiene la tuición del hijo, lo que lo dejaría en clara desventaja.

La Diputada señora Saa, junto con plantear una corrección de forma en la letra f) de tal manera que, por razones de concordancia con el resto del artículo, la palabra “hijos” se exprese en singular, creyó necesario incluir entre los factores a considerar la circunstancia de que en el caso de haber más de un hijo, se procure mantenerlos juntos al cuidado del o los padres.

Asimismo, estimó que el factor contenido en la letra b), que hacía alusión a la aptitud del padre para garantizar el bienestar del hijo, podría se contradictorio con lo resuelto respecto del artículo 225, en la parte que señala que la decisión que se adopte en materia de cuidado personal no debe fundarse exclusivamente en la capacidad económica de los padres.

Los representantes del Ejecutivo recordaron que de acuerdo a lo aprobado en el artículo 225, en el caso de haber varios hijos y no obstante corresponder el cuidado personal a la madre, los progenitores que vivan separados, pueden acordar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. No obstante, como los factores considerados en esta norma se establecían para los efectos de aprobar el régimen de cuidado compartido, no debería darse la situación que inquietaba a la Diputada señora Saa.

Igualmente, señalaron que el factor descrito en la letra d), era de común utilización por la judicatura.

El Diputado señor Cardemil propuso, recogiendo la observación de la Diputada señora Turres, agregar al final de esa letra las palabras “de acuerdo a sus posibilidades”, propuesta que la Comisión acogió.

Por último, acogiendo la observación de la Diputada señora Saa a la letra b), se acordó agregar después de la palabra “garantizar”, los términos “de acuerdo a sus medios”.

Asimismo, encontrándose derogado el artículo 41 de esta ley, se acordó incluir este artículo como 41 en lugar de 40 bis.

Cerrado finalmente el debate, se aprobó el artículo, con las modificaciones señaladas, por unanimidad. Participaron en la votación los Diputados señora Turres y señores Cardemil , Díaz, Eluchans y Squella.

Número nuevo (pasó a ser 3)

Modifica el artículo 42, norma que señala que para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6° Cuando maltrataren o dieren malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

Respecto de esta norma se presentaron dos indicaciones:

A.- La primera de los Diputados señora Saa y señores Burgos, Ceroni, Díaz, Harboe, Rivas y Walker para suprimir este artículo.

Los representantes del Ejecutivo se manifestaron en contra de esta derogación, por cuanto se trataba de una norma complementaria del artículo 226 del Código Civil, que tenía por objeto fijar los criterios que determinarían la inhabilidad de los padres para ejercer el cuidado personal del hijo, lo que, a su vez, justificaría la necesidad de separarlo de ellos.

No se produjo mayor debate, rechazándose la indicación por unanimidad, con los votos de los Diputados señora Turres y señores Calderón, Cardemil, Eluchans, Harboe, Schilling y Squella.

B.- La segunda indicación, de los Diputados señora Saa y señores Burgos, Díaz, Harboe y Schilling sustituye el encabezamiento de este artículo por el siguiente:

“Para el solo efecto del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentra en el caso de inhabilidad física o moral:”.

La modificación, que solamente se limita a intercalar entre las palabras “Para los “ y “ efectos”, la expresión “solo” , fue explicada por el Diputado señor Calderón como una forma de circunscribir la aplicación de las causales de inhabilidad de este artículo, solamente al artículo 226 del Código Civil.

El Diputado señor Harboe señaló que con ello se quería resolver un problema práctico, por cuanto algunos jueces habrían entendido que pueden utilizarse los supuestos que se mencionan en este artículo, en otras disposiciones distintas del artículo 226, específicamente el artículo 225.

Los representantes del Ejecutivo apoyaron la indicación, señalando que el espíritu del legislador al establecer el artículo 42 había sido fijar las causales para la determinación de la inhabilidad de los padres para ejercer la tuición, pero algunos jueces consideraban tales causales para privar a la madre del cuidado personal en el caso del artículo 225, el que permite que cuando el interés del hijo lo haga indispensable, por maltrato, abandono u otras causas, pueda el juez entregar el cuidado personal al otro padre. La indicación, entonces, clarificaría la situación y permitiría aplicar los supuestos del artículo 42 sólo respecto del artículo 226.

Ante la observación del Diputado señor Calderón en el sentido de que entre los supuestos del artículo 42 no se incluía la dependencia a sustancias psicotrópicas o cualquier otra adicción que pueda inhabilitar a los padres para el cuidado del menor, los representantes del Ejecutivo precisaron que tal supuesto podía entenderse comprendido en la causal genérica establecida en el número 7 del artículo citado, la que incluye cualquier otra causa que coloque al menor en peligro moral o material.

