Boletín N° 13.660-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Aravena y señores Castro, Galilea y Prohens, que modifica el artículo 226 del Código Civil, con relación al cuidado personal del menor en caso de falta de padre y madre.

Estamos viviendo una crisis sanitaria cada vez más compleja, siendo cada vez más difícil proyectar en qué etapa de esta pandemia nos encontramos y una posible fecha de salida. Y este mismo contexto nos moviliza a ponernos en escenarios que de otra forma no estaríamos.

La pandemia del COVID – 19 ha provocado la muerte de más de 6.600 chilenos, aumentando drásticamente la cantidad de decesos mensuales que se producen en Chile. Dicha dramática situación que se vive en nuestro país, nos lleva a ponernos en la situación de aquellos menores de edad que pierden a sus dos padres y quedan bajo el cuidado personal de otro familiar o de algún tercero.

Y no sólo en el contexto de pandemia, lamentablemente cuando ocurre esta situación de menores de edad que pierden a ambos padres, la ley encarga la tarea al juez de otorgar el cuidado personal de estos niños a personas competentes, preferentemente a los consanguíneos más próximos, y en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda, tal como señala el artículo 226 del código civil, “Art. 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2”. Y su inciso segundo señala “En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.
Además de lo anterior, el escenario se complejiza aún más en Chile considerando la gran cantidad de padres que no concurren a la inscripción de sus hijos, figurando en el registro solo la madre. Según un estudio sobre Estadísticas Vitales del año 2016, del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), presentado en año 2018, durante el 2016 en el país se registraron 231.749 nacimientos, de los cuales 20.138 fueron casos con padres no comparecientes, equivalentes a 8,7% del total.[1]

[1] https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/sin-padre-reconocido/687513/

Observamos entonces, de acuerdo al actual artículo 226 del Código Civil, que una vez que el juez determina el cuidado personal de un menor de edad, que ha perdido a sus dos padres, los cuales eran sus representantes legales en base a la patria potestad que la ley les entrega por derecho sobre sus hijos, dicho representante no tiene facultades de administrar los bienes de los menores bajo su cuidado, de haberlos, debiendo iniciarse un nuevo juicio con dicho fin. Usualmente dicho nuevo procedimiento para la designación del tutor, se produce a instancias de la misma persona que tiene el cuidado personal del menor, por haberse visto impedida de representar a este último ante diversas instituciones, por ejemplo, para cobrar y percibir lo que se le adeuda por seguros de vida o ante entidades bancarias.

A pesar de las reformas que se han introducido al sistema procesal de familia en nuestro país, las cuales redujeron en un 77% los tiempos de tramitación de un juicio de este tipo[2] en los tribunales nacionales, lamentablemente, en muchos casos, este doble procedimiento resulta doblemente complejo para los menores y doblemente costoso para todos.

Lo anterior, se debe a que la ley presupone la presencia de al menos uno de los dos padres, como debe ocurrir en la mayoría de los casos, sin ponerse adecuadamente en la situación de que ambos falten, ya sea por las hipótesis de fallecimiento, incapacidad física o moral de éstos.

Señalar además que las materias de carácter patrimonial en el derecho de familia no tienen actuaciones de impulso procesal de oficio, sino que se encuentran reservadas a aquellas acciones de protección de menores, por lo que, en su mayoría, este trámite nunca llega a realizarse.

Por ello, es que es indispensable, a nuestro juicio, en aquellos casos en los cuales falte la madre y padre del menor, unificar la declaración que realiza el juez respecto del cuidado personal definitivo, con la declaración de tutor y curador, a fin de no dejar en la desprotección en su índole patrimonial a aquel menor objeto de la declaración.
Es por lo anterior que, a fin de subsanar esta situación, venimos en presentar el siguiente proyecto de ley:

---

[2] https://www.latercera.com/noticia/tiempo-de-resolucion-de-casos-en-juzgados-de-familia-bajo-de-ocho--dos-meses-3/

PROYECTO DE LEY.

Artículo único. Incorpórese un nuevo inciso tercero al artículo 226 del código civil.

En caso de fallecimiento o inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez al momento de determinar el cuidado personal definitivo del menor, en ese mismo acto, deberá designar como tutor o curador del menor a aquella persona a la cual se le entregue el cuidado personal de este, según las reglas establecidas en los títulos XIX y XX del Libro I de este Código.