Boletín N° 9.390-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Navarro y Guillier, que modifica la ley N° 16.618, sobre menores, en materia de régimen de visitas.

1. El derecho a mantener una relación directa y regular con el menor no ha sido, al menos en nuestro país, objeto de estudio dogmático suficiente. Menos aún en lo que respecta a los abuelos, a pesar de lo importante que es en la formación del menor la relación con sus abuelos. Es de común ocurrencia en la práctica que las disputas judiciales sobre relación directa y regular, y también en los procesos de mediación, (muchas veces incluidos en temas de divorcio, alimentos, cuidado personal, etc.) se tienda a cerrar la discusión solo en torno a las pretensiones que los padres tienen en el tema olvidándose del "derecho" que tienen los ascendientes a relacionarse con su nieto o nieta de una manera normal, trascendiendo a los eventuales conflictos existentes entre los padres. De este modo, una pugna familiar en etapa de mediación o judicializado que se pronuncie sobre relación directa y regular, no visualiza la posición de los abuelos respecto a este conflicto, pagando, estos y los nietos, costos afectivos muy duros por no poder entablar y desarrollar una relación afectiva, ni poder recurrir a alguna vía institucional reclamando esta pretensión.

2. El derecho de visita o Régimen Comunicacional (Relación Directa y Regular) es una facultad que le asiste al padre o madre que no tenga el cuidado personal (Tuición) del hijo y consiste en mantener con él una relación directa y regular y la ejerce con la frecuencia y libertad acostumbrada o acordada entre los progenitores. A falta de acuerdo el progenitor no tutor debe iniciar proceso judicial a fin de que sea el tribunal de familia quien determine los días y horarios en que se llevará efectos las visitas. Es necesario precisar que la Relación Directa y Regular es un derecho del hijo, por lo cual y atendiendo a ello las partes deben procurar se cumpla sin que el menor sea judicializado o inculcado en contra del padre que no dispone del cuidado personal del menor.

3. En el Derecho Comparado, hace pocos años la Ley 42/2003, que ha modificado el Código Civil español, consagró explícitamente a los abuelos como sujetos activos del derecho de visitas, en efecto en el artículo 160 del Código Civil Español se consagra el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos, más aún la ley va más allá y extiende este derecho a otros parientes y allegados.

4. El padre o madre que no tenga el cuidado personal de su hijo tiene el derecho y el deber de mantener una relación continua, estable y directa con el menor, con el propósito de contribuir al correcto desarrollo, emocional del niño o niña. En atención al mismo interés superior del menor considerarnos importante el hecho de que los abuelos sean reconocidos por la normativa de familia como parte de relaciones directas y regulares con sus nietos, sin supeditación a visitas ejercidas por los padres del menor. Sin embargo, y no obstante la evidencia de estos hechos y circunstancias, nuestro Código Civil y también la Ley de Menores, no contemplan normas sobre el derecho de los abuelos a mantener una relación directa y regular con sus nietos. En efecto, el ordenamiento jurídico reconoce y recurre a los ascendientes de los menores en diversas instituciones, así en materia de matrimonio, el ascenso en determinados casos los ascendientes están llamados a prestarlo, en materia de alimentos, los ascendientes eventualmente deben responder por su pago, asimismo, pueden los ascendientes ser titular del cuidado personal de un menor. De lo anterior se colige que

no existen argumentos para que impidan que un abuelo, no obstante las circunstancias especiales que rodeen al padre o madre de un menor, mantener una relación de afecto y cariño con su respectivo nieto.

Es importante recordar que Chile detenta una de las tasas de natalidad más bajas de la región, lo que redundará dentro de algunos años en que Chile se transforme en una sociedad con una gran población de adultos mayores, por lo tanto la relevancia que ha de cobrar el presente proyecto será capital para la sociedad y la familia chilena de cara al futuro. Dentro de este marco de ideas se circunscribe el proyecto de ley, hoy archivado, presentado por los ex senadores Núñez y Viera-Gallo, que bajo el número de boletín 3374-07, pretendía modificar el Artículo 229 del Código Civil, consagrando precisamente el derecho de los abuelos a visitas respecto de sus nietos.