Cerrado el debate, se aprobó la indicación por mayoría de votos. (6 votos a favor y 1 abstención). Votaron a favor los Diputados señora Turres y señores Cardemil, Eluchans, Harboe y Squella. Se abstuvo el Diputado señor Calderón.

Artículo 3°.-

El **Ejecutivo** presentó una indicación para agregar el siguiente artículo.

“Artículo 3°.- Sustitúyase el inciso 2° del artículo 21 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, de 2004, por el siguiente:

“En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.”.

Los representantes del Ejecutivo explicaron que con esta indicación se permitía que en el marco del acuerdo que celebren los cónyuges que se separan de hecho, puedan convenir el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido, para someterlo, luego, a la aprobación judicial.

No se produjo mayor debate, aprobándose la indicación por unanimidad. Participaron en la votación los Diputados señora Turres y señores Calderón, Cardemil, Eluchans, Harboe, Schilling y Squella.

***

INDICACIONES AL TEXTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA

Por las razones señaladas y por las que hará valer en su oportunidad la señora Diputada Informante, esta Comisión propone las siguientes indicaciones al texto propuesto por la Comisión de Familia:

1.- Para suprimir el número 1 del artículo 1°.

2.- Para sustituir el número 2 del artículo 1° por el siguiente:

“Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:

“Artículo 225.- Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

El acuerdo a que se refiere el inciso primero deberá establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre privado del cuidado personal mantendrá una relación directa, regular y personal con los hijos.

Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre.

En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga **conveniente,** el juez podrá modificar lo establecido, para atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro mantendrá con él una relación directa, regular y personal.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”.”

3.- Para sustituir el número 4 del artículo 1° por el siguiente:

“Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente:

“Artículo 229.- El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del

deber que consiste en mantener con él una relación directa, regular y personal, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa, regular y personal, aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo y la relación que exista con el padre no custodio, las circunstancias particulares, necesidades afectivas y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del hijo.

Con todo, sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa, regular y personal o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”.

4.- Para sustituir la letra b) del número 5. del artículo 1° por lo siguiente:

“b) Intercálase el siguiente inciso tercero, pasando los actuales tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones.”.

5.- Para sustituir el número 6. del artículo 1° por el siguiente:

“Modifícase el artículo 245 en el siguiente sentido:

a) Intercálase en el inciso primero, entre los términos “hijo,” y “ de conformidad” las palabras “ o por ambos,”.

b) Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente:

“Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán

ejercerla en forma conjunta. Se aplicará al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”

c) Agrégase el siguiente inciso tercero:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.”.

6.- Para sustituir el artículo 2° por el siguiente:

“Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2000:

1.- Introdúcese el siguiente artículo 40:

“Artículo 40.- Para los efectos de los artículos 225, inciso tercero; 229 y 242, inciso segundo del Código Civil, y de otra norma en que se requiera considerar el interés superior del hijo como criterio de decisión, el juez deberá ponderar al menos los siguientes factores:

a) Bienestar que implica para el hijo el cuidado personal del padre o madre, o el establecimiento de un régimen judicial de relación directa, regular y personal, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional;

b) Riesgos o perjuicios que podrían derivarse para el hijo en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual;

c) Efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del hijo, y

d) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años.”.

2.- Introdúcese el siguiente artículo 41:

“Artículo 41.- Para los efectos del artículo 225 del Código Civil, el artículo 21 de la ley N° 19.947 y de los artículos 106 y 111 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, y cada vez que esté llamado a aprobar un régimen de cuidado personal compartido, el juez tomará en cuenta, según procedan, los siguientes factores:

a) Vinculación afectiva entre el hijo y cada uno de sus padres, y demás personas de su entorno;

b) Aptitud de los padres para garantizar, de acuerdo a sus medios, el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un ambiente adecuado, según su edad;

c) Actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa, regular y personal del hijo con ambos padres;

d) Tiempo que cada uno de los padres, conforme a sus posibilidades, dedicaba al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente ejercitaba para procurarle bienestar;

e) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años;

f) Ubicación geográfica del domicilio de los padres y los horarios y actividades del hijo y los padres, y

g) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante según el interés superior del hijo.

3.- Sustitúyese la frase inicial del artículo 42 “ Para los efectos” por la siguiente “ Para el solo efecto”.”.

