SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, 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.

BOLETINES N°s. 5.917-18 y 7.007-18, refundidos.

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros respecto del proyecto de ley indicado en la suma, iniciado en dos Mociones presentadas ante la Honorable Cámara de Diputados, la primera, contenida en el Boletín N° 5.917-18, de los ex Diputados señores Álvaro Escobar Rufatt y Esteban Valenzuela Van Treek, con la adhesión de los Honorables 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 la segunda, contenida en el Boletín N° 7.007-18, del Honorable Diputado señor Gabriel Ascencio Mansilla, con la adhesión de los Honorables 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. Dichas Mociones fueron refundidas durante el primer trámite constitucional.

La iniciativa en estudio tiene urgencia calificada de "suma".

A las sesiones en que la Comisión consideró esta iniciativa de ley asistieron, además de sus miembros, los Honorables Senadores señores Chahuán, García, Sabag y Tuma.

Concurrieron, por el Servicio Nacional de la Mujer, la Ministra Directora, señora Carolina Schmidt; la Subdirectora de dicho Servicio, señora Jessica Mualim; la Jefa del Departamento de Reformas

Legales, señora Andrea Barros, y las asesoras legislativas, señoras Susan Ortega y Daniela Sarrás.

Participaron, especialmente invitados, los Profesores de Derecho Civil señoras Carmen Domínguez, Fabiola Lathrop, Andrea Muñoz, María Sara Rodríguez, Carolina Salinas, Paulina Veloso y Paola Flores y señor Mauricio Tapia.

Asistió la Jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, señora Gloria Negroni.

Igualmente, concurrió la Psicóloga señora Anneliese Dörr.

Por la Biblioteca del Congreso Nacional asistieron los Abogados señora Paola Truffello y señor Juan Pablo Cavada y la Psicóloga señora María Pilar Lampert.

Participaron los asesores de la Honorable Senadora señora Alvear, señores Jorge Cash y Héctor Ruiz; la asesora del Honorable Senador señor Walker, don Patricio, señora Paz Anastasiadis; el asesor del Comité Renovación Nacional, señor Hernán Castillo; el asesor de la Honorable Diputada señora Saa, señor Leonardo Estradé-Brancoli, y los asesores del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señoras Daniela Iglesias y Elizabeth Soto y señor Tomás Celis.

- - -

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

En consideración a las razones expuestas por vuestra Comisión en su primer informe, la iniciativa en estudio no contiene normas que requieran quórum especial para su aprobación.

- - -

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento del Senado, se deja constancia de lo siguiente:

1.- Artículos que no fueron objeto de indicaciones ni de modificaciones: artículo 3°.

2.- Indicaciones aprobadas sin modificaciones: no hubo.

3.- Indicaciones aprobadas con modificaciones: las números 3, 7, 9, letra b), 10, 16 y 22.

4.- Indicaciones rechazadas: las números 1, 2, 4, 8, 9, letra a), y 13.

5.- Indicaciones retiradas: las números 5, 6, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 23 y 24.

6.- Indicaciones declaradas inadmisibles: no hubo.

Igualmente, como se informará más adelante, en mérito de lo dispuesto por el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado, la Comisión introdujo algunas enmiendas adicionales al proyecto. Como se señalará en cada caso, los respectivos acuerdos contaron con el voto favorable de la unanimidad de los señores Senadores que estuvieron presentes en las correspondientes sesiones.

- - -

EXPOSICIONES ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN

Al iniciar la discusión en particular de esta iniciativa, la Comisión estimó pertinente escuchar las intervenciones de la Psicóloga Asesora de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Pilar Lampert, y de la Abogada y Profesora de Derecho Civil, señora Paulina Veloso, quienes abordaron algunos aspectos de la iniciativa desde el punto de vista de sus respectivas especialidades.

De ellas se da cuenta a continuación.

1) EXPOSICIÓN DE LA PSICÓLOGA ASESORA DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, SEÑORA PILAR LAMPERT

Atendiendo a una solicitud que la Comisión le formulara en este sentido, **la Psicóloga señora Pilar Lampert, Asesora de la Biblioteca del Congreso Nacional,** informó acerca de los efectos de la custodia compartida en los niños y adolescentes y la experiencia acumulada a este respecto en otras naciones.

La mencionada profesional basó su exposición en un documento del siguiente tenor:

“Efectos de la custodia compartida en los niños y adolescentes,
experiencia extrajera

En la actualidad, varios países han adoptado en su legislación la custodia compartida, para repartir la carga de la crianza entre ambos padres e igualar su situación legal respecto del cuidado de los hijos. Datos de cómo ha funcionado en Holanda, Francia y España, dan cuenta de un aumento de la custodia compartida sin y con residencia alternada. Esta última, si bien se trata de un porcentaje pequeño, va en progresivo aumento (10% a 16% en los últimos cinco años).

Datos de Holanda muestran que la aplicación de la custodia compartida ha generado un aumento paulatino de la alternancia de residencia. Sin embargo, en Francia, a pesar de la aplicación de la ley, el 2008 un 40% de los niños de padres separados veía muy poco o no veía a sus padres varones, mientras en España la custodia la está obteniendo mayormente la madre, compartiendo con el padre una patria potestad, según refieren los expertos, “prácticamente vacua de contenido” y con muy poca aplicación práctica en el día a día de la crianza del menor.

Respecto a los estudios de cómo podría afectar la custodia compartida a los niños, resulta fundamental analizar el tema del conflicto interparental (el predictor más fuerte de inadaptación infantil). Estudios dan cuenta de que en caso de alto conflicto interparental, la custodia compartida no sería recomendada. Sin embargo, la investigación no es concluyente respecto a si el menor estaría mejor disminuyéndole las visitas del padre no residente o si, por el contrario, un aumento en el contacto con éste (incluida la tuición compartida) podría neutralizar el efecto negativo del conflicto de los padres en los niños.

Se sugiere una amplia evaluación desde una perspectiva “caso a caso”, para tomar una decisión sobre la custodia en beneficio de los menores implicados.

Para el caso de conflicto medio a leve, la custodia compartida podría reducir el nivel de conflicto entre los padres en el tiempo. De todas formas, los estudios demuestran que pasados tres años del divorcio, es previsible una mayor cooperación interparental en beneficio de los hijos.

Respecto del bienestar, el lazo afectivo y el ajuste de los niños después del divorcio, independientemente de la estructura de los arreglos de custodia que se lleven a cabo, lo importante es la existencia de un buen lazo afectivo entre padres e hijos.

De este modo, el actual estado de la investigación es consistente con la idea de que la custodia compartida podría ser beneficiosa para los niños, pero falla en demostrar alguna desventaja clara

respecto de la custodia uniparental (materna) con participación activa del padre.

Introducción

Desde un punto de vista psicológico, un bebé ya al final del primer año de vida, está ligado afectivamente con ciertas figuras significativas de su entorno cercano, las llamadas figuras de apego[1]. Estudios realizados sobre la vinculación afectiva en los primeros meses de la infancia, evidencian que los bebés desarrollan este nexo con ambas figuras parentales[2], relaciones que se van a enriquecer y a afianzar en los siguientes años, a partir, precisamente, del proceso interactivo que se tiene con ambos[3].

Este nexo desarrollado con ambos padres se constituye en la base, para el sano desarrollo afectivo del niño[4]. De este modo, los niños "que cuentan con una base de seguridad de ambas figuras parentales, desarrollan y afianzan el suficiente sentimiento de confianza en sí mismos, como para relacionarse con el mundo de manera sana y provechosa: cuanto más seguro sea el vínculo afectivo de un niño con los adultos que lo cuidan y educan, más garantía hay de que se convierta en un adulto psicológicamente adaptado e independiente y de que establezca buenas relaciones con los demás"[5].

---

[1] Yárnoz, S. ¿Seguimos descuidando a los padres? El papel del padre en la dinámica familiar y su influencia en el bienestar psíquico del adolescente. Anales de Psicología, 22, 175-185. 2006.

[2] Vale mencionar que aquí existe diversidad de opiniones respecto a como se desarrolla el apego con ambos padres. Para algunos autores, el apego prioritario es el materno y el padre es complementario, para otros es un apego similar ya que ambos padres cumplen las mismas funciones en los primeros meses de vida. Finalmente, para otros, los apegos con ambos padres son diferentes, pero ambos con influencia positiva para el menor. ver: Vallejo Orellana, Reyes; Sánchez-Barranco Vallejo, Fernando y Sánchez-Barranco Vallejo, Pablo. Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos. Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq. [online]. 2004, n.92 [citado 2012-07-27], pp. 91-110. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0211-57352004000400006&script=sci_arttext (Agosto, 2012) y Delgado, I et al. Apego a los iguales durante la adolescencia y la adultez emergente Murcia. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología, vol. 27, Nº 1, 2011. Disponible en: http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/167/16717018018.pdf (Agosto, 2012)

[3] Vallejo, R. Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* [online]. 2004, N° 92 [citado 2012-07-27], pp. 91-110. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0211-57352004000400006&script=sci_arttext (Agosto, 2012).

[4] Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos. Op. cit.

[5] Vallejo, R. Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos. Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq. [online]. 2004, n.92 [citado 2012-07-27], pp. 91-110. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0211-57352004000400006&script=sci_arttext (Agosto, 2012).

El divorcio de los padres puede desequilibrar la provisión de estabilidad afectiva y emocional en que el menor se encuentra, generando efectos negativos tanto en la salud psicológica como en el desarrollo social de los hijos[6], siendo múltiples los estudios que respaldan la existencia de estos efectos que el divorcio y la separación puede tener en niños, niñas y adolescentes[7]. Si bien originalmente la evidencia científica había considerado que el divorcio suponía una experiencia traumática en sí misma y que, por tanto, traía consecuencias negativas propias de éste al desarrollo y evolución de los niños, en la actualidad y a medida que la investigación ha aportado una base metodológica más dura, se evidenciaron factores concretos influyentes en esos efectos negativos, como son el nivel de conflicto entre los padres (en especial los que generan las disputas por custodia de los niños)[8], la pérdida de una relación cercana con ambos padres, la pérdida de redes sociales y el estrés económico, entre otros[9].

A razón de disminuir este impacto negativo en los niños, es que se considera fundamental que el niño o niña pueda mantener una relación cercana con ambos padres, de modo tal de recrear y mantener la estabilidad de la familia intacta. De este modo, con miras a salvaguardar el desarrollo infantil y basándose en el principio fundamental de que el niño tiene el derecho a crecer con ambos padres[10], varios países han desarrollado marcos legales de custodia compartida, con o sin alternancia de residencia, en oposición al modelo de custodia uniparental, la que supondría que al darle en su mayoría la residencia y custodia a la madre, implicaría entonces un alejamiento de la figura paterna en la vida de los niños.

Para desarrollar la discusión en torno a la problemática, a continuación se tratan temas como la aplicación de la norma en otros países y algunos de los efectos que ha tenido. Posteriormente, se analizan los temas centrales de la discusión de la custodia compartida (argumentos a favor y en contra). Finalmente, se analiza información científica sobre cómo afecta el nivel de conflicto interparental en los niños, qué tipo de lazo afectivo establecen con sus padres y madres, cómo es el ajuste de los niños post divorcio, cuáles son los niveles de felicidad y

---

[6] Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos. *Op. cit.*

[7] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint custody versus Sole Custody. Arrangement: a Metanalisis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

[8] Arch, M. Divorcio Conflictivo y Consecuencias En Los Hijos: Implicaciones Para Las Recomendaciones De Guarda y Custodia. Papeles del Psicólogo, 2010. Vol. 31(2), pp. 183-190.

[9] Divorcio Conflictivo y Consecuencias En Los Hijos: Implicaciones Para Las Recomendaciones De Guarda y Custodia. Op. cit.

[10] Spruijt, E. y Duindam, V. Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well Being of Children. September 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

bienestar Infantil y adolescente, el nivel de autoestima y la situación post divorcio de los padres. Factores todos que nos permitirán establecer una comparación entre la custodia compartida (con y sin alternancia de residencia) y la custodia uniparental.

II. Aplicación de la norma de custodia compartida

En la actualidad, varios países han adoptado en su legislación la custodia compartida[11], como manera de repartir la carga de la crianza entre ambos padres e igualar su situación legal respecto del cuidado de los hijos. De este modo, la custodia compartida está siendo aplicada como: 1) regla general, 2) siempre que exista acuerdo de los cónyuges, 3) sin acuerdo de los cónyuges (a petición de uno de los padres o por decisión del juez) mientras se cumpla la regla del interés superior del menor.

Estudios en la materia ya han establecido que la existencia de violencia física, psíquica o sexual sobre el otro cónyuge o los hijos hace inviable la posibilidad de custodia compartida[12]. Situación similar se da en los casos de abuso o negligencia, por parte de uno de los padres, así como también, cuando uno de los padres tiene problemas de salud mental o tiene dificultades de ajuste[13] [14].

Por otra parte, se han establecido como criterios para que los jueces se inclinen por la custodia compartida (o no)[15] (en especial cuando hay alternancia de residencia) los siguientes:

- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;

- Los deseos manifestados por los menores competentes;

---

[11] Alemania, Noruega, Estados Unidos, Bélgica, Francia, Inglaterra, Escocia, Suecia, Holanda, Italia, Australia entre otros.

[12] Arch, M. Divorcio Conflictivo y Consecuencias En Los Hijos: Implicaciones Para Las Recomendaciones De Guarda y Custodia. Papeles del Psicólogo, 2010. Vol. 31(2), pp. 183-190

[13] *Ajuste o adaptación* se refiere a la capacidad que tiene una persona para integrarse a su ambiente físico y social, y para manejar en forma efectiva las demandas de la situación vivida. Independientemente de cuál sea la situación, el ajuste alcanzado tendrá un impacto directo en la calidad de vida personal y social.

[14] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Metanalisis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

[15] A diferencia de Francia, en que el marco legal entrega los criterios, en España éstos se han establecido en la aplicación de la ley.

- El número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar;

- Los acuerdos adoptados por los progenitores;

- La ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros;

- El resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"[16].

Sin embargo, esto no ha hecho cambiar el que sea la madre la que en la mayoría de los casos mantenga la calidad de "padre residente", ya que la custodia compartida con alternancia de residencia, sigue siendo la excepción aunque se encuentre en progresivo aumento.

1. Holanda

En Holanda, desde 1998 la custodia legal conjunta de los padres después del divorcio, ha sido la regla en este país (90% de los casos), sólo se hace la excepción, en el caso de que a petición de cualquiera de los padres se solicite al tribunal una atribución exclusiva para uno de ellos, con base en el interés del menor. Sin embargo en la mayoría de los casos, los niños viven con un solo padre, generalmente la madre (siendo la frecuencia del contacto con el otro padre un tema fundamental de la política holandesa) mientras el 16% de los hogares tiene custodia compartida con alternancia de residencia (desde 1998 al 2008, el número de estos hogares ha aumentado del 5% al 16%)[17].

2. Francia

De acuerdo con la estadística entre los años 2003-2006 del Ministerio de Justicia francés, en el 98% de los casos la custodia del menor es compartida, sin embargo en el 79% de los divorcios, la residencia de los hijos menores fue otorgada a la madre[18], en 7% al padre (en

[16] ? González, E. La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor. Ilustre Colegio de Abogados de Málaga. 2008. Disponible en: http://www.actiweb.es/divorcioclaro/archivo1.pdf (Agosto, 2012).

[17] Spruijt, E y Duindam, V .Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well Being of Children. Septiembre de 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

[18] En menos del 5% de los casos, los hijos fueron separados de manera tal de vivir unos con la madre y otros con el padre.

su mayoría hijos adolescentes), y en un 12% de los casos fue custodia compartida con residencia alternada[19].

Tanto en este estudio como en un estudio posterior del Ministerio de Justicia, donde se evalúa la evolución del divorcio en Francia[20], se da cuenta de que tanto el tipo de custodia como el arreglo de residencia de el o los menores depende principalmente de tres factores: el número de hijos, la edad de los hijos y del tipo de divorcio.

Considerando el número de hijos, se establece mayormente el régimen de residencia compartida en el caso de haber dos hijos y, en menor porcentaje, cuando hay tres hijos y más[21]. Respecto de la edad de los hijos, entre los niños de 7 a 8 años es donde la residencia alternada se da con mayor frecuencia que en el resto de las edades. Por otra parte, el porcentaje de residencia otorgado al padre sube hasta 11% para hijos entre 14 y 18 años y baja sólo 3% para hijos de menos de 2 años (cifras respecto del 7% general). En particular, la madre quedará al cuidado de los niños menores de 2 años en la gran mayoría de los casos (90%)[22]. Finalmente, respecto al tipo de divorcio, cuando éste ha sido de consentimiento mutuo, la custodia compartida con residencia alternada aumenta a un 21,5% y baja para todos los otros divorcios respecto de la cifra general a un 10,7% cuando éste ha sido pedido unilateralmente y a un 4,4% en el caso de divorcio por falta[23] [24].