5. Las únicas menciones a estos ascendientes en la legislación aludida, se refieren más bien a la obligación residual de éstos en materia de alimentos, operando en subsidio de la obligación parental.

Es decir, la legislación reconoce de un modo parcial la relación entre abuelos y nietos, limitándola exclusivamente a los asuntos de manutención del menor, tal como lo dispone el artículo 232 del Código Civil. De esta forma ocurre la paradoja que un abuelo puede estar obligado a otorgar alimentos a su nieto sin que le asista el derecho a tener una relación directa y regular. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentado un precedente importante al señalar en una sentencia del año 2006 que "En efecto, la ausencia de la madre crea la necesidad de establecer y promover vínculos entre la menor y su familia extensa, lo que implica facilitar los espacios para que se puedan desarrollar y consolidar las relaciones y afectos con sus abuelos maternos, que no sólo representan sus orígenes y, en ese sentido, son significativos en la construcción de la propia identidad de la menor, sino que constituirán su apoyo en el futuro, lo que le permitirá enfrentar la vida en mejores condiciones.

Por otra parte, el hecho de que el abuelo haya intervenido en una primera etapa de la crianza teniendo el cuidado de la menor entre el año y medio y cerca de los 4 años de edad permite prever que de impedirle mantener una relación fluida y regular con el mismo, sin que existan antecedentes ciertos que así lo justifiquen, es introducir una nueva pérdida en su desarrollo emocional, siendo, por el contrario, beneficioso que vuelva a ser recibida en el nuevo hogar constituido por su abuelo materno y pueda compartir, además, con quienes identifica como sus tíos, figuras cercanas en edad e intereses.

Que, un antecedente importante de considerar, en opinión de esta Corte, es que las declaraciones de la menor frente a la juez del Tercer Juzgado de Menores y ante la jueza del Segundo Juzgado de Familia (acompañada de la consejera técnica del tribunal), han generado en ambas una percepción coincidente, en el sentido de la conveniencia de mantener el vínculo con su abuelo, manifestando que no se advierte en la niña ninguna animadversión ni temor frente a su abuelo, sino por el contrario, que sólo expresa cuestiones gratas en cuanto a su relación.

Es la convicción que se ha generado también en estos jueces, al escuchar el audio proveniente del juzgado de familia, que da cuenta de una niña sana y extrovertida, con un desarrollo normal para su edad, ubicada en el contexto y que muestra afecto por la figura del abuelo y su entorno.

Que así las cosas, y si bien esta Corte estima que la sentencia en alzada ha establecido un régimen razonable, que ha tomado en cuenta las circunstancias particulares del caso y velado porque la menor comparta también con su padre, en mérito de lo razonado precedentemente se considera beneficioso para el interés de la menor, introducir algunas modificaciones, tendientes, por una parte, a permitir que la menor cuente, efectivamente, con períodos algo más prolongados para compartir con su abuelo materno y su entorno familiar teniendo presente las actividades escolares de la menor, las exigencias profesionales del abuelo y las distancias entre los lugares que se debe trasladar y que participe de fechas y eventos significativos para ella y para su familia, y por otra, a establecer una progresividad en el desenvolvimiento del régimen comunicacional, con el objeto de que, en forma paulatina, éste pueda llegar a funcionar con normalidad, de mantenerse el curso normal de los acontecimientos.

Se tiene presente, además, el necesario espacio que ha de reservarse para que la menor desarrolle una relación con su padre, condicionada, por cierto, al efectivo interés que éste demuestre en ello y teniendo presente, además, que el régimen convenido por éste con la abuela materna, en la práctica y según las expresiones de la propia menor, pareciera haberse cumplido con una menor frecuencia de la que aparece en el acuerdo extrajudicial que se ha tenido a la vista.