7.- Para agregar el siguiente artículo 3°:

“Artículo 3°.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, por el siguiente:

“En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.”.”

****

TEXTO DEL PROYECTO EN CASO DE APROBARSE LAS INDICACIONES FORMULADAS POR LA COMISIÓN.

“PROYECTO DE LEY:

Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido fue fijado en el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio del Justicia, de 2000:

1.- Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:

“Artículo 225.- Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción

de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

El acuerdo a que se refiere el inciso primero deberá establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre privado del cuidado personal mantendrá una relación directa, regular y personal con los hijos.

Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre.

En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga **conveniente,** el juez podrá modificar lo establecido, para atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro mantendrá con él una relación directa, regular y personal.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”.

2.- Derógase el artículo 228.-

3.- Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente:

“Artículo 229.- El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber que consiste en mantener con él una relación directa, regular y personal, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa, regular y personal, aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo y la relación que exista con el padre no custodio, las circunstancias particulares, necesidades afectivas y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del hijo.

Con todo, sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa, regular y personal o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”.

4.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 244:

a) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

“ A falta de la suscripción del acuerdo, toca al padre y madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.”.

b) Intercálase el siguiente inciso tercero, pasando los actuales tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones.”.

5.- Modifícase el artículo 245 en el siguiente sentido:

a) Intercálase en el inciso primero, entre los términos “hijo,” y “ de conformidad” las palabras “ o por ambos,”.

b) Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente:

“Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicará al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”

c) Agrégase el siguiente inciso tercero:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.”.

Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2000:

1.- Introdúcese el siguiente artículo 40:

“Artículo 40.- Para los efectos de los artículos 225, inciso tercero; 229 y 242, inciso segundo del Código Civil, y de otra norma en que se requiera considerar el interés superior del hijo como criterio de decisión, el juez deberá ponderar al menos los siguientes factores:

a) Bienestar que implica para el hijo el cuidado personal del padre o madre, o el establecimiento de un régimen judicial de relación directa, regular y personal, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional;

b) Riesgos o perjuicios que podrían derivarse para el hijo en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual;

c) Efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del hijo, y

d) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años.”.

2.- Introdúcese el siguiente artículo 41:

“Artículo 41.- Para los efectos del artículo 225 del Código Civil, el artículo 21 de la ley N° 19.947 y de los artículos 106 y 111 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, y cada vez que esté llamado a aprobar un régimen de cuidado personal compartido, el juez tomará en cuenta, según procedan, los siguientes factores:

a) Vinculación afectiva entre el hijo y cada uno de sus padres, y demás personas de su entorno;

b) Aptitud de los padres para garantizar, de acuerdo a sus medios, el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un ambiente adecuado, según su edad;

c) Actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa, regular y personal del hijo con ambos padres;

d) Tiempo que cada uno de los padres, conforme a sus posibilidades, dedicaba al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente ejercitaba para procurarle bienestar;

e) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años;

f) Ubicación geográfica del domicilio de los padres y los horarios y actividades del hijo y los padres, y

g) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante según el interés superior del hijo.

3.- Sustitúyese la frase inicial del artículo 42 “ Para los efectos” por la siguiente “ Para el solo efecto”.

Artículo 3°.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, por el siguiente:

“En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.”.

****

Sala de la Comisión, a 11 de enero de 2012.

Acordado en sesiones de fechas 16 y 30 de agosto; 26 y 27 de septiembre; 4 de octubre;14 y 21 de diciembre de 2011, y 4 y 11 de enero de 2012, con la asistencia de los Diputados señor Alberto Cardemil Herrera (Presidente), señora Marisol Turres Figuera y señores Jorge Burgos Varela, Giovanni Calderón Bassi, Guillermo Ceroni Fuentes, Marcelo Díaz Díaz, Edmundo Eluchans Urenda, Felipe Harboe Bascuñán, Cristián Monckeberg Bruner, Ricardo Rincón González y Arturo Squella Ovalle.

En reemplazo de los Diputados señores Alberto Cardemil Herrera, Aldo Cornejo González, Marcelo Díaz Díaz y Felipe Harboe Bascuñán asistieron a una sesión los Diputados señores Pedro Browne Urrejola, Matías Walker Prieto, Marcelo Schilling Rodríguez y señora María Antonieta Saa Díaz.

Asistieron también a las sesiones de la Comisión los Diputados señora María Antonieta Saa Díaz y señor Marcelo Schilling Rodríguez.