A pesar de los esfuerzos que se han llevado a cabo en Francia por incluir más activamente al padre en la crianza de los hijos, donde se incluye la reforma que permite la custodia compartida (universal) entre los padres (la que rige desde el año 2002), según datos entregados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Estudios Económicos

---

[19] Ministerio de Justicia, «L´exercice de l´autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés», octubre 2007, disponible en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_071108autoriteparentaleaprdivousep.pdf (Agosto, 2012).

[20] Fuente: Ministerio de Justicia, «Le divorce», junio 2009, disponible en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_divorce_20090722.pdf (Agosto, 2012).

[21] Fuente: Ministerio de Justicia, «Le divorce», junio 2009, disponible en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_divorce_20090722.pdf (Agosto, 2012).

[22] Ministerio de Justicia, «L´exercice de l´autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés», octubre 2007, disponible en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_071108autoriteparentaleaprdivousep.pdf (Agosto, 2012).

[23] La legislación francesa establece el *divorce pour faute* debido a violación de los derechos y deberes del matrimonio, considerando casos como adulterio y violencia interfamiliar. Además, se consideran en la categoría de “otro divorcio” aquellos que refieren abandono del hogar familiar y los casos de alteración de las facultades mentales.

[24] Fuente: Ministerio de Justicia, «Le divorce», junio 2009, disponible en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_divorce_20090722.pdf (Agosto, 2012).

(INSEE), para el año 2008 el 40% de los niños de padres separados veía a su padre muy rara vez o nunca (18% nunca y 22% varias veces al año)[25].

3. España

En España[26], por regla general la patria potestad[27] se ostenta de forma compartida entre los padres; sin embargo, la guarda y custodia (vivir, cuidar y asistir a los hijos) se puede atribuir a uno de los cónyuges, compartirla entre ambos o atribuirla a una tercera persona[28].

A partir de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y la Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, determinadas audiencias han empezado a dictar sentencias dando preferencia a la custodia compartida; sin embargo, según el análisis del Magistrado José Manuel de Torres Perea, "en la práctica, la mayoría de los tribunales siguen prefiriendo asignar la guarda y custodia a la madre, relegando al padre a una titularidad de una patria potestad prácticamente vacua de contenido y con muy poca aplicación práctica en el día a día de la crianza del menor"[29].

Considerando que según datos del Ministerio de Justicia, para el año 2007, en España el 61,78% de los casos de divorcio se resolvieron en procesos contenciosos, disputando la custodia de los hijos y/o el régimen de visita, las parejas que pueden aplicar a la custodia compartida son muy pocas en número, situación que se manifiesta en las cifras. Según datos entregados por el Instituto Nacional de Estadística, para el 2010, el cuidado de los hijos menores fue otorgado a la madre en el 83,2% de las rupturas matrimoniales. En el 5,7% de las disoluciones lo obtuvo el padre, mientras el 10,5% fue compartido y en el 0,6% se otorgó a otros (instituciones u otros familiares). Todas cifras muy similares a las acontecidas el año 2009[30].

---

[25] *Dossier sur la Garde Alternée*. Disponible en: http://www.my-garde-alternee.fr/droits-garde-alternee.php (Julio, 2012).

[26] Ley 15/2005,8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

[27] ? Se define como la relación existente entre los progenitores y los hijos y que lleva aparejado el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos menores de edad no emancipados y su protección. Tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los mismos. Comprende la guarda, representación y la administración de sus bienes.

[28] Información disponible en: http://www.abogadoencasa.es/patriapotestad.html (Agosto, 2012).

[29] De Torres, J. "Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social", Revista para el Análisis del Derecho (2011), disponible en http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf (Agosto, 2012).

[30] Instituto Nacional de Estadística, Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios Año 2010, disponible en http://www.ine.es/prensa/np673.pdf (Agosto, 2012).

Al analizar el caso particular de Cataluña[31], donde a diferencia del marco legal español, los jueces deben acoger con carácter general la fórmula de la custodia compartida, salvo en casos excepcionales, también la cifra de cuidados compartidos es más alta en divorcios amistosos, mientras que se ve reducida cuando se dilucida en uno contencioso[32]. En particular, los jueces dan cuenta de que en caso de divorcios contenciosos donde hay menores de hasta 5 años, la custodia compartida se considera siempre una excepción.

III. Discusión sobre la custodia compartida

A razón de disminuir los efectos del divorcio y la separación en los niños, ya desde los años 1970 ha empezado a aumentar el interés por la opción de la custodia compartida, con o sin alternancia de residencia. Sin embargo, diversos autores e investigadores han encontrado evidencia en sus investigaciones tanto para apoyarla como para oponerse a ella fuertemente.

Los argumentos a favor de la custodia compartida se han centrado en el beneficio para el niño de mantener una relación con ambos padres[33], ya que el poder mantener contacto con ambos mitigaría los efectos potenciales que podría traer la ausencia del padre, además de que el tener acceso a los recursos y los hogares de ambos podría reducir tanto el estrés económico de la custodia única, así como también la posible baja en el nivel económico que tienen los niños de padres separados. Adicionalmente, con el ejercicio de la coparentalidad debiera haber una disminución de la carga de trabajo que implica la crianza para el padre residente, aumenta la colaboración entre los padres y se diluyen las disputa de custodia[34].

Por otra parte, quienes se oponen a la custodia compartida afirman que se afecta la necesidad de estabilidad en la vida del

[31] Desde 2010, tres regiones (Valencia, Cataluña y Aragón) disponen de una ley especial donde se prefiere el cuidado compartido: los tribunales se acogerán con carácter general a la fórmula de la custodia compartida, salvo en casos excepcionales. Véase http://www.boe.es/boe/dias/2010/08/21/pdfs/BOE-A-2010-13312.pdf (Agosto, 2012).

[32] En Cataluña, la cifra de custodias compartidas en divorcios amistosos ronda el 30%, mientras que se ve reducida a aproximadamente el 10% cuando se dilucida en el contexto de un contencioso. Disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/10/barcelona/1328863727.html (Agosto, 2012).

[33] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Metanalisis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

[34] Spruijt, E. y Duindam, V. Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well Being of Children. Septiembre de 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

niño y que se le puede generar un daño al exponerlo a los constantes conflictos de los padres[35]. Los niños podrían sufrir con la falta de estabilidad que implican los constantes viajes, sumado al hecho de que hay posibilidad de que los padres sean manipulados por los hijos, al pedir permiso a uno de ellos para hacer algo o negociar las mesadas, por lo que ejercer la custodia compartida en forma exitosa requeriría de una planificación rigurosa y de grandes acuerdos entre los padres. Este último punto sería muy difícil de consolidar si los padres tienen una relación marcada por un alto nivel de conflicto[36].

Por esto existe cierto consenso entre los autores que han trabajado la temática en que para que la custodia compartida sea exitosa y beneficiosa para los niños, debe haber una buena comunicación, alta confianza y bajo nivel de conflicto entre los padres[37]. Incluso autores como Furstenberg, Cherlin[38], Hetherington y Kelly[39], postulan que un nivel alto de conflicto en las parejas sería una contraindicación para la tuición compartida. Sin embargo, existen voces disidentes como Bender[40], quien concluye que la tuición compartida (con alternancia de residencia) es siempre en el interés del niño, incluso en situación de conflicto. Su principal argumento es que en el escenario de coparentalidad, los padres estarán obligados a comunicarse, lo que finalmente los llevará a controlar sus conflictos.

Vale agregar aquí como argumento en contra de su aplicación el que tanto la investigación en la materia como los datos estadísticos (según lo señalan los autores de los documentos antes reseñados), denotan que el acuerdo igualitario respecto a las responsabilidades parentales que implica la custodia compartida, no se cumple a cabalidad en una gran mayoría de casos. Esto debido a que el tipo más habitual de acuerdo de custodia compartida conlleva la designación de uno de los padres como el que primariamente reside con el hijo (la madre en su mayoría) y del otro (el padre) como el que no reside habitualmente con él. Esto supone que uno de los padres, justamente el residente, desempeña

---

[35] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Meta Analysis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

[36] Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Meta Analysis Review. Op. cit.

[37] Spruijt, E. y Duindam,V. Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well Being of Children. Septiembre de 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

[38] Furstenberg, F.F., & Cherlin, A.J. Divided Families. Cambrigde/London: Harvard University Press. 1991.

[39] Hetherington, E.M., & Kelly, J.B. For Better or for Worse. New York: W.W. Norton & Company. 2002.

[40] Bender, W.B. Joint Custody: The Option of Choice. Journal of Divorce & Remarriage, 21 (3/4), 115-130. 1994.

durante más tiempo sus funciones con el niño, tiene mayores responsabilidades hacia él, por lo que disfruta más de su presencia, así como también lleva mayormente la carga de la crianza, mientras el padre no residente se encarga principalmente del apoyo económico. Esta situación evidentemente no responde a lo que judicialmente se entiende y lo que socialmente se espera de la custodia compartida[41]. Por lo que la aplicación de una tuición compartida legal que no implique un real compromiso de participación parental es muy difícil de llevar a cabo.

IV. Análisis de los estudios en la materia

A la luz de los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la tuición compartida (con o sin residencia alternada), se ha revisado la literatura científica para entregar información que pueda aportar en esta discusión. De este modo, se investigó información sobre el nivel de conflicto interparental, el lazo afectivo de padres e hijos, el ajuste de los niños post divorcio, la felicidad y bienestar infantil y adolescente, la autoestima y la situación post divorcio de los padres, a modo de poder comparar la custodia compartida (con o sin alternancia de hogar) con la custodia uniparental.

1. Conflicto interparental

Debido a que uno de los aspectos más estresantes para el niño lo representa el conflicto interparental al que se ve expuesto y a que éste constituye el único predictor más fuerte de inadaptación infantil[42], es fundamental analizarlo.

Para el caso de custodia compartida (legal y de alternancia de residencia), el metanálisis de Bauserman postula que ésta podría no ser adecuada cuando el nivel de conflicto en la pareja es muy alto, la que se podría dar cuando uno de los padres es abusivo; para tal caso podría ser mejor una custodia uniparental. Similar es el caso de cuando uno de los padres tiene problemas de salud mental o dificultades de ajuste[43] [44].

---

[41] Vallejo, R. *et al*. Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* [online]. 2004, N° .92 [citado 2012-07-27], pp. 91-110. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0211-57352004000400006&script=sci_arttext (Agosto, 2012).

[42] Arch, M. Divorcio Conflictivo y Consecuencias en los Hijos: Implicaciones para las Recomendaciones de Guarda y Custodia. Papeles del Psicólogo, 2010. Vol. 31(2), pp. 183-190.

[43] *Ajuste o adaptación* se refiere a la capacidad que tiene una persona para integrarse a su ambiente físico y social y para manejar en forma efectiva las demandas de la situación vivida. Independientemente de cuál sea la situación, el ajuste alcanzado tendrá un impacto directo en la calidad de vida personal y social.

[44] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Metanalisis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

Estudios más recientes apoyan esta tesis[45]. Sin embargo, respecto a cuál sería el régimen de visita en estas circunstancias, estos autores postulan la necesidad de llevar a cabo más estudios para evaluar cómo esto afectaría a los niños. Esto considerando la hipótesis de que la restricción de las visitas podría disminuir el conflicto y, de esa forma, mejorar el ajuste del menor. Por otra parte, también se debería considerar la tesis de que al aumentar las visitas, sin disminuir el nivel de conflicto, su frecuencia anule el efecto negativo que éste conlleva[46].

Sin embargo, la contraindicación de custodia compartida pareciera ser sólo para el caso de conflicto alto, ya que según sugerirían los estudios, en caso de conflicto medio a leve, la custodia compartida podría reducirlo en el tiempo[47]. En este punto, también hay que considerar que según estudios llevados a cabo en España, la hostilidad y, por tanto, el conflicto entre los padres, disminuye significativamente en los tres años posteriores al divorcio[48].

Estos datos se verían reforzados por el estudio de Bonach, quien postula que progenitores que se habían enfrentado por la custodia de sus hijos en el momento de la ruptura, “pero que luego de pasados tres años y ya satisfechos con las medidas económicas y habiendo perdonado al otro, habían bajado el nivel de hostilidad, por lo que era previsible una cooperación interparental en beneficio de sus hijos”[49].

Por otra parte, según estudios españoles, sólo entre un 5% y 12% de las parejas mantiene niveles muy altos de conflicto luego de ese período, usando a los tribunales para mantener sus controversias, entrando en un círculo vicioso que satura a los tribunales, lo que supone una carga económica para los padres y perpetúa la idea del otro como enemigo, dificultando la posibilidad de establecer una comunicación positiva[50].

---

[45] Arch, M. Divorcio Conflictivo y Consecuencias en los Hijos: Implicaciones para las Recomendaciones de Guarda y Custodia. Papeles del Psicólogo, 2010. Vol. 31(2), pp. 183-190.

[46] Arch, M. Divorcio Conflictivo y Consecuencias en los Hijos: Implicaciones para las Recomendaciones de Guarda y Custodia. Papeles del Psicólogo, 2010. Vol. 31(2), pp. 183-190.

[47] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Metanalysis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

[48] Arch, M. Divorcio Conflictivo y Consecuencias en los Hijos: Implicaciones para las Recomendaciones de Guarda y Custodia. Papeles del Psicólogo, 2010. Vol. 31(2), pp. 183-190.

[49] Bonach, K. Factors contributing to quality co parenting: Implications for family policy. Journal of Divorce & Remarriage, 43(3-4), 79–103. 2005.

[50] Arch, M. Divorcio Conflictivo y Consecuencias en los Hijos: Implicaciones para las Recomendaciones de Guarda y Custodia. Papeles del Psicólogo, 2010. Vol. 31(2), pp. 183-190.

Por su parte, Spruijt y Duindam, en el estudio llevado a cabo entre los años 2006-2008 con 3.561 niños en Holanda, analizaron cómo afecta el nivel de conflicto entre los padres. Ellos midieron el conflicto post divorcio y luego el conflicto actual de las parejas, determinando que aquellas que optaron por la custodia compartida tenían un nivel post divorcio de conflicto mucho menor que las otras parejas. Sin embargo, el nivel de conflicto actual no variaba significativamente en los distintos tipos de familia; residencia de la madre con poco contacto del padre, residencia materna con contacto frecuente del padre, residencia paterna con poco o regular contacto con la madre (sólo la intacta mantenía un puntaje consistentemente inferior). Este resultado sería acorde con la idea de que el nivel de conflicto va desapareciendo con el tiempo en las parejas con divorcios conflictivos y que, por otra parte, la co-parentalidad no estaría exenta de conflictos[51].

Por esto, se considera que la clave para el éxito del cuidado compartido, en especial en el caso de la residencia alternada, es desarrollar la capacidad de controlar los conflictos y mejorar la capacidad de comunicación entre los padres[52].

En el mismo sentido, King y Head[53], muestran que tal vez el analizar el nivel de conflicto de las parejas podría no ser significativo (sino más bien el manejo que las parejas hacen del conflicto), debido a que al estudiar la relación entre el contacto del padre, el conflicto parental y la satisfacción materna, llegan a la conclusión de que el conflicto era alto con niveles medios de visita paterna y bajaba considerablemente cuando el nivel de visita de los padres era alto (puntuado similar que el nivel de contacto que se produce en el cuidado compartido con alternancia de hogar).

Finalmente, respecto a la autoestima, Poussin, estudiando este factor[54] en 2.017 niños de sexto grado, no llega a resultados concluyentes de cómo afecta el nivel de conflicto en la autoestima de niños y niñas en la custodia compartida y en la custodia uniparental. Cuando hay alto nivel de conflicto, el puntaje de autoestima baja en todos los niños, tanto de

---

[51] Spruijt, E. y Duindam, V. Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well Being of Children. Septiembre de 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

[52] Spruijt, E. y Duindam, V. Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well Being of Children. Septiembre de 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

[53] King, V and Holly E Nonresident Father Visitation, Parental Conflict and Mother's Satisfaction: What's Best for Child Well-Being? Heard Journal of Marriage and Family, Vol. 61, N°. 2 (May, 1999), pp. 385-396.

[54] Medido con Coopersmith scale.

familias intactas como en familias separadas, mientras que en ausencia de conflicto, los niños de familias intactas obtienen puntajes más altos que los de familias separadas[55].

2. Lazo afectivo entre padres e hijos

Spruijt y Duindam analizaron la relación madre hijo y padre hijo[56], en cinco tipos de familia (intacta, residencia de la madre con poco contacto del padre, residencia materna con contacto frecuente del padre, residencia paterna con poco o regular contacto con la madre) llegando a la conclusión de que la relación establecida[57] con la madre es más fuerte que la que se logra con el padre (llegando a 39 puntos), salvo cuando el padre es el residente, donde la relación establecida con la madre sólo marca 35 puntos. Mientras, el padre siempre puntúa más bajo que la madre (salvo cuando es el padre residente), siendo de 30 cuando la madre tiene la residencia y hay poco contacto con el padre, de 36 cuando es el padre varón el padre residente, de 37 cuando es la madre quien tiene la residencia y el padre visitas frecuentes, 38 en familia intacta, llegando solo a los 39 puntos en la tuición compartida (con residencia alternada) [58].

