Boletín N° 11.072-07

Proyecto de ley, iniciado en moción del Honorable Senador señor Chahuán, que sanciona a quienes obstaculicen o impidan la relación de un menor con el progenitor u otro pariente que no tenga su cuidado personal

Exposición de motivos.

La "obstrucción de vínculos familiares" corresponde a la o las acciones que maliciosamente son llevadas a cabo a objeto de dificultar o impedir el derecho de contacto y relación directa y regular entre el niño, niña o adolescente (NNA) y aquel padre que no cuenta con su cuidado personal, o bien con sus abuelos, atentando, entre otras normas, contra lo expresamente establecido en el inciso quinto del artículo 229 del Código Civil que establece: "El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo."

La propuesta de tipificación de este delito encuentra su fundamento en la necesidad de protección efectiva de los derechos reconocidos y consagrados en la legalidad vigente, en especial aquellos que refieren a la protección de NNA, dando real garantía para su ejercicio a través de la actualización tanto de sus instrumentos de promoción, así como los de sanción en el caso en que sean pasados a llevar.

De allí deriva la importancia de calificar como delito estas prácticas obstructivas toda vez que esta tipificación es la necesaria herramienta a través de la cual el Estado puede sancionar a aquellos que en su práctica no solo vulneran los derechos de NNA o de sus parientes no custodios, sino que también quebrantan el imperio de la ley manifestándose en claro desacato de resoluciones judiciales destinadas a la protección de esos derechos como bienes jurídicos.

Los bienes jurídicos perjudicados: Derechos del Niño. Cuando un padre, familiar o tercero rehúsa permitir y propiciar un vínculo satisfactorio entre el NNA y el progenitor o parientes no convivientes, mediante prácticas destinadas a entorpecer o imposibilitar su realización, está incurriendo en una vulneración de los derechos a la identidad, al resguardo de sus vínculos familiares y a la participación corresponsable de sus padres en consecuencia con su interés superior, los que están consagrados a los NNA en la Convención de Derechos del Niño y en el Código Civil.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su Artículo 8.l.: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad."

Por su parte, el Artículo 9, N° 3 dispone: "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.

A su turno, el Artículo 18, N° 1, prescribe: "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. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 224 del Código Civil, "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos."

Aquel que realiza la obstrucción de vínculos familiares se encuentra entonces en abierta contradicción con las mencionadas normas que resguardan el interés superior del niño. El derecho del padre o madre que no tenga el cuidado personal junto con la vulneración de los derechos garantizados a NNA, el obstructor de vínculos familiares transgrede las normas que consagran el derecho de padres a mantener una relación directa y regular con sus hijos en las que se manifiesta expresamente que no debe existir obstaculización o impedimento por parte del otro padre para la materialización de este vínculo.

Cabe señalar que el Código Civil en su artículo 229, establece: "El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del articulo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable."

El inciso quinto de este mismo artículo 229 preceptúa: "El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo."

En lo que respecta al derecho del hijo respecto de parientes y abuelos, de igual modo el obstructor de vínculos familiares puede pasar a llevar las normas que garantizan a los NNA el acceso al contacto y relación directa y regular con sus parientes en general según señalan las modificaciones realizadas por la ley 19.771 a la ley de menores y el derecho que asiste a los abuelos en especial, manifestadas expresamente por el legislador en las modificaciones introducidas al Código Civil por la ley 20.680.

Cabe acotar que la Ley de Menores, en el inciso del artículo 48, prescribe: "El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirla cuando pudiera perjudicar su bienestar."

Es útil tener presente también que el Código Civil establece en su artículo 229-2 "El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229.".

Es indudable que el imperio de la ley queda de manifiesto en los cuerpos legales señalados y en el reconocimiento que ellos hacen de la importancia de los vínculos familiares para el desarrollo emocional y psicológico de los NNA en sociedad, la necesidad de sancionar a aquellos que incurren en hechos que atenten contra esos vínculos.

Cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente.

Además de esta tolerancia a la vulneración de derechos expresamente consagrados en la ley, existe una disparidad de criterios a la hora de llevar a la practica la única medida que podría constituirse en un disuasivo de la conducta como son los apercibimientos en forma de arrestos o multas que señala el inciso tercero del artículo 66, de la ley 16.618: "(...) 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 en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil".

Esta disparidad de criterios queda de manifiesto al considerar las diferencias entre los fallos de las Cortes de Apelaciones de Concepción y Valdivia: El primer tribunal nombrado, en la causa rol N° 16.814-2001, del 8 de septiembre de 2001, fundándose en esta disposición, falló: "Al padre que no vive con su hijo le asiste el derecho de que se regule un régimen de visitas su favor. Dicho régimen no puede alterarse por la sola voluntad del progenitor que vive con el menor, aun cuando existan acciones pendientes en orden a alterar o suprimir el régimen existente. El progenitor que desconoce tal situación se expone a que le sean aplicadas medidas de apremio en su contra" (…)

La Corte de Apelaciones de Valdivia, por su parte, en la causa rol N° 218-2008, del 15 de septiembre de 2008, aunque citó el mismo artículo 66 de la Ley de Menores declaro que el legislador solo permite apremiar al progenitor que incumple el derecho-deber de mantener una relación directa y regular y no a aquel que, detentando el cuidado personal, la impida imputablemente, pues, en este caso, solo cabe que el juez disponga la forma de recuperar los días perdidos.

En definitiva, la inexistencia de normas que sancionen al obstructor de vínculos afecta tanto los derechos de NNA, padres que no ostentan el cuidado personal parientes y abuelos así como al mismo imperio de la ley que por la tolerancia normativa y la disparidad de criterios se ve transgredido.

En mérito a estas consideraciones, sometemos a la aprobación del Senado de la República, el siguiente

PROYECTO DE LEY:

Artículo 1°. Comete el delito de obstrucción de vínculos familiares aquel que maliciosamente realiza acciones para obstaculizar, retardar o impedir la relación de un hijo con su padre, madre o pariente que no ostenta su cuidado personal según lo establecido en los artículos 224 y 229 del Código Civil.

Artículo 2°. Quien maliciosamente frustre, retarde o entorpezca la participación activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de su hijo del padre o madre que no ostenta el cuidado personal del menor será sancionado con una multa de 1 a 5 UTM.

Artículo 3°. Aquel padre o tercero que maliciosamente frustre, retarde o entorpezca la relación directa y regular en los términos en que ha sido establecida por resolución judicial entre el hijo y el padre, madre o pariente que no ostenta el cuidado personal será sancionado con la multa de 3 a 5 UTM. En caso de reiteración se sancionará al infractor con multa de 4 a 10 UTM. En caso de tres o más reiteraciones se sancionara con la pena de multa de 8 a 12 UTM o de prisión en cualquiera de sus grados.

Artículo 4°. Aquel padre o tercero que denuncia un delito, a sabiendas de su falsedad, con el objeto de frustrar, retardar o entorpecer la relación directa y regular en los términos en que ha sido establecida por resolución judicial entre el hijo y el padre, madre o pariente que no ostenta el cuidado personal será sancionado con la pena de prisión en su grado máximo. En caso de reiteración, la sanción será de presidio menor en su grado mínimo.