EUGENIO FOSTER MORENO
Abogado Secretario de la Comisión

INDICE

I.- IDEAS MATRICES O FUNDAMENTALES....2

II.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS....2

III.- DIPUTADO INFORMANTE....4

IV.- ANTECEDENTES....4

V.- INTERVENCIONES RECIBIDAS POR LA COMISIÓN....8

1.- Don Nicolás Espejo Yaksic, abogado, encargado de protección legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)....8

2.- Doña María Sara Rodríguez Pinto, profesora de Derecho Civil en la Universidad de Los Andes.11

3.- Doña Fabiola Lathrop Gómez, profesora de Derecho Civil y de Familia en la Universidad de Chile. 14

4.- Doña Gloria Negroni Vera, jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago....18

6.- Doña Verónica Gómez Ramírez, psicóloga, perito forense y perito judicial ante la Corte de Apelaciones de Santiago y el Ministerio Público....25

7.- Don Rodrigo García, vocero de la Organización "Papá Presente"....27

8.- Don Max Celedón Collins, empresario, ingeniero informático de la Universidad Santa María....30

9.- Don Ignacio Schiappacasse Bofill, académico del Departamento de Economía de la Universidad de Concepción....32

VI.- DISCUSIÓN DEL PROYECTO....34

INDICACIONES AL TEXTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA....57

TEXTO DEL PROYECTO EN CASO DE APROBARSE LAS INDICACIONES FORMULADAS POR LA COMISIÓN....61

TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
	Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido fue fijado en el artículo 2°, del decreto con fuerza de ley N° 1 de 2000, del Ministerio de Justicia:		**Artículo 1°.-** Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido fue fijado en el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio del Justicia, de 2000:
Artículo 222. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.	~~1. Intercálase, en el artículo 222, el siguiente inciso segundo, nuevo:~~	**1.-** Para suprimir el número 1 del artículo 1°.	
	~~"Es deber de ambos padres, cuidar y proteger a sus hijos e hijas y velar por la integridad física y psíquica de ellos. Los padres actuarán de común acuerdo en las decisiones relacionadas con el cuidado personal, su crianza y educación, y deberán evitar actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen en forma injustificada o arbitraria la imagen que el hijo o hija tiene de ambos padres o de su entorno familiar."~~		
La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.			

TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
		2.- Para sustituir el número 2 del artículo 1° por el siguiente:	
	2.- Sustitúyese el artículo 225 de la forma que sigue:	"Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:	**1.-** Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:
Artículo 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. **No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.**	**"Artículo 225.- Si los padres viven separados, podrán determinar, de común acuerdo, que el cuidado personal de uno o más hijos o hijas corresponda a la madre, al padre o a ambos en conjunto. El acuerdo se otorgará mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción del nacimiento del hijo o hija dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.**	"Artículo 225.- Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.	"Artículo 225.- Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.
	A falta de acuerdo, a la madre toca el cuidado personal de los hijos e hijas menores.	El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.	El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.
En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre,	**En todo caso, cuando el interés del hijo o hija lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la**	El acuerdo a que se refiere el inciso primero deberá establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre	El acuerdo a que se refiere el inciso primero deberá establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre privado del cuidado personal mantendrá una relación directa, regular y personal con los hijos.

TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
pudiendo hacerlo.	**mantención del hijo o hija mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.** **En ningún caso, el juez podrá fundar su decisión en base a la capacidad económica de los padres. El padre o madre que ejerza el cuidado personal facilitará el régimen comunicacional con el otro padre.** **Velando por el interés superior del hijo o hija, podrá el juez entregar el cuidado personal a ambos padres, cuando el padre o madre custodio impidiere o dificultare injustificadamente el ejercicio de la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo o hija, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente. También podrá entregarlo cuando el padre o madre custodio realice denuncias o demandas basadas en hechos falsos con el fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos.** **El cuidado personal compartido, acordado por las partes o decretado judicialmente, es el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y**	privado del cuidado personal mantendrá una relación directa, regular y personal con los hijos. Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre. En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga conveniente, el juez podrá modificar lo establecido, para atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro mantendrá con él una relación directa, regular y personal.	Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre. En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga conveniente, el juez podrá modificar lo establecido, para atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro mantendrá con él una relación directa, regular y personal. En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.	**la madre que viven separados.** **El hijo o hija sujeto a cuidado personal compartido deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre.** **En caso de establecerse el cuidado personal compartido de común acuerdo, ambos padres deberán determinar, en la forma señalada en el inciso primero, las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre custodio con quien el hijo o hija no reside habitualmente, a fin de que puedan tener un vínculo afectivo sano y estable. En caso de cuidado personal compartido decretado judicialmente, será el juez quien deberá determinar dichas medidas.** **Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.".**	En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres. Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.".	Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.
Artículo 228. ~~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 de su cónyuge.~~	**3.-** Derógase el artículo 228.		**2.-** Derógase el artículo 228.

TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
Artículo. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.	**4.-Intercálanse, en el artículo 229, los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos, pasando el actual segundo a ser cuarto, en la forma que se indican:** "**Relación directa y regular es aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo o hija se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo o hija y la relación que exista con el padre, las circunstancias particulares, necesidades afectivas, y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del menor.** **Con todo, sea que se decrete**	**3.-** Para sustituir el número 4 del artículo 1° por el siguiente: "Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente: "Artículo 229.- El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber que consiste en mantener con él una relación directa, regular y personal, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se entiende por relación directa, regular y personal, aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo y la relación que exista con el padre no custodio, las circunstancias particulares, necesidades afectivas y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del hijo.	**3.-** Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente: "Artículo 229.- El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber que consiste en mantener con él una relación directa, regular y personal, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se entiende por relación directa, regular y personal, aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo y la relación que exista con el padre no custodio, las circunstancias particulares, necesidades afectivas y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del hijo. Con todo, sea que se decrete judicialmente el

TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.	**judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo o hija, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana".**	Con todo, sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa, regular y personal o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.	régimen de relación directa, regular y personal o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.
Artículo 244. La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. **A falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad.**	**5.-**Modifícase el artículo 244 del modo que sigue: **a)**.- Reemplázase, el inciso segundo por el siguiente: "A falta de la suscripción de acuerdo, toca al padre y madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad".	**4.-** Para sustituir la letra b) del número 5. del artículo 1° por lo siguiente: "b) Intercálase el siguiente inciso tercero, pasando los actuales tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:	**4.-** Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 244: **a)** Reemplázase el inciso segundo por el siguiente: "A falta de la suscripción del acuerdo, toca al padre y madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.". **b)** Intercálase el siguiente inciso tercero, pasando los actuales tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:

TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
		“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones.”.	“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones.”.
En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero. En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres.	**b)**.- **Agrégase el siguiente inciso final:** “**En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se presume que los actos realizados por uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro, salvo que la ley disponga algo distinto”.**		
Artículo 245. Si los padres viven	**6.- Modifícase el artículo 245 de la forma que se señala:**	**5.-** Para sustituir el número 6. del artículo 1° por el siguiente: “Modifícase el artículo 245 en el siguiente sentido:	**5.-** Modifícase el artículo 245 en el siguiente sentido:

TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225. **Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.**	**a).-Agrégase, en el inciso primero, a continuación del término "hijo", las palabras "hija, o ambos".** **b).-Añádese, en el inciso segundo, a continuación de la palabra "padre", las locuciones "o a ambos"**	a) Intercálase en el inciso primero, entre los términos "hijo," y " de conformidad" las palabras " o por ambos,". b) Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente: "Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicará al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente." c) Agrégase el siguiente inciso tercero: "En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.".	**a)** Intercálase en el inciso primero, entre los términos "hijo," y " de conformidad" las palabras " o por ambos,". **b)** Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente: "Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicará al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente." **c)** Agrégase el siguiente inciso tercero: "En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.".

TEXTO DE LA LEY N°16.618, DE MENORES	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
		6.- Para sustituir el artículo 2° por el siguiente: Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 16.618, de	**Artículo 2°.-** Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 16.618, de Menores, cuyo

TEXTO DE LA LEY N°16.618, DE MENORES	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
		Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2000: 1.- Introdúcese el siguiente artículo 40:	texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2000: **1.**- Introdúcese el siguiente artículo 40:
Art. 40.- Derogado		“Artículo 40.- Para los efectos de los artículos 225, inciso tercero; 229 y 242, inciso segundo del Código Civil, y de otra norma en que se requiera considerar el interés superior del hijo como criterio de decisión, el juez deberá ponderar al menos los siguientes factores: a) Bienestar que implica para el hijo el cuidado personal del padre o madre, o el establecimiento de un régimen judicial de relación directa, regular y personal, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional; b) Riesgos o perjuicios que podrían derivarse para el hijo en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual; c) Efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del hijo, y d) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años.”.	“Artículo 40.- Para los efectos de los artículos 225, inciso tercero; 229 y 242, inciso segundo del Código Civil, y de otra norma en que se requiera considerar el interés superior del hijo como criterio de decisión, el juez deberá ponderar al menos los siguientes factores: a) Bienestar que implica para el hijo el cuidado personal del padre o madre, o el establecimiento de un régimen judicial de relación directa, regular y personal, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional; b) Riesgos o perjuicios que podrían derivarse para el hijo en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual; c) Efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del hijo, y d) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años.”.
Art. 41.- Derogado		2.- Introdúcese el siguiente artículo 41: “Artículo 41.- Para los efectos del artículo	**2.-** Introdúcese el siguiente artículo 41: “Artículo 41.- Para los efectos del artículo 225 del