3. Ajuste infantil post –divorcio

Basándose en que los resultados de las investigaciones que muestran que los niños de familias con custodia parental única muestran dificultades de ajuste psicosocial en relación a los niños de familias intactas, se ha relevado la importancia de mantener una relación cercana con ambos padres, a modo de mejorar el ajuste infantil post divorcio[59].

De acuerdo a este indicador, Buchanan, en su estudio a 365 adolescentes, define que la adaptación post divorcio de los hogares de residencia paterna es menor que en los hogares con residencia materna o co-parentales (con alternancia de residencia), independiente del sexo de los niños[60].

---

[55] Poussin G. Self-Esteem, custody type and parental conflict among children in their 6 th year of schooling. Disponible en PDF: http://bcn.cl/scsk (Agosto, 2012).

[56] Medida con the support subscale of the Network of Relationship Inventory (NRI).

[57] Medido con the Network of Relationship Inventory (NRI).

[58] Spruijt, E. y Duindam, V. Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well being of Children. Septiembre de 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

[59] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Metanalisis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

[60] Buchanan, C et al. «Adolescent and their families after divorce: Three residential arrangements compared», Journal of Research on Adolescence, 1992, 2,

Situación similar expone el metanálisis llevado a cabo por Bauserman, el que mostraría que los resultados serían favorables para el caso de custodia compartida (legal o con residencia alternada) en relación a la custodia parental única. Sin embargo, Bauserman es cauto al concluir que ninguno de los estudios muestra una relación causal entre mejor ajuste infantil post divorcio y custodia compartida. Aunque podría ser beneficioso en los casos en que los padres, de común acuerdo, quisieran acordar este modelo[61].

La hipótesis a la base de este mejor ajuste está dada por el rol activo que el padre tomaría en la situación de custodia compartida. Reforzando esta idea, el metanálisis llevado a cabo por Amato y Gilbreth muestra que el factor crucial para el mejor ajuste de los niños tanto a nivel conductual como emocional y escolar, está dado tanto por la cercanía del padre con los hijos, así como también por que el padre sea entendido como una figura legítima en el ejercicio de la paternidad[62].

4. Felicidad y bienestar Infantil y adolescente

En relación al bienestar y la felicidad de niños y adolescentes, Naevdal y Thuen, al estudiar el bienestar de 1.686 adolescentes en Noruega en relación a los arreglos en su residencia, concluyen que los adolescentes de las familias intactas son los que puntúan más alto en el campo del bienestar, seguidos por los que viven con sus madres. Adolescentes que viven con sus padres varones son los que puntúan más bajo[63].

En la misma línea, los estudios de Spruijt y Duindam muestran que el bienestar[64] del niño, la madre y el padre son similares para todos en las familias intactas, marcando 82, 80 y 81 respectivamente. Mientras el niño muestra un mayor nivel de bienestar cuando vive con la madre y ve frecuentemente al padre (81), así como también en los casos de co-parentalidad (79), mientras baja considerablemente cuando vive con el padre, 72 (independientemente del contacto que tenga con la madre), incluso más bajo que los 78 que marca cuando es residencia materna con pocas visitas del padre varón. Para las

pp. 261-291.

[61] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Metanalisis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

[62] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Metanalisis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

[63] Naedval, F. & Thuen, F. Residence Arrangements and Well-Being: A Study of Norwegian Adolescents. *Scandinavian Journal of Psychology*, *45*, 363 – 371. 2004.

[64] Medido con Cantril-scale.

niñas, siempre con un puntaje inferior que los niños, el mayor nivel de bienestar es marcado en la co-parentalidad (76), seguido por residencia materna con poco contacto con el padre (75) y frecuente contacto con el padre (74), bajando a 73 con residencia paterna.

Con lo que concluyen que una relación de calidad entre padres e hijos es lo más importante para un buen ajuste de los niños después del divorcio, independientemente de la estructura de los arreglos de custodia que se lleven a cabo. Así pues, mientras existía un buen lazo afectivo entre padres e hijos, tanto las familias con custodia compartida (con o sin residencia alternada), como las familias con custodia materna pero con contacto regular con el padre, marcaban un buen puntaje en el bienestar y la felicidad de los hijos[65].

4. Autoestima

Según el estudio hecho a 2.017 niños por Poussin[66], existirían profundas diferencias en la forma en que niños y niñas se ven afectados por el tipo de custodia. Ya que los niños en custodia compartida puntúan el más alto nivel de autoestima[67] en (37,76), bajando a 33,37 en custodia materna y llegando a 29,47 en custodia paterna. Las niñas, por su parte, puntúan su puntaje más alto de autoestima en la custodia materna (33,14), bajando en custodia compartida a 32,14 y llegando a 29,73 en custodia paterna[68]. Si bien hay diferencias entre la custodia compartida y la custodia materna, en el caso de la custodia paterna siempre la autoestima es menor.

5. Situación post divorcio de los padres

Las madres y los padres cumplen distintas funciones en la familia. A pesar de que los estudios sugieren que ambos padres pueden constituirse en figuras de apego e igual de nutricias para los niños y niñas, son las madres las que tienden a desarrollar relaciones más cercanas e íntimas con sus hijos, cumpliendo a su vez con el rol de disciplinarlos. Las madres también suelen estar a cargo en mayor medida del cuidado de los niños y el manejo y organización de la casa que los padres,

---

[65] Spruijt, E. y Duindam, V. Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well Being of Children. Septiembre de 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

[66] Buchanan, C. et al. «Adolescent and their families after divorce: Three residential arrangements compared», Journal of Research on Adolescence, 1992, 2, pp. 261-291.

[67] Medido con Coopersmith scale.

[68] Poussin, G. Self-Esteem, custody type and parental conflict among children in their 6th year of schooling. Disponible en PDF: http://bcn.cl/scsk (Agosto, 2012).

quienes se relacionan con los hijos de una forma más lúdica y menos orientada a las rutinas del hogar[69].

Estos roles tienden a modificarse luego de un divorcio y ambos padres tienden a adaptarse a la nueva situación familiar, desarrollando nuevas habilidades y formas de relacionarse con sus hijos. Según lo expuesto por Bauserman, los padres pueden llegar a ser tan nutricios como las madres cuando los menores están bajo su custodia y las madres, tomar una posición más lúdica[70].

Independientemente del ajuste al que puedan llegar, estudios muestran que el divorcio afecta el bienestar de la madre y el padre cuando la residencia la conserva el otro padre. Según el estudio de Spruijt y Duindam, las madres de familias intactas puntúan 80 en bienestar, el que baja a 68, independiente del nivel de contacto con sus hijos. Mientras para el padre, quien puntúa 81 en familia intacta, baja a 62 cuando la residencia es materna con poco contacto con sus hijos, mejorando notablemente a 74 cuando tiene contacto frecuente con sus hijos. Ambos padres tienen nivel 77 en el caso de custodia compartida (con residencia alternada)[71].

Estos resultados son concordantes con los encontrados por King en relación a cómo afecta el divorcio a los padres varones. Este autor asegura que los efectos del divorcio suelen ser muy fuertes para los padres, debido a que en la mayoría de los casos es la mujer la que queda con la custodia física de los niños. De esta forma, los resultados muestran que los efectos negativos del divorcio pueden disminuirse, sino eliminarse, tanto cuando los padres tienen custodia compartida o un contacto frecuente con sus hijos luego del divorcio. Sin embargo, es fundamental para disminuir este efecto, el que el padre haya tenido la habilidad de construir y mantener una fuerte relación padre-hijo antes del divorcio, la que se extenderá posteriormente en la situación de divorcio. Sin embargo, según este autor, el número de padres que lo hace es relativamente pequeño [72] [73].

---

[69] Buchanan, C. et al. «Adolescent and their families after divorce: Three residential arrangements compared», Journal of Research on Adolescence, 1992, 2, pp. 261-291.

[70] Bauserman, R. Child Adjustment in Joint Custody versus Sole Custody. Arrangement: a Meta Analysis Review. Journal of Family Psychology. 2002. Vol. 16. Nº 1.

[71] Spruijt, E. y Duindam, V. Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well Being of Children. Septiembre de 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

[72] King, V. Parental Divorce and Interpersonal Trust in Adult Offspring. *Journal of Marriage and Family, 64,* 642-656. 2002.

[73] Spruijt, E. y Duindam, V. Utrecht University. Department of Adolescence. Joint Physical Custody in the Netherlands & the Well Being of Children. Septiembre

V. Discusión

- La experiencia extranjera muestra que el establecimiento de la tuición compartida por sí sola no logra aumentar la participación del padre no residente. Sólo en la tuición compartida con alternancia de residencia lo logra. Sin embargo, al establecer la custodia compartida, cada vez la alternancia de residencia se hace más frecuente.

- La existencia de violencia física, psíquica o sexual sobre el otro cónyuge o los hijos hace inviable la posibilidad de custodia compartida. Situación similar se da en los casos de abuso o negligencia por parte de uno de los padres, así como también cuando uno de los padres es inestable emocionalmente, tiene dificultades de ajuste o problemas de salud mental.

- En caso de alto conflicto interparental, la custodia compartida no sería recomendada. Sin embargo, aún faltaría investigación para saber si la frecuente presencia del padre no residente o la custodia compartida neutralizarían el efecto conflicto en los padres.

- En caso de conflicto interparental alto, únicamente con una amplia evaluación y desde una perspectiva "caso a caso" sería posible tomar una decisión sobre la custodia en beneficio de los menores implicados.

- En caso de conflicto medio a leve, la custodia compartida podría reducir el nivel de conflicto entre los padres en el tiempo. De todas formas, los estudios demuestran que luego de pasados tres años había bajado el nivel de hostilidad, por lo que era previsible una cooperación interparental en beneficio de sus hijos.

- En promedio, la relación afectiva establecida con la madre es más fuerte que la que se logra con el padre. Sin embargo, el padre logra aumentarla notablemente cuando se encuentra en una familia intacta, es la madre quien tiene la residencia y el padre visitas frecuentes o en el caso de la tuición compartida (residencia alternada).

- Respecto al ajuste post divorcio, la evidencia tendería a mostrar un mejor ajuste en niños con custodia compartida o con residencia materna y contacto frecuente con el padre. Siendo el factor crucial para el mejor ajuste de los niños tanto a nivel conductual como emocional y escolar la cercanía del padre con los hijos, así como también que el padre sea entendido como una figura legítima en el ejercicio de la paternidad.

---

de 2008. Disponible en: http://folk.uio.no/torkildl/divnet/Papers/Spruijt.pdf (Agosto, 2012).

- Respecto al bienestar infantil, la situación de coparentalidad sería beneficiosa tanto para niñas como para niños, así como también la residencia materna con visitas frecuentes del padre. Con lo que se concluye que lo más importante para un buen ajuste de los niños después del divorcio, independientemente de la estructura de los arreglos de custodia que se lleven a cabo, es la existencia de un buen lazo afectivo entre padres e hijos.

- El actual estado de la investigación es consistente con la idea de que la custodia compartida podría ser beneficiosa para los niños, pero falla en demostrar alguna desventaja clara respecto de la custodia uniparental (materna) con participación activa del padre.

- Independientemente del ajuste al que puedan llegar, estudios muestran que el divorcio afecta el bienestar de la madre y el padre cuando la residencia la conserva el otro padre. Mientras las madres bajan su nivel de bienestar, independientemente del nivel de contacto con sus hijos, el nivel de bienestar de los padres mejora notablemente al tener contacto frecuente con sus hijos. Ambos padres suben su nivel de bienestar en el caso de custodia compartida (con alternancia de residencia).”.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, agradeció la presentación efectuada por la señora Lampert y ofreció la palabra en relación a la materia recién abordada.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer, señora Andrea Barros, manifestó que, en términos generales, el sistema de custodia compartida funciona de manera adecuada cuando hay acuerdo de los padres. Puntualizó que la propuesta de ese Servicio va encaminada a permitir la aplicación del mencionado régimen de cuidado compartido sólo cuando los padres así lo manifiesten, por las mismas razones señaladas en el estudio realizado por la Biblioteca del Congreso Nacional.

Agregó que cuando los padres no están de acuerdo, se produce inestabilidad en el menor y, eventualmente, un perjuicio. Indicó que para el caso en que los padres no concuerden con el cuidado compartido, se ha propuesto mantener la regla supletoria que otorga a la madre el cuidado personal.

Manifestó que, en la actualidad, la ley es estricta, estableciendo que puede alterarse el titular del cuidado personal en caso de descuido, maltrato u otra causa justificada. Añadió que, sin embargo, muy pocos jueces alteran la señalada regla supletoria en esta materia.

Sostuvo que la propuesta del Ejecutivo se orienta a resguardar siempre el interés superior del niño, permitiéndole al padre, por aplicación del principio antes mencionado, obtener el cuidado personal de aquél.

Expresó que si se establece el cuidado compartido por acuerdo de los padres, ya sea judicial o extrajudicialmente, debe dejarse establecido el régimen comunicacional que habrá entre los padres respecto al ejercicio del mismo. Se sugiere, por ejemplo, que la residencia sea estable y que el cuidado compartido implique que ambos padres tomen en conjunto las decisiones fundamentales para el cuidado y la crianza del hijo.

Hizo presente que para los casos en que el cuidado compartido no es posible de aplicar por falta de acuerdo entre los padres, se modifican las normas relativas a la relación directa y regular con la finalidad de fortalecer el vínculo entre el padre y el hijo.

Concluyó señalando que, atendido el nivel cultural de la sociedad chilena, la eliminación de la norma supletoria en favor de la madre debe ser gradual, al igual que la aplicación del sistema de cuidado compartido, respecto al cual debería haber una transición, seguida de la correspondiente evaluación.

La Profesora de Derecho Civil, señora Andrea Muñoz, manifestó que no existe un estudio que establezca que el cuidado compartido genere daño. Expresó que le llama la atención la baja adhesión que esta modalidad tiene, según se advierte en el Derecho Comparado, no obstante que ha sido consagrada en varios países. Observó que lo anterior puede tener relación con las distintas formas en que los sistemas lo han incorporado, en lo cual se perciben matices.

Indicó que en el sistema español se consagra la posibilidad de que el cuidado compartido se incorpore como una alternativa más, dejando la posibilidad de que los padres lo acuerden libremente y, excepcionalmente, dando la posibilidad al juez que lo imponga.

Agregó que, en el otro extremo, existe la presunción legal de que el cuidado personal es compartido.

Sostuvo que existen sistemas intermedios, como los que se consagran en la legislación italiana y francesa.

Hizo presente que la custodia compartida no está asociada en forma radical a la residencia y que hay posibilidades de que haya residencia alternada o sucesiva, pero la regla general es que quien no sea el titular del cuidado personal adquiera una mayor participación en la crianza y educación de los hijos.

Manifestó que las indicaciones presentadas a la iniciativa en estudio van a generar un debate muy enriquecedor respecto a cuál es el sistema más adecuado.

Discrepó de la postura del Servicio Nacional de la Mujer en el sentido de mantener la regla de preferencia en favor de la mujer. Consideró que lo anterior no va en beneficio de los hijos e hizo notar que ya no existe dicha situación en el Derecho Comparado.

Concluyó diciendo que considera muy interesante el proyecto en análisis, pues destruye mitos y proporciona la posibilidad de discutir un asunto de gran interés como es la modalidad que será la más conveniente en cuanto al cuidado personal de los hijos.

El Profesor señor Mauricio Tapia señaló que este proyecto trata, en el fondo, de la igualdad de los padres en relación a los deberes y derechos que tienen respecto de sus hijos.

Agregó que le sorprende que esta iniciativa se tramite con el apoyo del Servicio Nacional de la Mujer, pues actualmente la regla que atribuye preferentemente a la madre la custodia de los hijos constituye una discriminación en perjuicio de los hombres, además de que es abiertamente inconstitucional y que prácticamente ya no existe en ninguna otra legislación.

Indicó que el proyecto contiene normas que dicen relación con la igualdad, ya que el Código Civil consagra una desigualdad en favor de la mujer que debe ser corregida.

Preguntó, enseguida, por el objetivo que busca la iniciativa, porque si se considera su denominación, se advierte que aspira a resguardar la integridad del menor; sin embargo, al leer su texto, éste habla de cuidado compartido y luego añade que deberá existir una residencia que asegure la adecuada estabilidad y continuidad del niño, lo que es contrario a lo que se entiende por cuidado compartido. Enfatizó que la noción de residencia continua es una negación del cuidado compartido.

Por otra parte, hizo notar que Chile es el único país que distingue entre patria potestad y cuidado personal. Agregó que, en cambio, en el mundo se consagra el concepto de autoridad parental, que es el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres en relación a sus hijos y que agrupa el cuidado personal, la relación directa y regular y la educación, entre otros aspectos.