En la especie, esta Corte estima que las expresiones negativas del padre sobre el abuelo materno, no alteran la percepción o el convencimiento de que la regulación de visitas en relación a este último, resulta Conveniente para el desarrollo de la menor, atendido que no se ha acreditado en autos que tenga inhabilidad para mantener relación con su nieta, la buena disposición que ha mostrado la menor para con su abuelo cada vez que ha sido oída por el juez y en particular ante la juez de familia, por ser esta audiencia la más reciente las diversas acciones judiciales emprendidas por el actor para estar cerca de su nieta, las que, sin perjuicio de las interpretaciones que pueda darle la demandada, revelan su interés por la menor; y el derecho a la identidad de ésta que, en definitiva, se debiera ver fortalecido en la medida que la menor pueda relacionarse y desarrollar lazos tanto con su padre, como con sus abuelos y demás parientes cercanos. Se pondera, además, la circunstancia de que no sea el padre quien tiene a su cuidado la menor.

Con el propósito de terminar con esta situación abiertamente injusta y teniendo presente también el interés superior, del menor, en orden a que la mantención de relaciones regulares y directas con los abuelos contribuirían positivamente al mantenimiento y acrecentamiento de los lazos familiares y al desarrollo afectivo y socialización del menor, **es necesario contemplar en nuestro ordenamiento legal, sendas disposiciones que permitan y garanticen a estos ascendientes el derecho a visitar a sus nietos, incluso cuando los padres de éste no mantengan relaciones de convivencia.**

6. Actualmente se tramita en este congreso un importantísimo proyecto de ley 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 Boletín N° 5917-18, sin embargo las normas allí contenidas tampoco se refieren a la necesaria relación directa y regular que debe existir entre los ascendientes y sus respectivos nietos.

Más aún el Decreto N° 830 de 1990 que ratifica y reconoce por parte del Estado de Chile la Convención sobre Derechos del Niño y la Infancia establece el desarrollo de los hijos y obliga a estado a tomar medidas para apoyar a los padres en su tarea de orientación, promoción del desarrollo y cuidado de los niños y niñas. La familia chilena ha experimentado cambios en los últimos 15 años; aumentó el número de hogares en un 26% entre 1992 y 2002, en el mismo período disminuyeron los matrimonios (de un 67% a 58%) y aumentaron las convivencias (de un 6% a 10%). Hoy, la mitad de los niños nacen fuera de una relación matrimonial. Y es en razón de este cambio de la estructura familiar y de sus nuevas dinámicas, que se torna de imperiosa necesidad legislar al respecto, facilitando las relaciones familiares, sin perjuicio de diferencias coyunturales existente entre los padres de un menor.

7. La ley 19.711 que modifica la ley 16618 y que regula el derecho a visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres, establece en el inciso final del artículo 48 que "El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar" Esta norma eventualmente permitiría a los abuelos visitar a su nieto, pero los requisitos son demasiado exigentes, así queda al arbitrio del juez determinar cuando la visita sea "manifiestamente conveniente para el menor".

8. El proyecto busca consagrar el expresamente el derecho de los menores a mantener una relación directa y regular con sus ascendientes como una manera de cultivar los lazos filiativos que en definitiva que estructuran la familia. Asimismo, busca evitar situaciones injustas en que los padres que detentan el cuidado personal, buscan desarraigar a un menor de edad desvinculando a un menor de cualquier contacto con la familia del padre que no detenta el cuidado personal.

Por todo lo anterior es que venimos en presentar el siguiente,

PROYECTO DE LEY

Artículo Único: Agréguese el siguiente artículo 48 ter la ley 16.618 (modificada por la ley 19.711) sobre Menores:

"Los abuelos tendrán el derecho a mantener una relación directa y regular con sus respectivos nietos que deberá ejercerse coordinadamente con el de los padres, en especial con el o los de aquel que no tenga a su cargo el cuidado del menor.

Los padres no podrán oponerse al ejercicio de este derecho a pretexto de incompatibilidad con las facultades que, como titulares del cuidado personal detentan, sino solamente alegando y demostrando la existencia de una justa causa que demuestren su inconveniencia.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, o de sus abuelos, resolverá de inmediato atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

El derecho indicado en el inciso anterior, podrá ser, de oficio o a petición de los padres o del menor, regulado, restringido o suspendido por el juez, cuando, atendiendo al interés superior del menor, manifiestamente perjudiquen su bienestar".