TEXTO DE LA LEY N°16.618, DE MENORES	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
		225 del Código Civil, el artículo 21 de la ley N° 19.947 y de los artículos 106 y 111 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, y cada vez que esté llamado a aprobar un régimen de cuidado personal compartido, el juez tomará en cuenta, según procedan, los siguientes factores: a) Vinculación afectiva entre el hijo y cada uno de sus padres, y demás personas de su entorno; b) Aptitud de los padres para garantizar, de acuerdo a sus medios, el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un ambiente adecuado, según su edad; c) Actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa, regular y personal del hijo con ambos padres; d) Tiempo que cada uno de los padres, conforme a sus posibilidades, dedicaba al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente ejercitaba para procurarle bienestar; e) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años; f) Ubicación geográfica del domicilio de los padres y los horarios y actividades del hijo y los padres, y g) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante según el interés superior del hijo.	Código Civil, el artículo 21 de la ley N° 19.947 y de los artículos 106 y 111 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, y cada vez que esté llamado a aprobar un régimen de cuidado personal compartido, el juez tomará en cuenta, según procedan, los siguientes factores: a) Vinculación afectiva entre el hijo y cada uno de sus padres, y demás personas de su entorno; b) Aptitud de los padres para garantizar, de acuerdo a sus medios, el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un ambiente adecuado, según su edad; c) Actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa, regular y personal del hijo con ambos padres; d) Tiempo que cada uno de los padres, conforme a sus posibilidades, dedicaba al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente ejercitaba para procurarle bienestar; e) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años; f) Ubicación geográfica del domicilio de los padres y los horarios y actividades del hijo y los padres, y g) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante según el interés superior del hijo.
Artículo 42. **Para los efectos** del artículo		3.- Sustitúyese la frase inicial del artículo	**3.-** Sustitúyese la frase inicial del artículo 42 “ Para

TEXTO DE LA LEY N°16.618, DE MENORES	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4.º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6.º Cuando maltrataren o dieren malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.		42 “Para los efectos” por la siguiente “Para el solo efecto”.	los efectos” por la siguiente “ Para el solo efecto”.
Artículo 66. Deberán denunciar los hechos constitutivos de maltrato de menores aquellos que en conformidad a las reglas generales del Código Procesal Penal estuvieren obligados a hacerlo; la misma obligación y sanciones afectarán a los maestros y otras personas encargadas de la educación de los menores. El que se negare a proporcionar a los funcionarios que establece esta ley datos o informes acerca de un menor o que los			

TEXTO DE LA LEY N°16.618, DE MENORES	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN
falseare, o que en cualquiera otra forma dificultare su acción, será castigado con prisión en su grado mínimo, conmutable en multa de un quinto de unidad tributaria mensual por cada día de prisión. Si el autor de esta falta fuere un funcionario público, podrá ser, además, suspendido de su cargo hasta por un mes. El que fuere condenado en procedimiento de tuición, por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega de un menor y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo señalado por el tribunal, o bien, infringiere las resoluciones que determinan el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. En igual apremio incurrirá el que retuviese especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal.	**Artículo 2°.- Intercálase, en el inciso tercero del artículo 66, de la ley N°16.618, de Menores, entre las locuciones "Civil," y "será apremiado" la frase "sea incumpliendo el régimen comunicacional establecido a su favor o impidiendo que este se verifique".**	**- Se ha sustituido según consta en las páginas 9 a 11 del comparado.**	

LEY N° 19.947, SOBRE MATRIMONIO CIVIL	TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE FAMILIA EN SEGUNDO TRÁMITE REGLAMENTARIO	MODIFICACIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN	TEXTO QUE INCLUYE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN

Artículo 21.- Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. **En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.** Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables.		**7.-** Para agregar el siguiente artículo 3°: “Artículo 3°.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, por el siguiente: “En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.”.	**Artículo 3°.-** Sustitúyese el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, por el siguiente: “En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.”.”