Expresó que la autoridad parental siempre se atribuye a los padres, independientemente de que vivan juntos o separados y

que cuestión distinta es que el cuidado personal se ejerza por uno de dichos padres o por ambos de manera compartida.

Por otra parte, puso de manifiesto que la patria potestad nació en nuestro país como una forma de discriminar a las mujeres, pues a la época de la dictación del Código Civil se prefería no entregar a la mujer la administración de los bienes. Por ello, señaló que le sorprendía que el SERNAM continuara preservando esta situación, la cual, además, contraría ciertos tratados internacionales que rigen en nuestro país.

Sostuvo que, hoy en día, la distinción entre autoridad paterna y patria potestad no tiene ningún sentido y sólo genera problemas en el Derecho actual. Agregó que la noción de patria potestad es, en sí misma, discriminatoria.

Precisó que en materia de cuidado compartido se habla de dos modalidades principales. Una es la residencia preferente, que consiste en atribuir a uno de los padres la residencia con el niño, comprometiendo al otro de manera importante en la educación y mantenimiento de éste y en la aplicación de un régimen de visitas más amplio. La otra modalidad es la residencia alternativa, que consiste en que el menor estará un tiempo con su padre y otro con su madre.

Respecto a la residencia alternativa, señaló que se trata de una institución difícil de aplicar puesto que expone a los menores a un desarraigo importante. Precisó que en Francia, en 10 años de aplicación de esta institución, sólo el 20% de los matrimonios que se separa ha optado por ella.

Observó que este sistema sólo tiene una década de aplicación, de manera que sus resultados todavía no pueden apreciarse, ni menos evaluarse.

Señaló que cabe dar prioridad a la residencia preferente con uno de los padres, pero comprometiendo al otro en la educación del hijo. Sin embargo, enfatizó que lo primero que se debe hacer es eliminar la atribución preferente a la madre. Agregó que si no hay acuerdo entre los padres, los tribunales son los llamados a resolver.

Informó que varias de sus inquietudes han sido recogidas por las indicaciones que los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, han presentado a este proyecto.

Instó, finalmente, a hablar más bien de autoridad parental antes que de responsabilidad parental, pues aquella es una solución que implica tanto los deberes como los derechos que los padres tienen en relación a sus hijos.

La Subdirectora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Jessica Mualim, connotó el interés que ofrece la exposición que se ha escuchado de parte de la psicóloga asesora de la Biblioteca del Congreso Nacional, la cual, dijo, demuestra que en términos reales y comparativos, un sistema no es necesariamente mejor que otro.

Señaló que si bien hoy en día tenemos un régimen en que la madre tiene la preferencia para obtener el cuidado personal del niño en caso de separación, lo que busca el Servicio Nacional de la Mujer no consiste en aumentar la desigualdad, sino en proteger el interés superior del menor y sus derechos y disminuir la judicialización.

Sostuvo que la postura del señalado Servicio consiste en avanzar de manera gradual en esta importante materia, tal como lo hace el proyecto en estudio.

2) EXPOSICIÓN DE LA PROFESORA SEÑORA PAULINA VELOSO

En primer lugar, **la Abogada y Profesora de Derecho Civil, señora Veloso,** agradeció a la Comisión la oportunidad de exponer sus puntos de vista acerca de la iniciativa en estudio.

Luego, junto con destacar la importancia de la misma, expresó, como opinión general, que concordaba con las ideas matrices que la inspiran en cuanto a establecer la regla de la coparentalidad, a contemplar una posibilidad más cierta de alcanzar un cambio de titularidad en el cuidado personal de los hijos y a introducir la figura de la tuición compartida.

Hizo presente que el proyecto en estudio constituye un avance, sin perjuicio de expresar sus preocupaciones en orden a que en la nueva redacción no se produzca un desmejoramiento de la situación actual.

A continuación, pasó a abordar algunos aspectos específicos de la iniciativa.

1) CUIDADO PERSONAL.

Hizo notar que el tema del cuidado personal abarca, al menos, dos aspectos claramente diferenciados, esto es, el contenido del cuidado personal y la titularidad del mismo.

Señaló que el proyecto de ley hace modificaciones en ambos aspectos, a los cuales pasó a referirse.

Respecto al contenido del derecho-deber de cuidado personal, compartió la idea de mencionar un conjunto de derechos y deberes que se refieren al contenido del derecho de cuidado personal. No obstante, le pareció necesario tener cuidado de no restringirlo. Por ello, sugirió que cualquiera enumeración debería quedar bajo la fórmula no taxativa de “tales como” o alguna expresión de igual naturaleza.

Opinó que el texto propuesto por una indicación presentada al inciso segundo del artículo 222 del Código Civil es muy acertado, al igual que la proposición referida al artículo 224. Indicó que no hay otra norma actualmente vigente sobre el contenido del derecho de cuidado personal.

Enseguida, respecto a la titularidad del referido cuidado personal, señaló que la ley actual prescribe tres atribuciones de titularidad posible: la voluntaria, la legal y la judicial.

Estuvo de acuerdo en que la primera regla en el proyecto de ley sea el acuerdo entre los padres y que, dentro de los acuerdos, sea posible la tuición compartida.

Dijo que estos aspectos, sin embargo, no son un gran cambio, ya que la doctrina y también la jurisprudencia entienden que, no obstante la redacción actual, la primera regla en materia de atribución de la tuición es el acuerdo de los padres.

Por otra parte, agregó que en muchas ocasiones se pactan especies de tuición compartida, connotando que, sin embargo, algunos jueces entienden que ella no está permitida, por lo que no aprueban los pactos que así lo establecen. De este modo, consideró que la modificación que permite este tipo de tuición es un avance.

- En relación a la regla supletoria legal de titularidad de la madre, o atribución legal, señaló que parece inconveniente repetir la misma norma actual. Advirtió que si la disposición queda redactada tal como está actualmente, se corre el riesgo de que se interprete negativamente, en un sentido diverso a las ideas matrices de este proyecto.

Ello, añadió, aunque la doctrina unánimemente entiende esta regla no como una preferencia hacia la madre, sino como una norma supletoria legal, establecida sólo para evitar la litigiosidad.

Informó que así también lo entiende la Corte Suprema. Sin embargo, algunos tribunales -erróneamente- lo leen como preferencia y, por consiguiente, incluso en casos tan graves como descuido o maltrato, no están dispuestos a cambiar la titularidad. En consecuencia, si

una nueva reforma viene a dejar la norma tal cual lo está actualmente, se podría entender por aquellos mismos tribunales que erróneamente han entendido la norma como preferencia, que se estaría confirmando la preferencia hacia la madre. Ello, afirmó, sería un retroceso.

Expresó que esta interpretación (preferencia y no supletoriedad), a juicio de algunos académicos es claramente inconstitucional.

Compartió la idea de que sería conveniente fijar como regla supletoria legal la tuición compartida, esto es, que en caso de padres separados, los menores queden bajo el cuidado de ambos progenitores, salvo acuerdo o resolución judicial en contrario.

Por lo demás, precisó, en la práctica es así, ya que en todos los casos en que los padres viven separados, para la ley y mientras no se establezca lo contrario, el cuidado personal recae en ambos, rigiendo a este respecto el artículo 224 del Código Civil. Ello, en virtud de que si no existe constancia alguna sobre la separación, no cabe sino entender que viven juntos. Agregó que sin perjuicio de los arreglos voluntarios entre los padres, lo que es más frecuente de lo que se cree es que éstos se distribuyen tareas y responsabilidades, no obstante que los hijos vivan con uno u otro.

Explicó que, dicho de otro modo, en caso de padres separados, si la madre quisiere que se reconozca en cualquier ámbito que sólo ella tiene la titularidad, actualmente debe recurrir a los tribunales solicitando una sentencia declarativa que así lo establezca. Es decir, la norma actual del artículo 225, inciso primero, no opera automáticamente como podría creerse.

En todo caso, si no hubiere acuerdo en el Congreso Nacional en cuanto a esta regla supletoria respecto a tuición compartida como norma supletoria legal, la Profesora señora Veloso sugirió, como fórmula intermedia, la siguiente:

“Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán responsabilidad y todos los deberes y derechos respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio que mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario, como regla supletoria, los menores residirán con su madre”.

Advirtió que, de este modo, se evitaría que en caso de disputa entre los padres, mientras el cuidado personal no se resuelva judicialmente, pudiere darse una situación de inestabilidad respecto de la residencia de los niños, que es el temor que se ha manifestado en algunas de las opiniones escuchadas.

Enseguida, se refirió a la atribución judicial.

Dijo que el criterio definitorio de la misma debe ser el “interés del menor”, terminología que es la más adecuada, pues se aviene con los artículos 3, 9 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En segundo lugar, expresó que en la idea de posibilitar un cambio de titularidad hacia el otro padre, es positivo que se diga que tal cambio sea “conveniente al interés del menor” y no “indispensable”, como establece la actual norma del artículo 225 del Código Civil. Agregó que esta es una regla menos fuerte, aunque la Corte Suprema la ha entendido más bien en el sentido débil.

Le pareció, además, que debe haber una señal muy clara en relación a los casos de maltrato y descuido, siguiendo la ya mencionada Convención sobre los Derechos del Niño. En tales casos, la norma no debería decir “podrá”, sino “deberá”, no obstante que la Corte Suprema así lo ha entendido, al menos en los casos de descuido y otras situaciones calificadas.

Lo anterior está en armonía con el artículo 234 del Código Civil y la citada Convención sobre Derechos del Niño. Recordó, a este respecto, la larga discusión habida a propósito de la reforma del artículo 234 el año 2008, a instancias del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Por último, sostuvo que la idea de señalar una serie de criterios para otorgar contenido al interés del menor es muy positiva. Sólo que le pareció mejor establecer dichos criterios en un nuevo artículo 225 bis y no en la Ley de Menores. Sugirió, en este punto, tener presente la ley inglesa y al autor español Rivero Hernández. Agregó que la respectiva numeración no debe ser taxativa e incluir criterios que deben ser considerados.

A continuación, se refirió al sistema de tuición compartida.

Opinó que éste debe constituir la norma o regla supletoria general, tal como lo dice el artículo 224 del Código Civil, de manera que finalmente sea la que se aplique mientras no se diga otra cosa.

En caso de disputa, no vio inconveniente en establecer que el juez pueda atribuirla si un padre la pide, siempre estableciendo que el criterio definitorio será el interés del menor.

Hizo notar que la experiencia en este ámbito es positiva, incluso en casos de padres mal avenidos.

El tema, dijo, es entender que el cuidado personal abarca más que la mera residencia y que tiene que ver con decisiones sobre educación, salud, viajes y otras materias.

2) OÍR AL MENOR Y TENER EN CUENTA SU OPINIÓN.

Luego, la Profesora señora Veloso destacó un segundo punto de importancia en la materia en estudio, relativo al deber de oír al menor y tener en cuenta su opinión.

En este aspecto, opinó que sería muy grave fijar una edad para considerar la opinión del menor. Indicó que el proyecto se refiere a la edad de 14 años, lo que representa un gran retroceso y no se aviene con la realidad ni con la citada Convención sobre Derechos del Niño.

Afirmó que no debe existir una edad mínima para estos efectos. Al contrario, prefirió establecer que éste siempre será un trámite esencial (causal de casación) y obligar a los tribunales a pronunciarse sobre la señalada opinión del menor. Es decir, ocuparse de dar plena aplicación al actual artículo 242 del Código Civil, que contiene un aspecto procedimental (oír al menor) y uno sustantivo (tener debidamente en cuenta sus opiniones).

Observó que los menores son personas dignas de consideración y respeto y que sus opiniones, así como sus sentimientos, deben ser considerados debidamente en una sentencia que los pueda afectar en sus derechos. Explicó que la necesidad de oír al menor y tener en cuenta sus opiniones es una manifestación muy importante del concepto del “interés del menor” y que no tendría ningún sentido si se hace obligatoria sólo a partir de los 14 años de este último. Observó que en las edades donde ello es más importante es cuando el niño o niña es menor, ya que a los 14 años es probable que tomen sus propias decisiones y que los padres no soliciten nada al tribunal.

Añadió que la Corte Suprema muchas veces ha considerado la opinión del menor como causa calificada.

3) SOBRE EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN.

En tercer lugar, se refirió al régimen de comunicación.

Sobre el particular, señaló que la norma actual del artículo 229 del Código Civil es bastante razonable. No obstante, le formuló algunas observaciones.

Explicó que sólo agregaría la posibilidad de sanción en caso de que el padre custodio obstaculice o impida la relación de los menores con su otro progenitor, por diversas vías. Primero, la multa, y luego, fijar como criterio para entregar el cuidado personal al otro padre, las acciones de los progenitores tendientes a dificultar o impedir la vinculación de los hijos con el otro. Destacó que es importante fijar el criterio sobre la base de acciones y no de intenciones.

Apoyó la conveniencia de que las señales en esta materia vengan desde el legislador, a efectos de que los tribunales las entiendan más ampliamente. A este respecto, sugirió distinguir entre residencia y derechos respecto a educación, salud, religión y otros de esa envergadura y también entre ámbitos de información y de decisión conjunta. Enfatizó que el derecho de información no debería perderse ni suspenderse nunca, al igual que el derecho de decisión conjunta en ciertas materias. Todo ello sin perjuicio de que la residencia, en principio, quede radicada en la casa de uno solo de los progenitores.

Finalmente, instó a tener presentes en este aspecto circunstancias tales como las tecnologías actuales de comunicación y el hecho de que la residencia de los padres puede encontrarse en lugares y países distintos. Por lo anterior, sugirió que las palabras que se utilicen para regular este punto no sean restrictivas.

4) CUIDADO PERSONAL EN CASO DE AUSENCIA DE AMBOS PADRES.

En último término, abordó el cuidado personal en caso de ausencia de ambos padres.

Expresó que las normas actuales sólo se refieren a aspectos patrimoniales, de manera que ésta sería la oportunidad para agregar un precepto sobre cuidado personal en el caso que ambos padres hayan muerto, ampliando el artículo 226 del Código Civil, que sólo contempla la hipótesis de inhabilidad de los progenitores.

- - -

DISCUSIÓN EN PARTICULAR

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, dio inicio a la discusión en particular del proyecto.

A continuación, se efectúa una relación de las normas que integran el proyecto y que fueran aprobadas en general por el Senado, de las indicaciones presentadas a su respecto y de los acuerdos adoptados a su respecto por vuestra Comisión.

° ° °

En primer término, se formuló una indicación al artículo 222 del Código Civil, disposición que no fue objeto de modificaciones en el primer trámite constitucional.

Este precepto dispone lo siguiente:

“Art. 222. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

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.”.

A su respecto, se presentó **la indicación número 1, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio,** para consultar el siguiente numeral, nuevo, al proyecto:

“….- Modifícase el artículo 222, de la siguiente manera:

a) Suprímese el inciso primero.

b) Agrégase, en el inciso segundo, la siguiente oración “Es deber de ambos padres cuidar y proteger a su hijo o hija, mantener una relación parental sana y cercana, y velar por la protección de sus derechos, en especial, por su integridad física y psíquica.”.

c) Agréganse, como incisos segundo, tercero y cuarto, los siguientes:

“La responsabilidad parental es el conjunto de derechos y deberes existentes entre padres e hijos, comprendiendo:

1º El cuidado personal;

2º La relación directa y regular en caso de no ejercerse por uno de los padres el cuidado personal;

3º La educación y establecimiento;

4º Los alimentos;

5º La orientación;

6º La representación legal;

7º La autorización de salida del país.

8° En general, la adopción de las decisiones de importancia relativas al hijo o hija, entendiéndose por tales aquéllas que inciden, de forma significativa, en su vida futura.

Ambos padres ejercerán la responsabilidad parental de su hijo 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 Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, expresó que el precepto del Código Civil que fue objeto de esta indicación no tuvo modificaciones en el texto aprobado en general, por lo que si ésta se admite a tramitación y se acoge, se estaría agregando al proyecto una materia que puede considerarse nueva, como es la responsabilidad parental, la que sería ajena a las ideas matrices del proyecto.

Ofreció la palabra a los asistentes sobre este particular.

La Honorable Senadora señora Alvear, coautora de la indicación en estudio, recordó que el eje de la iniciativa está constituido por dos principios, en primer lugar, el de la corresponsabilidad de los padres

en el cuidado de los hijos, como criterio rector, y en segundo lugar, el interés superior del niño.

Indicó que siempre ha respetado el Código Civil, haciendo notar que, por la razón antes mencionada, tanto ésta como las demás indicaciones que presentó fueron elaboradas junto a destacados profesores de Derecho Civil y de Derecho de Familia. Instó a los académicos presentes a dar su opinión en relación a la admisibilidad de la indicación.

La Profesora señora Andrea Muñoz sostuvo que la indicación es de gran trascendencia pues busca reunir en el artículo antes mencionado, en una sola figura, el aspecto personal y el aspecto patrimonial propios de la relación de los padres con sus hijos.

Precisó que cuando se discutió la Ley de Filiación, una de las propuestas era justamente unificar, bajo el concepto de patria potestad, todo aquello que dice relación con lo que se denomina autoridad paterna.

Señaló que es deseable acentuar el principio de corresponsabilidad parental y distribución equitativa entre los padres de aquellas cuestiones que dicen relación con la crianza y la educación de los hijos. Enfatizó que no hay novedad en las ideas que se mencionan en la referida indicación, agregando que, incluso, algunas de ellas ya forman parte de otros cuerpos legales, como es el caso de la salida de los menores al extranjero.

Opinó que es una buena oportunidad para incorporar estos conceptos a nuestro Código Civil, ya que de este modo se introducirán a dicho cuerpo legal materias que actualmente se recogen separadamente en otras leyes.

El Profesor señor Mauricio Tapia manifestó que no cabe hablar del cuidado personal de los hijos sin mencionar la autoridad parental.

Agregó que el cuidado personal es uno de los aspectos de la autoridad parental y que es importante regularlo de una manera sistemática a través de la noción de la responsabilidad parental. Ello, dijo, asegurará de mejor forma el interés superior del hijo y logrará restituir una situación de igualdad al interior del matrimonio.

Precisó que con independencia de donde resida el hijo, el resto de los derechos y deberes siempre gravará a los padres.

La Profesora de Derecho Civil, señora Fabiola Lathrop, señaló que la propuesta contenida en la indicación en estudio tiene

como idea matriz la de ajustar nuestra legislación interna a la normativa internacional vigente en esta materia, en la cual el niño es visto como una integralidad.

Precisó que el concepto de familia de don Andrés Bello puede resultar anacrónico hoy en día, pues en la vida cotidiana del menor se desarrollan en forma conjunta los aspectos personales y patrimoniales, no siendo conveniente que éstos permanezcan separados.

Sostuvo que la enumeración que la indicación formula en cuanto al contenido de la responsabilidad parental no es más que lo que ya existe. Enfatizó que ella solamente toma elementos que ya rigen en nuestro medio y consagra principios que ya se conocen.

Recalcó que el Derecho de Familia es un Derecho de principios, razón por la cual éstos se enuncian. Explicó que se tiende a concretar algunos de dichos principios a través de directrices y de normativa orientadora hacia el juez, con el objetivo de evitar arbitrariedades.

Manifestó que lo que se intenta mediante la indicación en análisis es hacerse cargo del hecho que la familia ha cambiado y que el paradigma bajo el cual don Andrés Bello legisló ya no es el que corresponde a la realidad actual. Hoy en día, añadió, tanto los padres como las madres asumen sus funciones al interior de la familia de una manera más asociativa. Ésta, dijo, es una oportunidad para afrontar el tema justamente en esa perspectiva.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, expresó que lo expuesto lleva a reconsiderar de algún modo la idea matriz del proyecto en estudio, la que en un principio se entendió como el propósito de cautelar el cuidado de los niños en caso de separación de sus padres.

El Honorable Senador señor Espina opinó que el objetivo del proyecto es establecer normas para proteger la integridad de los menores en caso que sus padres vivan separados. Aun así, indicó, cabe dilucidar si la Comisión se circunscribirá a esa materia o si estará en condiciones de extender su debate a otros tópicos distintos, efectuando una revisión más amplia del estatuto de los hijos. Si se optara por este último camino, añadió, habría que abordar temas de gran profundidad, lo que requeriría de un debate de iguales características.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, demostró perplejidad ante la amplitud que muestran algunas de las indicaciones presentadas, las cuales consideró que exceden con mucho la convocatoria a la idea central del proyecto, que consiste en proteger la integridad del menor cuando los padres viven separados.

Indicó que aun cuando podría abordarse la propuesta presentada por la Honorable Senadora señora Alvear y el Honorable Senador Walker, don Patricio, lo que motiva este debate es un asunto mucho más limitado. Por tanto, sugirió a la Comisión acotar su estudio al propósito inicial del proyecto.

La Profesora de Derecho Civil, señora María Sara Rodríguez, se sorprendió por la amplitud de las indicaciones formuladas al proyecto. Manifestó que la idea matriz del mismo es mejorar determinadas situaciones en el caso de la separación de los padres, particularmente los defectos que actualmente ofrecen tanto el artículo 225 del Código Civil como otros preceptos relativos al régimen de relación directa y regular con los hijos.

Añadió que el proyecto también busca adecuar el artículo 225 de dicho cuerpo normativo a una nueva realidad que es la de la tuición compartida y a las normas de la patria potestad.

Mencionó que la indicación presentada al artículo 222 exigiría una reforma global a los títulos IX y X del Libro Primero del Código Civil, los cuales fueron reformados al dictarse la ley N° 19.585. El hecho de debatir la referida indicación, señaló, implicaría volver a revisarlos.

La Profesora señora Fabiola Lathrop insistió en que lo que se propone es englobar en una sola denominación ciertas funciones que ya existen y constituir, de este modo, una estructura orgánica sobre la base del mandato legal contenido en el artículo 36 de la Ley de Matrimonio Civil. Enfatizó que en ningún caso se están introduciendo figuras nuevas.

Agregó que, efectivamente, con la indicación se protege la integridad del menor en caso que los padres vivan separados ya que lo que se pretende con ella es determinar de manera más ordenada todas aquellas cuestiones que cobran mayor relevancia cuando los padres se encuentren en dicha situación. En consecuencia, afirmó que la indicación no se aleja de la idea matriz del proyecto.

El Profesor señor Tapia hizo presente que el artículo 222 del Código Civil también contempla deberes morales, como la obediencia o el respeto de los hijos hacia los padres, que no se modifican por la indicación en discusión, sino que simplemente se reestructuran dentro del mismo Código. Agregó que el resto de las cuestiones tratadas por la indicación vienen en el texto aprobado en general por el Senado.

Indicó, por otra parte, que el artículo 225 aprobado en general habla de corresponsabilidad, término que no se define ni se

estructura, sino que sólo se menciona. De todo ello, dijo, se encarga la indicación formulada al artículo 222.

Sostuvo que en el proyecto aprobado en general por el Senado también se habla de la relación directa y regular y de la patria potestad, agregando que a través de la indicación en estudio se pretende dotar a estos conceptos de una estructura más adecuada, para mejor comprensión de la ciudadanía y una mayor protección de los hijos, en cumplimiento de los compromisos internacionales que rigen en nuestro medio.

La Ministra Directora del SERNAM, señora Carolina Schmidt, sostuvo que el Poder Ejecutivo ha impulsado con fuerza el proyecto en discusión, pues envuelve uno de los problemas más graves y masivos que se han advertido en el campo de los menores, junto con el del incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias.

Explicó que, por lo anterior, se ha querido llegar a un acuerdo que permita modificar la situación en que actualmente quedan los hijos cuando sus padres se separan. Siendo ésa la inquietud central que guía esta iniciativa, opinó que extenderla a los demás aspectos que se han reseñado implicaría efectuar una enmienda de mayores proporciones, que entramparía el despacho del proyecto. El estudio de aquellos aspectos, añadió, tendría que ser objeto de un estudio separado por parte de una mesa de trabajo que podría convocarse para estos efectos.

La Profesora señora Lathrop informó que durante el primer trámite constitucional, la Casa de Estudios que representa ofreció su colaboración para estos efectos.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del SERNAM, señora Andrea Barros, señaló que la indicación presentada crea un nuevo concepto de responsabilidad parental, de manera que no representa solamente una reestructuración de elementos, sino que supone un cambio medular en cuanto a los derechos y obligaciones de los padres en relación a los hijos. Ello, dijo, supondría la realización de un estudio mayor.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, manifestó que aun cuando mantenía algunas dudas respecto a la admisibilidad de la indicación, revisadas las Mociones que dieron lugar al texto que actualmente se estudia, se advertía que una de ellas contemplaba modificaciones justamente al artículo 222 del Código Civil, que no se circunscribían exclusivamente al tema del cuidado personal, aunque este objetivo era el que más se desarrollaba. Atendido lo anterior, dijo, la inadmisibilidad de la indicación se debilita.

Del mismo modo, hizo presente las distintas materias abordadas por la otra Moción que dio origen al proyecto, así como aquellas consideradas por las iniciativas que la Comisión también tuvo en cuenta durante la discusión en general en el Senado, concluyendo que ellas son bastante amplias.

Agregó que, aun así, no puede perderse de vista que la indicación en estudio introduce temas que se alejan del foco central del proyecto, referido al cuidado de los hijos de padres separados, los cuales podrían considerarse en una iniciativa diferente, de carácter más general.

El Honorable Senador señor Espina expresó que sin pretender evadir el debate de los temas propuestos en la indicación en estudio, éstos ameritarían un estudio específico más profundo, en que se cuente con la asesoría de una mesa de estudio especializada, pues constituyen materias de fondo.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, sostuvo que el alcance de la indicación en análisis excede el propósito de regular mejor el cuidado personal en caso de separación de los padres y sugirió a la Comisión concentrarse en el artículo 225 del Código Civil.

Expresó que aun cuando el mencionado Código puede ser mejorado, lo que ya ha ocurrido a través de la historia, ello supone un trabajo especial de preparación. En cuanto al proyecto de ley en estudio, exhortó a la Comisión a concentrarse en la situación del menor cuyos padres están separados, expresando que varias de las indicaciones propuestas son de una amplitud que va más allá de la iniciativa propuesta.

Refiriéndose a las obligaciones de obediencia y respeto del hijo hacia sus padres, **la Profesora señora Muñoz** precisó que no hay nada diferente a su respecto en la indicación presentada, pues solamente se plantea un cambio de ubicación para estos deberes, sin ninguna otra connotación.

En cuanto al tema de la imagen deformada del padre, aspecto relacionado con el síndrome de alienación parental a que se ha aludido durante el estudio de esta iniciativa como una de las situaciones en que el juez podría restringir la relación directa y regular o el cuidado personal del hijo, aclaró que éste no proviene de las indicaciones presentadas, sino que de las Mociones originales que fueron refundidas.

La Profesora señora Rodríguez sostuvo que no hay ningún tratado internacional que obligue al Estado de Chile a modificar su legislación interna en materia de cuidado personal de los hijos.

Añadió que de las Mociones que dieron origen al proyecto en estudio surgió el síndrome de alienación parental, que es un tema discutible, ya que aun cuando es enarbolado como bandera por distintas agrupaciones de padres, no ha sido aceptado como trastorno psicológico por la Organización Mundial de la Salud, ni por la Asociación Americana de Psiquiatría o por la Asociación Americana de Psicología.

La Honorable Senadora señora Alvear destacó el gran interés que ofrece el proyecto en estudio, señalando, además, que su búsqueda personal por fortalecer la familia y el interés superior del niño es permanente y conocida, de manera que tras las indicaciones presentadas no hay ningún otro propósito o ideología. A mayor abundamiento, expresó que ambos padres deben estar presentes permanentemente en la vida del niño, concepto que debe ser motivado y apoyado y que debe tenerse en cuenta al momento de legislar.

Estos son, dijo, los principios que orientan la indicación en estudio, que se enmarcan perfectamente dentro de las ideas matrices del proyecto.

La Psicóloga señora Anneliese Dörr expresó su coincidencia con lo señalado por la Honorable Senadora señora Alvear y puntualizó que el daño que le produce a un niño el estar sin uno de sus padres es más significativo que cualquier otro.

En relación al respeto que deben los hijos a sus progenitores, informó que la psicología del desarrollo permite develar su sentido y explicarlo a la luz de los tiempos actuales. Sobre el particular, indicó que el niño no está en condiciones de saber lo que le conviene, en tanto que el adulto sí. Agregó que puede darse la excepción de que un padre no tenga dicho conocimiento; sin embargo, por regla general es el progenitor quien guía al hijo. Aseveró que para que esa labor de guía resulte, se necesita respeto, lo que sirve de sustento a la regla en análisis. Enfatizó que el padre no puede sostener una relación simétrica con el niño, pues en ese caso su rol de guía no funcionará.

En cuanto al síndrome de alienación parental, informó que fue descrito hace relativamente poco tiempo, aun cuando existía desde antes. Señaló que, de producirse, se desencadena con posterioridad a la separación. En estos casos, quienes resultan dañados son los niños, ya que quedan sin la posibilidad de tener contacto con su padre, lo que se agrava a causa de la extensión que normalmente tienen los juicios.

Expresó que para el desarrollo del niño lo recomendable es la custodia compartida, a menos que exista en uno de los padres algún factor que dañe el desarrollo del menor.

Consideró que, en todo caso, el tema central en este debate consiste en dilucidar si la custodia del niño debe o no pasar obligatoriamente a la madre. Señaló que tal sistema puede prestarse para manipulaciones o manejos de parte de ésta pues esa situación normalmente se produce en un ambiente de hostilidad. En estos casos, agregó, es un hecho que los más perjudicados son los niños.

Indicó que existen muchos otros tipos de abusos además del síndrome ya mencionado y que una forma de controlarlos es la tuición compartida.

Concluyó diciendo que, en todo caso, los ex cónyuges deben continuar siendo socios parentales.

La Profesora señora Lathrop consideró necesarias algunas aclaraciones.

Sostuvo que cabe hacer una distinción entre el Derecho comparado y el Derecho Internacional desde el punto de vista de su obligatoriedad. En relación al primero, señaló que es facultativo observar la legislación comparada para analizar cómo ha funcionado alguna figura o sistema, como es, por ejemplo, en este caso, el cuidado compartido de los hijos.

En cuanto al Derecho Internacional, expresó que mal podría un tratado internacional señalarle a un Estado específico que debe hacer adecuaciones a su legislación interna, porque esos instrumentos son suscritos por la comunidad internacional en su conjunto. Aclaró que cuando el Estado chileno firma un tratado internacional en materia de derechos humanos, por la vía del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, lo que hace es ceder parte de su soberanía y obligarse a adecuar su legislación interna a aquel tratado.

Agregó que en la materia que se está discutiendo, el Estado de Chile está obligado a adecuar su normativa a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y a la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Hizo notar que el principio cardinal que guía la Convención de los Derechos del Niño es el de la igualdad. En consecuencia, si se sigue manteniendo la norma de atribución preferente a la madre, se estará vulnerando dicho principio. Asimismo, si no se incorporan figuras inclusivas de los roles parentales, en mérito del artículo 18 de la Convención antes mencionada que consagra la corresponsabilidad, el Estado de Chile estaría incumpliendo su compromiso internacional.

El Profesor señor Tapia aseveró que el respeto y la obediencia son fundamentales y que los niños se los deben a sus padres, porque éstos, a su vez, tienen la obligación de educarlos y criarlos, además del deber de responder frente a terceros por sus actos. Observó que todos estos derechos y deberes están interrelacionados, por lo cual, si se desea mejorar la protección del interés superior del niño, es menester reordenar todas las instituciones antes señaladas. Añadió que si no se incorpora el concepto de la corresponsabilidad en la normativa en análisis, se producirá un vacío. Afirmó que no hay carga ideológica alguna involucrada en las indicaciones en estudio, salvo el que la protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres. Frente a ello, dijo, no se puede asumir una actitud neutra.

Insistió en la necesidad de reordenar y sistematizar estos criterios e ideas, que –destacó- ya están en el Código Civil. Reiteró que el artículo 225 ya contempla la corresponsabilidad de los padres, lo que hace necesario definirla en el artículo 222.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, advirtió que la decisión que se tome respecto a la indicación que se discute afectará también a la indicación número 2, por cuanto ambas son complementarias. Hizo presente que esta última versa sobre el artículo 223 del Código Civil, precepto que tampoco fue modificado en el primer trámite constitucional.

El Honorable Senador señor Espina señaló que no objeta la idea de modificar el Código Civil respecto a los temas contemplados en su artículo 222. Manifestó que la Comisión tiene dos caminos, el primero de ellos es limitar el proyecto a las ideas matrices planteadas originalmente, vinculadas a los hijos de padres separados, y el segundo consiste en abrir el proyecto a otras materias.

Sostuvo que era partidario de limitar la discusión y no incorporar a ella las indicaciones de la Honorable Senadora señora Alvear y del Honorable Senador señor Walker, don Patricio, de manera de propiciar la instalación de una mesa técnica entre el Gobierno y profesores expertos en la materia, que informe acuciosamente sobre los demás aspectos que se han enunciado a raíz de las señaladas indicaciones.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, hizo notar que la indicación en estudio introduce al Código Civil el concepto de responsabilidad parental. Hizo presente que no era partidario de incorporarlo, pues ello sacaría a la Comisión de su debate. Opinó que la materia tratada por estas indicaciones debiera ser objeto de una revisión más sistemática, ya que la responsabilidad parental incorpora aspectos nuevos al debate. Señaló que, según su parecer, lo esencial del proyecto es mejorar el sistema de cuidado compartido.

Acto seguido, habiéndose completado el debate, la Comisión se pronunció sobre las indicaciones números 1 y 2.

Puestas en votación las ya referidas indicaciones números 1 y 2, fueron rechazadas por tres votos en contra y uno a favor. Se pronunciaron en contra los Honorables Senadores señores Espina, Larraín, don Carlos, y Larraín, don Hernán, y lo hizo a favor la Honorable Senadora señora Alvear.

Los Honorables Senadores señores Espina y Larraín, don Hernán, fundamentaron su voto en las consideraciones antes reseñadas.

° ° °

La siguiente indicación se formuló al artículo 223 del Código Civil, que, al igual que el caso anterior, tampoco fue objeto de modificaciones en el primer trámite constitucional.

Esta disposición prescribe lo que sigue:

“Art. 223. Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.

Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes.”.

Los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, presentaron la indicación número 2, para consultar en el proyecto un número nuevo, del siguiente tenor:

“….- Efectúanse las siguientes enmiendas en el artículo 223:

a) Incorpórase, como inciso primero, el que sigue:

“Artículo 223.- Los hijos e hijas deben obediencia a sus padres mientras permanezcan bajo su responsabilidad parental.”.

b) Intercálase en el inciso primero, que pasa a ser segundo, después de la frase “queda siempre obligado a”, la locución “respetar y”.”.

Como se señalara precedentemente, por las razones señaladas a propósito de la indicación número 1 y con igual votación, esta indicación número 2 también fue desechada.

° ° °

A continuación, se presentaron **las indicaciones números 5, del Honorable Senador señor García-Huidobro, y 6 del Honorable Senador señor Uriarte**, para incorporar al Código Civil el siguiente artículo 223 bis:

"Artículo 223 bis.- 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.".".

Estas indicaciones fueron retiradas por sus autores.

° ° °

Enseguida, se presentaron dos indicaciones al artículo 224 del Código Civil, precepto que no fue objeto de modificaciones en el primer trámite constitucional.

Esta disposición establece lo siguiente:

"Art. 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.".

Los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, presentaron la indicación número 3, para sustituirlo por el que sigue:

"Artículo 224.- El derecho y deber de cuidado personal consiste en proporcionar atenciones personales cotidianas al hijo o hija.".

A su vez, **la indicación número 4, del Honorable Senador señor Navarro**, agrega los siguientes incisos primero a cuarto al artículo 224, pasando los actuales incisos primero y segundo a ser quinto y sexto:

"Artículo 224.- Es un derecho y un deber de ambos padres, sea que vivan juntos o separados, el cuidado y protección a sus hijos, velar por la integridad física y psíquica de ellos y procurar su orientación y beneficio en los aspectos de la vida que ellos lo necesiten. Los padres deberán actuar en forma conjunta en las decisiones que tengan relación con el cuidado, educación y crianza de los hijos.

El derecho y deber antes mencionado comprende, al menos, los establecidos en los artículos 229 y 234 y el ejercicio de la patria potestad.

Constituirá un deber permanente de ambos padres el respeto y promoción en su actuar del interés superior de los hijos de conformidad a lo señalado por el artículo 222.

En todo caso, los padres deberán 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.".

Puesta en discusión la indicación número 3, **la Honorable Senadora señora Alvear,** coautora de la misma, señaló que ella tiene por objetivo definir, en el artículo 224 del Código Civil, qué se entiende por cuidado personal. Explicó que esta indicación se complementa con la número 8, relativa al artículo 225 del mismo Código, que señala a quién corresponderá asumir dicho cuidado personal y regula el régimen de cuidado compartido.

La asesora legislativa del Servicio Nacional de la Mujer, señora Ortega, manifestó que las indicaciones números 3 y 4 dicen relación con la indicación número 1, referida al artículo 222 del Código Civil, conformando con ella un todo armónico. Recordó que la señalada indicación número 1 fue rechazada, de tal manera que aprobar la número 3, podría dejar inconclusas las ideas en estudio.

La Profesora señora Muñoz manifestó que la nueva distribución que se plantea para el contenido de los artículos 224 y 225 del Código Civil es positiva y que resulta adecuado definir lo que se entiende por cuidado personal en la primera de dichas normas.

Señaló que la definición de la institución antes mencionada permitirá comprender de una mejor manera el régimen de

cuidado compartido, regulado en el precepto siguiente, lo que evitará confusiones. Explicó que en el derecho comparado hay dos fórmulas de cuidado compartido: el que se basa en la residencia alternada o sucesiva y aquél en que hay un residente principal y se comparten los cuidados personales del hijo.

Respecto a la indicación del Honorable Senador señor Navarro, la consideró atractiva y sostuvo que ella recoge el espíritu del artículo 222 del Código Civil, en el sentido de que es un deber y un derecho de ambos padres, vivan juntos o separados, el cuidado y protección de sus hijos. Además, refleja la idea de que los padres deberán actuar en forma conjunta en las decisiones que digan relación con el cuidado, crianza y educación de los hijos.

Indicó que en el proyecto presentado por los Honorables Senadores señores Coloma y Novoa, mencionado durante la discusión en general, si bien se mantiene el cuidado personal supletorio en la madre, se establece como norma deseable el que ambos padres tengan intervención en las decisiones importantes referidas a los hijos.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, se sintió representado por lo expuesto por la Profesora señora Muñoz. Manifestó que la indicación rechazada anteriormente no es tan dependiente de las indicaciones actualmente en estudio, por cuanto estas últimas están más ligadas al artículo 225 de nuestro Código Civil. Sugirió, en consecuencia, discutir en conjunto las indicaciones formuladas tanto al artículo 224 como al 225.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, expresó que desde el punto de vista metodológico, la propuesta del Honorable Senador señor Walker, don Patricio, era acertada.

La Magistrada señora Negroni señaló que el tema en análisis es de gran importancia para los tribunales de primera instancia. Puntualizó que para los jueces, específicamente los de Familia, son muy importantes las definiciones. Manifestó que hoy en día existe una gran confusión respecto a la responsabilidad parental y el cuidado personal, por lo cual la determinación de estos conceptos puede contribuir a aclarar la forma como se debe aplicar el Derecho.

Sostuvo que en primera instancia se requieren criterios muy nítidos, razón por la que sería un avance definir el cuidado personal en el artículo 224, en consonancia con el artículo 225, que regulará, a continuación, el cuidado compartido.

Expresó que hay jueces que interpretan la normativa vigente en el sentido de preferir a la madre para confiarle el cuidado personal de los hijos, porque es muy difícil inhabilitarla. Criticó, por otra parte, que en ese caso se hable de inhabilidad, recalcando que el criterio prioritario en esta materia debe ser el interés superior del niño.

La Profesora señora Salinas consideró preocupante la idea de sustituir por completo el artículo 224, ya que quedarían fuera de dicha norma elementos importantes relacionados con la crianza y la educación de los hijos. Consideró insatisfactoria una definición como la que sugiere la indicación número 3, la que catalogó como muy escueta y general.

Respecto de la indicación del Honorable Senador señor Navarro, señaló que el inciso segundo propuesto mezclaría el ejercicio de la patria potestad con el concepto de cuidado personal, lo que también le pareció preocupante.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, preguntó qué agregaría la expresión “atenciones personales cotidianas” utilizada en la indicación número 3 y qué consecuencias indirectas podría suponer la exigencia de la cotidianeidad que se plantea en la misma.

La Profesora señora Veloso concordó con la idea de introducir en la norma en estudio elementos que definan el cuidado personal de los hijos, siempre que la enunciación de los mismos no sea taxativa.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, instó a analizar también el artículo 225 del Código Civil para entender a cabalidad el artículo 224 y las indicaciones propuestas a ambos preceptos.

La Comisión acogió este criterio, razón por la cual pasó a estudiar el señalado artículo 225 y las indicaciones presentadas a su respecto.

° ° °

Artículo 1°

Esta disposición se inicia como sigue:

“Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido, coordinado y

sistematizado fija el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia:".

Número 1

Este numeral incide en el artículo 225 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

"Art. 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.

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.

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

El número 1 del proyecto de ley en estudio lo reemplaza 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.”.

Este numeral 1 fue objeto de **las indicaciones números 5 a 8.**

Las indicaciones números 5, del Honorable Senador señor García-Huidobro, y 6, del Honorable Senador señor Uriarte, reemplazan el artículo 225 por el siguiente:

“2.- 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 acuerdo 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. Además, deberá procurar que los hermanos no sean separados.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros. En caso que uno de los padres quiera revocar o modificar el acuerdo y el otro no, tendrá siempre derecho a recurrir ante el juez.

No habiendo acuerdo entre los padres ni decisión judicial que determine a quién corresponderá el cuidado personal de los hijos menores, éste corresponderá a la madre, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre.

En este caso, las decisiones que afecten o puedan afectar en forma importante la vida del menor, como las relativas al colegio en que se educa, lugar de habitación, sistema de salud al que adhiere, entre otras, deberán adoptarse, en la medida posible, con el consentimiento de ambos padres.

Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada o cuando no se cumpla lo señalado en el inciso anterior, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Se entenderá que incurrirá en causa calificada, entre otras, el padre que persista en una campaña injustificada de denigración y desprestigio del otro padre o cuando, para obtener una resolución judicial ventajosa, efectúe en su contra acusaciones graves e infundadas. Con todo, el juez 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.”.”.

Estas indicaciones fueron retiradas por sus autores.

Enseguida, **la indicación número 7, del Honorable Senador señor Navarro**, reemplaza el ya mencionado artículo 225 por el siguiente:

“Artículo 225.- En correspondencia a la necesidad de que ambos padres mantengan el deber general de cuidado y protección de sus hijos de manera conjunta, se propenderá a que, cuando ambos padres vivan separados, tengan los padres el cuidado personal y compartido de los hijos en la forma establecida en la ley.

Asimismo, se propenderá por los órganos competentes a que en el ejercicio de este derecho se promueva el acuerdo entre las partes y la mediación como forma idónea de resolución de conflictos, en la forma establecida por la ley y en resguardo del interés superior de los hijos.

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.

No obstante ello, los padres podrán, de común acuerdo, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, determinar que el derecho de cuidado directo e inmediato le corresponda a cualquiera de ellos. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

Este acuerdo 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.

Sólo cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa grave y calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal e inmediato a uno de los progenitores, impidiendo la participación del otro.

Será causa de esta decisión, entre otros, los comportamientos del padre o de terceros inducidos por él y dirigidos a:

a) Maltratar física o psicológicamente al hijo.

b) Alterar o deformar gravemente la imagen que el hijo tiene de los progenitores. Todo acto de los señalados en el inciso tercero del artículo 224 constituirá una forma de incurrir en esta conducta.

c) Obstaculizar o prohibir injustificadamente el ejercicio del derecho y deber establecido en el artículo 229, cuando el padre impedido se encuentre cumpliendo sus obligaciones.

d) Incurrir en cualquiera de los comportamientos señalados en los números 1,3, 5 y 6 del artículo 54 de la ley Nº 19.947.

La decisión del tribunal tomará en consideración de manera especial la negativa o aquiescencia de las partes a alcanzar una solución por la vía de la mediación.”.

Por su parte, **la indicación número 8, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio**, efectúa las siguientes enmiendas al artículo 225:

"a) Reemplazar el inciso primero por el siguiente:

"Artículo 225.- Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de su hijo o hija.".

b) Sustituir el inciso segundo por el que sigue:

"El cuidado personal compartido es un sistema familiar que basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos padres participar activa y equitativamente en la crianza y educación de su hijo o hija en común.".

c) Reemplazar los incisos tercero, cuarto y quinto, por los siguientes:

"Si los padres viven separados, podrán determinar, de común acuerdo, que el cuidado personal de su hijo o hija corresponderá a ambos de forma compartida o a la madre o al padre, sin perjuicio de la responsabilidad parental que éstos ejercen. Asimismo, podrán acordar la residencia habitual o alternada de su hijo o hija, siempre que con ello se garantice el bienestar de éstos.

El acuerdo acerca del cuidado personal, se otorgará mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, siendo oponible a terceros desde la mencionada sub inscripción. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, deberá considerarse el interés superior del hijo o hija, debiendo ponderar al menos los siguientes criterios y circunstancias:

a) La vinculación afectiva entre el hijo o hija y cada uno de los padres y hermanos y demás personas con las que el hijo o hija tenga relación de confianza, para procurar su estabilidad emocional;

b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo o hija y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad;

c) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo o hija, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones con sus dos padres;

d) El tiempo que cada uno de los padres había dedicado a la atención del hijo o hija antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar;

e) La opinión expresada por el hijo o hija;

f) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;

g) La ubicación geográfica de los domicilios de los padres, y los horarios y actividades del hijo o hija y de sus padres;

h) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar;

i) El riesgo o perjuicio que podrían derivarse para el hijo o hija en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual;

j) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante atendido el interés superior del hijo o hija.

En todo caso, el juez podrá entregar, a petición de parte, el cuidado personal al otro de los padres, o a ambos de forma compartida, para lo cual, a lo menos, deberá observar los criterios contenidos en el inciso anterior y los principios establecidos en el artículo 222.

En caso alguno el juez confiará el cuidado personal, sea éste exclusivo o compartido, al padre o madre que haya incumplido el derecho y el deber de alimentos establecido judicialmente a favor del hijo o hija, pudiendo hacerlo; o que haya incumplido, impedido o dificultado injustificadamente, el ejercicio del cuidado personal o la relación directa y regular establecidos judicialmente. Asimismo, el juez no confiará el cuidado personal, al padre o madre o a un tercero instigado por alguno de ellos, que realice denuncias o interponga demandas basadas en hechos falsos con el fin de perjudicar al otro; o al padre o madre que altere o deforme gravemente la imagen que el hijo o hija tiene del otro progenitor; igualmente contra aquel que 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. Las resoluciones que se dicten,

una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece este artículo.”.”.

Revisado el artículo 225 aprobado en general por el Senado y las indicaciones números 7 y 8, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** señaló que existe en todos estos textos un primer principio que parece central en el debate, referido al sistema de cuidado personal compartido.

Recordó que en caso de separación de los padres, los problemas surgen cuando no hay acuerdo entre ellos respecto a quien tendrá el cuidado personal de los hijos. Actualmente, señaló, ante la falta de acuerdo, se aplica la norma supletoria en virtud de la cual se otorga el cuidado a la madre, lo que ha motivado múltiples objeciones. Hizo presente las sugerencias que a este respecto formuló la Profesora señora Veloso, las cuales consideró de gran interés.

En virtud de esas ideas, dijo, el concepto central consistiría en buscar, en primer lugar, el acuerdo entre los padres, caso en el cual no habría dificultades. De no haber tal acuerdo, el juez resolverá lo que sucederá en el intertanto con el cuidado personal de los hijos.

La asesora legislativa del Servicio Nacional de la Mujer, señora Ortega, expresó que para el SERNAM, el artículo 224 debería mantenerse tal como lo conocemos hoy. Respecto al artículo 225, señaló que fija importantes definiciones y criterios en materia de cuidado personal y que el texto aprobado en general permite que los padres puedan determinar de común acuerdo que éste corresponderá al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. Explicó que, en la práctica, ciertos Tribunales de Familia no aprueban el cuidado compartido porque no está consagrado en nuestro Código Civil.

Indicó que, igualmente, el mencionado texto fortalece la institución de la relación directa y regular que debe haber entre el padre no custodio y el hijo.

Para contextualizar estas propuestas, proporcionó algunos antecedentes estadísticos.

En relación a los reclamos de padres que luchan por tener el cuidado personal de sus hijos y participar activamente en su crianza y educación, precisó que de acuerdo a estudios realizados por el Servicio Nacional de la Mujer, ellos corresponden a un universo de un 8 a un 10%. Es decir, a lo más un 10% de los padres tiene ese interés, en tanto que el 80% está de acuerdo en que el cuidado personal corresponda a la madre.

Por otra parte, sostuvo que también cabe tener presente que hay un incremento tanto en la cantidad de familias monoparentales como en la de hijos nacidos fuera del matrimonio e inscritos en el Registro Civil solamente por la madre.

Además, informó que en la encuesta nacional de victimización se determinó que un 33% de las mujeres ha sido víctima de violencia intrafamiliar y que de ellas, un 35,7% está en relaciones de pareja. Indicó que si se pretende que las partes negocien en los casos recién descritos, no nos encontraríamos frente a una relación de horizontalidad, pues una de las partes es víctima y debería negociar con su agresor.

Manifestó que lo que se propone es que, a falta de acuerdo, los padres puedan recurrir a la justicia, la que siempre decidirá teniendo en mente el interés superior del menor. Complementariamente, mientras no exista acuerdo, se conservaría una regla de no litigiosidad que otorga el cuidado a la madre.

Reiteró que el padre no queda en la indefensión ni en la desprotección, toda vez que se refuerza el concepto de relación directa y regular que debe mantener con sus hijos.

En cuanto al síndrome de alienación parental, aludido durante la discusión en general del proyecto, precisó que en España se recogió ampliamente y que, luego, en el año 2008 el Tribunal Constitucional declaró que no era tal y fue eliminado de la legislación.

El Profesor señor Tapia señaló que el artículo 225 del Código Civil constituye el centro de la discusión, destacando que, actualmente, no es defendible ni justificable mantener una norma que atribuye una preferencia a uno de los padres en el cuidado de los hijos. Estamos, dijo, en el momento de corregir esa desigualdad histórica.

Argumentó que confirmar una regla de esta índole en el momento en que se está legislando sobre el cuidado personal, resultaría muy difícil de entender por parte de la ciudadanía. Agregó que ese criterio claramente presenta una clara ventaja en favor de la mujer y, desde otra perspectiva, representa un privilegio malsano en favor de ella, que parte de un estereotipo que consiste en que es la mujer quien debe estar en la casa cuidando a los hijos.

Manifestó no entender por qué el Servicio Nacional de la Mujer está detrás de este proyecto, en atención a que él busca defender el interés de los hijos, que es superior al de los padres. Puntualizó que ese es el interés que debe preservarse, antes que la igualdad de la mujer.

Sostuvo que lo imprescindible es visualizar la situación de los cónyuges al momento del fracaso, oportunidad en la cual los jueces podrían disponer una modalidad de cuidado compartido. Indicó que hoy en día estamos ante una situación de desigualdad entre los padres, ya que existe una regla de atribución preferente hacia la madre que lamentablemente no todos los jueces interpretan de esa forma.

Hizo presente que esa situación de desigualdad puede modificarse, otorgando a cada uno de los progenitores la facultad de solicitar el cuidado personal o el cuidado compartido y restituyendo, de este modo, el principio de igualdad.

Mencionó, finalmente, el sistema francés, en que la regla supletoria consiste en que el juez fija el cuidado compartido sujetándolo a los resultados que se obtengan, lo cual fuerza a ambos padres a ser razonables.

La Profesora señora Lathrop expresó que para decidir si una norma es arbitraria o no, debe analizarse si cumple tres requisitos, que son:

1.- Que exista un objetivo;

2.- Que dicho objetivo sea válido, y

3.- Que exista proporcionalidad entre la diferencia de trato que ella establece y el fin que se quiere alcanzar.

Indicó que el inciso primero del artículo 225, según su redacción actual, no cumple con ninguno de los requisitos antes mencionados.

Sostuvo que el objetivo de esta norma sería desjudicializar las situaciones y promover los acuerdos, lo que no se cumple cabalmente desde la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, ya que ésta exige, en caso de separación judicial o divorcio, el acuerdo completo y suficiente, siendo el juez quien decide en aquellos casos en que no se presenta dicho acuerdo.

Agregó que la utilidad pretendida por el inciso antes mencionado tampoco es tal, porque se presentan situaciones en que la madre igualmente debe acercarse al juez.

Manifestó que al alero de dicho inciso se han creado figuras que no están en la ley, como es la de la entrega inmediata. Dicha institución fue creada jurisprudencialmente y consiste en que el juez ordena que por aplicación del artículo 225, inciso primero, se restituya el

cuidado personal a la madre. En este caso, no se estaría reguardando el interés superior del niño porque no habrá un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Señaló, además, que el factor de discriminación contemplado por el artículo 225 no sería válido, porque realizar diferencias de trato en base al sexo de los progenitores no guarda armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que la consideración primordial en estas materias debe ser el interés de éste.

Sostuvo, asimismo, que la distinción que se hace es desproporcionada porque podría alcanzarse la finalidad de desjudicializar con una norma que sacrifique menos garantías constitucionales involucradas, como lo son la igualdad material y la igualdad formal. Observó que la igualdad formal se ve afectada porque esta es una norma que discrimina arbitrariamente al hombre. Desde el punto de vista de la igualdad material, el precepto consolida roles en nuestra sociedad que son estereotipados.

Recomendó buscar una redacción que ponga énfasis en que ejercerá el cuidado personal aquella persona que tenga aptitudes parentales y que pueda resguardar de una manera más satisfactoria el interés superior del niño.

Hizo presente que, probablemente, en la gran mayoría de los casos, la persona que garantizará mejor ese interés superior será la madre, sobre todo cuando los niños sean de corta edad.

Indicó que en la mayoría de las legislaciones extranjeras no existe una regla supletoria, con excepción de las legislaciones peruana y argentina. Finalmente, señaló que en el año 1982 el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional la norma que establecía la preferencia materna y que en España, en 1990 se derogó el artículo 159 del Código Civil, que igualmente consagraba una preferencia en favor de la madre.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, señaló que de acuerdo a lo que se ha expuesto, no habría una diferencia conceptual respecto de la necesidad de establecer la igualdad de responsabilidad de los padres frente a sus hijos, sino más bien de cautelar la conveniencia de estos últimos. Manifestó que lo importante parece ser alcanzar una solución que consagre derechos, en el entendido de que ellos cuentan con una raíz social y con bases que efectivamente existan. Eso, añadió, podría ayudar a fijar la fórmula según la cual se consagrará la norma supletoria.

El Profesor señor Tapia señaló que las observaciones planteadas se vinculan a la pregunta de si las normas del Código Civil regulan las conductas de las personas o las modelan. Dijo que, en gran medida, el Derecho Civil es el reconocimiento de un estado de cosas, de una forma de organización social y de relaciones familiares. En esa medida, dijo, tales reglas regulan las conductas. Pero, agregó, en materia de familia las reglas civiles se entrecruzan con ciertas cuestiones valóricas. En este último sentido, las reglas modelan las conductas.

Indicó que, probablemente, de haber seguido la tesis de que el Derecho Civil en materia de familia sólo regula dichas conductas, habría una estructura piramidal, en la que se dotaría al marido de amplios poderes. Sin embargo, hizo notar que el principio de la igualdad al interior de la familia ha ido ganando un espacio importante. Estas reglas, reconocidas por la Constitución, deben llevarse al interior de la familia para que, produciéndose quiebres, se restituya la cordura mediante normas igualitarias que protejan a los hijos.

La Profesora señora Lathrop señaló que la tasa de participación femenina en el mercado laboral ha aumentado, lo que da cuenta de que la mujer está participando crecientemente en el ambiente extra doméstico. Agregó que la tendencia actual se encamina a que los roles parentales vayan mostrando asociatividad y avancen en la corresponsabilidad de ambos padres.

La Profesora señora Veloso manifestó que entendía la lógica de plantear la igualdad hombre-mujer, pero destacó que en la materia en estudio el tema fundamental son los niños. Agregó que la norma supletoria actual lleva a las mujeres a mirar a sus hijos como su propiedad, señalando que, en este sentido, cabía agregar al debate una estadística que da cuenta de que los principales maltratadores de los niños son las mujeres.

Reiteró que el tema central son los menores, quienes necesitan un padre y una madre asumiendo sus roles.

La Magistrada señora Negroni hizo presente que la discusión central radica en el concepto de responsabilidad parental, que es el género, y que la residencia y el cuidado personal son especies dentro de aquel. Enfatizó que el concepto de corresponsabilidad parental es el que mejor protege el interés superior del hijo. Opinó que la indicación de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, aclara y ordena estos conceptos.

Añadió que, en la práctica, la mujer que se siente dueña de su hijo no está en disposición de mediar y que las posiciones

radicales favorecidas por normas como las que hoy tenemos, deben ser eliminadas.

La asesora legislativa del Servicio Nacional de la Mujer, señora Ortega, insistió en que la eventual modificación al artículo 225 debe considerar nuestra realidad.

Añadió que, en materia de discriminación, se ha comprobado que la igualdad formal lo que hace es profundizar las inequidades existentes. Comentó que nuestro país ratificó la CEDAW, la cual define como discriminación “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”.

Señaló, asimismo, que la Convención de los Derechos del Niño señala, en su artículo 9, 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.”.

Opinó que, en consecuencia, es necesario hacer una labor de ponderación de derechos para incorporarlos en nuestra normativa, teniendo a la vista el principio de proporcionalidad en la adecuación de las normas del Derecho Internacional a nuestro ordenamiento jurídico interno.

La Ministra Directora (S) del Servicio Nacional de la Mujer, señora Mualim, instó a considerar en este debate la realidad cultural del país, porque aun cuando en la materia en análisis puedan existir muchos buenos modelos y el ánimo de utilizarlos, es posible incurrir en errores cuando se aplican esquemas que no dicen relación con nuestra realidad.

Al finalizar la sesión, se instó a las autoridades presentes del SERNAM a elaborar nuevas redacciones que recojan las inquietudes y criterios expuestos, tanto en relación al artículo 224 del Código Civil, como al 225.

En la sesión siguiente, se dio lectura a las propuestas que **el Ejecutivo, con la colaboración de la Magistrada señora Negroni,** preparó en los términos que se le solicitaran.

Éstas son las siguientes:

Artículo 224

Agregar los siguientes incisos tercero y cuarto:

"El ejercicio del cuidado personal comprende, entre otros, la educación y establecimiento de los hijos, la obligación de alimentos, su orientación y toma de decisiones de importancia para su vida y, en general, las atenciones personales y cotidianas que éstos requieran.

Cuando el cuidado personal se ejerza por ambos padres, se basará en el principio de corresponsabilidad, esto es, que ambos padres participen activa y equitativamente en la crianza y educación de los hijos.".

Artículo 225

Reemplazar el inciso cuarto por el siguiente:

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

Además, se sugirió que el artículo 40 de la Ley de Menores que se ha propuesto, pase a ser incisos cuarto y siguientes del artículo 16 de la Ley sobre Tribunales de Familia, eliminándose en el inciso primero la frase "los artículos 225, inciso tercero, 229 y 242, inciso segundo, del Código Civil, y de otra norma en que se requiera".

Para explicar los elementos centrales de estas propuestas, **la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Schmidt,** recordó que el objetivo del proyecto en estudio es garantizar el interés superior del niño cuando los padres se separan, colocándolo como criterio prioritario, antes que los derechos que ellos puedan tener. Igualmente, dijo, la iniciativa refuerza la presencia y la participación de ambos progenitores en la crianza y formación de sus hijos.

Señaló que, atendido lo anterior, respecto al artículo 224 la redacción propuesta toma como base la indicación que presentaron los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, y define el cuidado personal, estableciendo que éste se basará en el principio de corresponsabilidad de ambos padres.

En cuanto al artículo 225, informó que lo que se busca es que la primera opción para decidir quién tendrá el cuidado personal –en caso de separación de los padres- corresponda a éstos. Si ellos no

deciden, es el juez quien debe resolver. En silencio de ambas partes, tiene que haber una norma supletoria que regule la situación, la cual en este caso entrega transitoriamente el cuidado a la madre, sin que ello constituya una preferencia legal.

Como primeras impresiones frente a estos textos, **la Profesora señora Muñoz** expresó que en el artículo 224 se confundiría el cuidado personal con la responsabilidad parental, ya que se incorporan en la definición de cuidado personal derechos como la educación, el establecimiento, la obligación de proporcionar alimentos, orientación y atenciones personales y cotidianas. Se preguntó si en caso de corresponder el cuidado personal a la madre será ella quien tome todas las decisiones importantes, marginándose de este modo al padre. Sostuvo que los elementos mencionados integran la noción de corresponsabilidad parental, de modo que sería necesario aclarar la redacción propuesta.

En cuanto al artículo 225, fue partidaria de no mantener una regla supletoria en favor de la madre.

El Profesor señor Tapia señaló que le sorprendía la propuesta presentada, porque para el Servicio Nacional de la Mujer no era pertinente considerar en este debate una indicación que incorporaba una definición de responsabilidad parental y ahora, en cambio, dicha definición se estaría incluyendo a través de la propuesta elaborada por el mismo Servicio.

Hizo notar que en nuestra legislación falta un concepto de responsabilidad parental o autoridad parental.

Argumentó, asimismo, que en esta discusión está presente un problema de igualdad ante la ley y, por ende, un vicio de constitucionalidad que con la redacción propuesta se perpetúa, ya que en el artículo 225 se mantiene un privilegio en favor de la mujer. Opinó que lo anterior no facilita los acuerdos en favor de los hijos, agregando que si lo que quiere el proyecto es comprometer al padre de una mejor forma en la educación y el cuidado de los hijos, dicho objetivo no se logra debido a esta confusión conceptual. Por otra parte, si el proyecto quiere restituir la igualdad al interior de la familia en relación a los hijos, ello tampoco se alcanza porque se estaría confirmando la ya citada discriminación.

La Profesora señora Rodríguez manifestó que desde la partida se ha opuesto a enmendar el artículo 224 del Código Civil, disposición que no se modifica en el texto aprobado en general por el Senado.

Explicó que el precepto antes mencionado se refiere a la situación en que los padres viven juntos y también a aquella en que el hijo ha sido reconocido por uno de los padres. Ambas hipótesis, dijo,

no dicen relación con la idea matriz de este proyecto, que es proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, situación que se encuentra regulada por el artículo 225 de nuestro Código Civil.

Advirtió que introducir reformas más amplias supondría modificar los Títulos IX y X del Libro Primero del referido Código, lo que representaría una reforma de mayor entidad que la que se está estudiando.

Respecto al artículo 225, señaló que la discusión se concentra en el inciso cuarto del texto aprobado en general por el Senado, agregando que era partidaria de mantener la regla supletoria que allí se consagra.

En esta materia, observó que es necesario distinguir entre la existencia de la regla y el hecho de que esté establecida en favor de la mujer. Sostuvo que la existencia de la regla previene y posterga los juicios, haciendo notar que los litigios en materia de cuidado personal son siempre nocivos y destructivos tanto para los padres que litigan por la tuición de sus hijos, como para estos últimos.

Manifestó que cualquier norma que apunte a postergar o evitar la litigación, es favorable para los hijos.

Opinó que la aludida regla supletoria debe estar en favor de la madre por una razón de política legislativa o de sentido práctico, porque para los hijos, sobre todo cuando tienen pocos años de vida, el cuidado de la madre es indispensable. Expresó que, sin embargo, esta regla podría moderarse, permitiendo, por ejemplo, que el padre pueda solicitar el cuidado personal del hijo a partir de los 5 años de edad.

En cuanto al texto propuesto por el SERNAM para el artículo 225, apoyó el hecho de que aquel señale que la regla supletoria no constituye una preferencia legal, pues ello otorgará una señal clara a los jueces en este sentido. Manifestó que cuando tienen que resolver juicios entre el padre y la madre, los jueces saben que el criterio prioritario de atribución no tiene que ser la preferencia a la madre, sino que el interés superior del niño.

Discrepó de la redacción propuesta en cuanto ésta señala que a la madre toca temporalmente el cuidado personal de los hijos, pues se subentiende que la tuición supletoria es tal mientras no haya un juicio que la impugne o no se produzca acuerdo entre los padres.

Afirmó, en último término, que apoya el proyecto tal cual fue despachado por la Cámara de Diputados y, luego, acogido en general por el Senado.

La Profesora señora Lathrop discrepó de la redacción propuesta para el artículo 225 porque, a su juicio, contempla un concepto de cuidado personal que desnaturaliza esa figura jurídica y que dice relación más bien con la responsabilidad parental.

En cuanto al artículo 225, opinó que la norma que se sugiere viene a consolidar la actual discriminación arbitraria tanto en relación con el padre –por la sola razón de su sexo- como con la madre, por cuanto preservaría roles estereotipados. Asimismo, agregó, ella no se centra en el interés superior del hijo.

Sostuvo que el texto vigente no desjudicializa, pues anula la posibilidad de negociación entre los progenitores al dar un poder mucho mayor a la madre. Esto, señaló, no incentiva los acuerdos y prueba de ello es que las demandas sobre cuidado personal han aumentado.

Indicó que el inciso primero del artículo 225, pese a que se ha señalado que es una atribución supletoria, es utilizado como un criterio de atribución judicial, lo que es riesgoso.

Hizo presente que en un estudio realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se revisaron todos los fallos dictados entre los años 2007 y 2010 relativos a cuidado personal y a relación directa y regular, con sentencia de término de la Corte Suprema. Como resultado, se advierte que de todos los referidos a cuidado personal, sólo un 20% logró modificar la regla de atribución a la madre.

Aludió, por otra parte, a una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, uno de cuyos considerandos señala que el artículo 225, inciso primero, que contempla la atribución preferente hacia la madre, es una norma “cuyo tenor literal parece evidente y el intérprete no puede desatenderlo a pretexto de consultar su espíritu”. Luego, el mismo fallo se refiere al interés superior del niño como criterio rector, señalando que “dicho interés está más a salvo con la madre”. Es decir, concluyó, la situación no fue definida en atención al interés superior del niño.

La Profesora señora Domínguez señaló que lo que se pretende en la presente discusión no es realizar una reforma general a las reglas en materia de cuidado personal ni efectuar revisiones dogmáticas o teóricas, sino que más bien hacerse cargo de los problemas prácticos que la interpretación de determinadas reglas plantea.

Precisó que el debate que se ha generado gira en torno a las reglas del artículo 225 y, fundamentalmente, a la errada interpretación que de esa norma se ha hecho por parte de los tribunales.

Puntualizó que se está legislando para la realidad de las familias chilenas y que, siendo así, será imposible avanzar en una modificación tan sustantiva sin preguntarse cuáles son los datos propios de la realidad de nuestro país.

Hizo presente que hay estadísticas que señalan que existe un 66% de hijos nacidos fuera del matrimonio y gran cantidad de madres solas, sin un padre que se haga cargo de su descendencia.

En cuanto al artículo 224, observó que la discusión parece agotada. Respecto al artículo 225, consideró equilibrada la propuesta presentada, en el sentido de que modifica el principal problema que este precepto planteaba, derivado de su inciso tercero, donde se habla de "maltrato, descuido u otra causa calificada", lo que ha permitido interpretaciones erradas. Opinó que el sólo hecho de suprimir esas expresiones viene a eliminar el poder de negociación que la madre tenía.

Manifestó que requiriéndose la intervención del juez, será éste quien pondere. Indicó que es importante contar con una regla legal supletoria, de manera de otorgar alguna estabilidad transitoria a los hijos ante la ocurrencia de determinadas situaciones.

Discrepó del uso de la expresión "temporalmente" en la redacción propuesta, por considerarla redundante. Tampoco concordó con consignar que la regla supletoria no constituirá una "preferencia legal", pues lo que quiere decir dicha regla es que mientras el caso no se judicialice, el menor está a cargo de la madre.

Enfatizó que el criterio final de decisión en esta materia debe ser el interés superior del niño.

La Magistrada señora Negroni manifestó que la presente discusión tiene una importancia sustantiva en el ámbito judicial.

En cuanto a la propuesta del SERNAM relativa al artículo 224, opinó que la expresión "responsabilidad parental" es un mejor concepto ya que comprende el cuidado personal, la educación, el establecimiento, la obligación de alimentos y la relación directa y regular.

Advirtió que la mayor preocupación es que no se avance en el proyecto, pues en el ámbito judicial se aprecia la existencia de fallos en que el interés superior del niño queda virtualmente subyugado a la regla supletoria establecida en favor de la madre.

Expresó que en el artículo 225 debe atenuarse lo más posible la regla supletoria, tratando de que ella no sea interpretada como criterio de atribución legal preferente. A este respecto, hizo presente lo

dispuesto por los artículos 1° y 5° de la Constitución Política, haciendo notar –en relación al segundo de dichos preceptos- que en los tratados internacionales vigentes en nuestro país se consagra con nitidez el concepto de interés superior del niño.

Agregó que deben incorporarse al Código Civil las normas sobre interés superior de los niños y que los jueces deben ponderarlas como criterio fundamental en estas causas. Sostuvo que se trata de un concepto muy relevante, que, además, pone de relieve la conveniencia de que la judicatura se capacite suficientemente en cuanto a la normativa internacional que lo consagra y que forma parte del ordenamiento vigente en el país.

La Honorable Senadora señora Alvear valoró la buena disposición del Servicio Nacional de la Mujer en orden a presentar una propuesta que permita generar un consenso en la Comisión; sin embargo, informó que dicha proposición no la interpretaba.

En cuanto al artículo 224, opinó que la redacción que se ha elaborado significa un retroceso y genera confusión.

En relación al artículo 225, advirtió que el tema de fondo consiste en determinar si habrá o no una norma supletoria relativa al cuidado personal de los hijos. Hizo notar que la propuesta habla de transitoriedad, justamente en la búsqueda de un consenso, pero deja subsistente la norma supletoria a favor de la madre, que es discriminatoria.

Señaló que el tema fundamental del proyecto es incorporar y cautelar el interés superior del niño, que se sitúa sobre la aludida norma supletoria. En consecuencia, destacó que es obligatorio considerar dicho interés como norte al momento de legislar, el cual conlleva, además, el principio de corresponsabilidad de los padres.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, sostuvo que en este análisis hay dos líneas de argumentación. La primera de ellas busca que el criterio favorable al cuidado materno se prolongue, entendiendo que de este modo el menor estará más protegido. La segunda línea busca otorgar una mayor autonomía a los jueces al resolver sobre el cuidado personal de los hijos, entendiendo que la preferencia en favor de la madre constituye un obstáculo para dicha finalidad. En todo caso, instó a atenerse a la realidad chilena al momento de tomar decisiones sobre estas materias.

Enseguida, consideradas las redacciones propuestas, expresó que se limitaría a ratificar los artículos tal como fueron aprobados en general por el Senado.

El Honorable Senador señor Pizarro observó que el tema en estudio es de gran tecnicismo y complejidad. Hizo notar que el proyecto debe buscar como objetivo fundamental el de velar por el cuidado y desarrollo de los niños y por su interés superior.

Desde otro punto de vista, manifestó que los padres tienen los mismos derechos y obligaciones que tienen las madres en relación a sus hijos, lo que no se refleja en la legislación actual, motivando la idea y la necesidad de modificarla.

Revisando las propuestas del SERNAM, observó que ellas no avanzan en la línea de igualar los derechos y deberes de los progenitores. Por lo anterior, discrepó de las mismas y manifestó su apoyo a las indicaciones de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio.

El Honorable Senador señor Chahuán hizo presente que es coautor de una de las Mociones que dio inicio al proyecto en estudio en la Cámara de Diputados, razón por la cual lo conoce desde el primer trámite constitucional y ha seguido con gran interés su tramitación desde entonces.

Opinó que la propuesta del Servicio Nacional de la Mujer en cuanto al artículo 225 constituye un retroceso, por cuanto asigna el cuidado personal a la madre, aun cuando sea de manera transitoria.

Indicó que el proyecto original aprobado por la Cámara de Diputados y, luego, acogido en general por el Senado, buscaba consagrar una norma que priorizara el interés superior del niño y facilitara los acuerdos entre los padres en materia de cuidado personal, basándolos justamente en el principio ya mencionado. Ésa, dijo, era la perspectiva de fondo, de manera que la redacción propuesta para el inciso cuarto del artículo 225 no representa un avance.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, manifestó que el sentido del proyecto es corregir las desigualdades e inequidades que se desprenden del texto actual, particularmente del inciso primero del artículo 225.

Indicó que en este debate no se advierte un ánimo de mantener el texto vigente, sino más bien de hacer primar, en materia de cuidado personal de los hijos, el interés superior de los mismos.

Con la finalidad de ordenar la discusión, formuló algunas proposiciones.

En primer lugar, sugirió alterar el orden del artículo 222, pasando el inciso segundo a ser primero y el primero, segundo.

No hubo un pronunciamiento a este respecto.

Enseguida, propuso incorporar de manera más explícita el principio de la corresponsabilidad parental en el artículo 224, tomando elementos de la proposición efectuada por el SERNAM.

Luego, hizo presente que en el artículo 225 debía determinarse cómo se abordará el tema del cuidado personal de los hijos cuando los padres están separados, dirimiendo si se incorporará o no una norma supletoria. Sobre el particular, recordó que hay quienes prefieren eliminar la regla supletoria porque de esa forma se obligará a los padres a lograr acuerdos, en tanto que otra posición más pragmática sostiene que debe existir una regla supletoria.

Sugirió pronunciarse acerca de estas ideas, de manera de avanzar en la búsqueda de redacciones que faciliten la labor de los jueces y que recojan el sentido común y la mejor inspiración acerca del bienestar del niño y su interés superior.

El Honorable Senador señor Chahuán coincidió con la conveniencia de poner en votación en primer lugar los criterios de fondo y luego, proceder a ajustar la redacción de los respectivos textos legales.

En consecuencia, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** anunció que recabaría el parecer de los miembros de la misma en torno a la idea de modificar el artículo 224 del Código Civil, de manera de mencionar y fortalecer en este precepto, a continuación de la alusión al cuidado personal de los hijos, el principio de corresponsabilidad, entendiendo, tal como lo ha propuesto el SERNAM, que en virtud de éste ambos padres participarán activa y equitativamente en la crianza y educación de sus hijos. Sugirió agregar que ello se entenderá así, sea que los padres vivan juntos o separados.

Señaló que lo anterior hará que el artículo 224 guarde una mayor coherencia con lo que enseguida se regula en el artículo 225.

La Profesora señora Rodríguez discrepó de la idea de referirse en esta norma al caso de padres que vivan separados, haciendo notar que este precepto aborda la situación de los progenitores que viven juntos, en tanto que el artículo 225 se ocupa de aquellos que se encuentran separados.

A su vez, **la Honorable Senadora señora Alvear** apoyó la idea de mencionar en esta disposición el principio de corresponsabilidad. Sin embargo, hizo presente la propuesta contenida en la indicación número 3, de su autoría, referida justamente al artículo 224, que contempla una definición para el concepto de cuidado personal.

El pronunciamiento sobre la misma se mantuvo pendiente, al igual que el correspondiente a la indicación número 4.

La Magistrada señora Negroni manifestó que sería más correcto utilizar las expresiones “responsabilidad parental” o bien, “igualdad parental”.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, preguntó si el término “corresponsabilidad” tiene consecuencias de tipo indirecto.

La Profesora señora Domínguez advirtió que el término “corresponsabilidad” quiere decir que ambos padres son responsables.

El Profesor señor Tapia señaló que el Código Civil utiliza las palabras “responsabilidad” o “corresponsabilidad” en un sentido diferente al que se está considerando en esta discusión. Así ocurre, dijo, cuando se alude a la responsabilidad solidaria y a la obligación del padre de responder por los daños causados por el hijo menor de edad.

Señaló que si los Códigos deben mantener la coherencia interna, lo conveniente es utilizar expresiones que también la preserven. En consecuencia, sugirió usar la expresión “autoridad parental”, que ya es conocida en el derecho comparado y que se ha definido como el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres respecto a los hijos. Este concepto englobaría la educación, la crianza y los diversos aspectos enumerados por las indicaciones presentadas, siendo distinto del cuidado personal, que se refiere solamente a algunas de las facetas de la autoridad parental.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, inquirió si había acuerdo para incorporar en el inciso primero del artículo 224 el principio de corresponsabilidad, entendiendo que, en virtud de éste, el padre y la madre participarán activa y equitativamente la crianza y educación de sus hijos, sea que vivan juntos o separados.

Hubo unanimidad sobre esta propuesta. Se pronunciaron favorablemente los Honorables Senadores señora Alvear

y señores Chahuán, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán (Presidente), y Pizarro.

Enseguida, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** recabó el parecer de la Comisión en torno a la idea de establecer en el artículo 225 una regla supletoria.

En esta materia, hizo presente la redacción propuesta por la Profesora señora Veloso, que señala lo que sigue: “Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los deberes y derechos respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio que mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario, como regla supletoria, los menores residirán con su madre.”.

Añadió que el texto propuesto consagra el principio de la corresponsabilidad aunque los padres vivan separados, agregando que el hecho de que el hijo resida con la madre no constituye un obstáculo para el ejercicio de la corresponsabilidad parental por parte del padre.

Puntualizó que, sin embargo, lo esencial en esta disposición es decidir si ella contemplará o no una regla supletoria.

El Honorable Senador señor Chahuán expresó que podría concordar en la incorporación de una norma supletoria, siempre y cuando el texto que se acuerde garantizara expresamente la excepcionalidad y la temporalidad de la misma.

En consecuencia, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** consultó, en primer lugar, sobre la idea de incluir la regla supletoria en favor de la madre.

En un primer pronunciamiento, se manifestaron a favor de ella los Honorables Senadores Larraín, don Carlos, y Larraín, don Hernán (Presidente). En contra lo hicieron la Honorable Senadora señora Alvear y el Honorable Senador señor Pizarro. Se abstuvo el Honorable Senador señor Chahuán.

En atención a que la abstención influía en el resultado de la votación, ésta se repitió. En la segunda oportunidad, la idea de incorporar la norma supletoria fue acogida por 3 votos a favor y 2 en contra. Se pronunciaron a favor los Honorables Senadores señores Chahuán, Larraín, don Carlos, y Larraín, don Hernán (Presidente). Votaron en contra la Honorable Senadora señora Alvear y el Honorable Senador señor Pizarro.

En consecuencia, se acogió la idea de incluir la norma supletoria en el artículo 225, quedando aún pendiente el pronunciamiento acerca de la transitoriedad de la misma y de la condición de no constituir dicha regla una preferencia legal.

El Honorable Senador señor Chahuán advirtió que de no consagrarse en el texto definitivo la temporalidad de esta regla supletoria, así como el hecho de que ella no constituirá una preferencia legal, él adoptaría las medidas necesarias para modificar su votación.

En la sesión siguiente, **la Comisión** revisó las redacciones que se consignan a continuación, que dan cuenta de los criterios avanzados en la sesión anterior.

"Artículo 224

Reemplazar su inciso primero por el siguiente:

"Art. 224. 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 activa y equitativamente en la crianza y educación de sus hijos.".

Artículo 225

Sustituir el inciso cuarto del texto aprobado en general, por el que sigue:

"Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio de lo anterior, mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario, como regla supletoria los menores residirán y estarán bajo el cuidado personal de su madre, sin que ello constituya una preferencia legal.".".

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, ofreció la palabra en relación a estos textos.

En cuanto al artículo 224, **la Magistrada señora Negroni** expresó que no estaba completamente de acuerdo con la redacción propuesta, pues dejaba de lado lo que se proponía como inciso tercero en el texto sugerido por el SERNAM.

Recordó, además, que a través de la indicación número 1 se había propuesto otro texto que se discutió y que describía más detalladamente el contenido de la responsabilidad parental.

A **la Profesora señora Domínguez** le pareció correcta la redacción propuesta para el artículo 224, agregando que el solo hecho de introducir una referencia a la corresponsabilidad representaba un avance. Opinó que dicha redacción afirmaba el principio de corresponsabilidad, lo que ilustraría debidamente a los jueces. En cuanto a la redacción del artículo 225, opinó que ella recogía lo que se había discutido. Observó, sin embargo, que la referencia a que la regla supletoria no constituirá una preferencia legal era redundante.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, expresó que la mención a la "regla preferente" en el artículo 225 se había mantenido en atención a que así lo habían pedido algunos miembros de la Comisión y a que, pese a que hoy existe una regla que se podría interpretar como supletoria, hay fallos que la han considerado como regla preferente.

La Profesora señora Domínguez indicó que los fallos mencionados son excepcionales y que, probablemente, razonan sobre la base de la regla que contiene el inciso tercero del artículo 225. Señaló que si dicha regla desaparece, el criterio de los jueces necesariamente va a cambiar.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, indicó que valía la pena consagrar de manera muy expresa que la regla supletoria no constituirá una preferencia legal porque, de este modo, si un juez la entiende y falla de esta manera, lo estará haciendo contra la ley.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, preguntó qué otro alcance podía tener la exhortación a la corresponsabilidad.

La Profesora señora Domínguez sostuvo que ella constituye una declaración de tipo programático, que introduce un reforzamiento al hecho de que tocará de consuno a ambos padres asumir ciertas obligaciones en relación a sus hijos. Quizás, agregó, podría tener también un efecto en la relación directa y regular, en que los jueces tienden a ver un techo y un tipo. Opinó, en todo caso, que el régimen de cuidado personal que se fije debe ser el más amplio posible y permitir la mayor participación.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, observó que la redacción presentada para el artículo 224 resulta más general y menos descriptiva que otras que se han tenido a la vista.

En cuanto al texto propuesto para el artículo 225, sostuvo que tanto éste como el que presentó la Profesora señora Veloso contienen elementos de interés. Instó a enfatizar el carácter transitorio de la regla supletoria que se plantea, intercalando la expresión “y sólo” a continuación de la frase “Sin perjuicio de lo anterior”.

Por otra parte, se interesó por conocer más a fondo la opinión de la Magistrada señora Negroni acerca de la manera como los tribunales interpretarán esta disposición.

La Magistrada señora Negroni informó que al estructurar una redacción con el SERNAM, el propósito fue acotar lo más posible en el artículo 225 la duración de la aplicación de la regla supletoria y que, incluso, se pensó en fijarle un lapso determinado. En definitiva, les pareció que las expresiones “mientras” y “temporalmente” serían suficientes. La idea, dijo, era que el juez comprendiera la transitoriedad que había en esta situación. Advirtió que ello se ligaba también con el principio de corresponsabilidad.

Luego, apoyó la inclusión de la expresión “y sólo” o del adverbio “temporalmente”.

En cuanto a la propuesta sobre el artículo 224, celebró que ésta incluya la frase “vivan juntos o separados”, pues afirma el principio de igualdad y el hecho de que la corresponsabilidad de los padres no cambia por el hecho de que se separen.

El Honorable Senador señor Pizarro recordó que se había producido un criterio mayoritario en orden a incluir una norma supletoria, idea a la cual él se opuso. Añadió que seguramente, aun cuando se refuerce la temporalidad de la misma, va a haber una cierta preferencia a favor de la madre, lo que puede representar un incentivo perverso para que ésta no dé los acuerdos.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, instó a no reiterar el debate realizado, sino que a buscar una buena redacción para esta disposición. Hizo notar que las opiniones de los miembros de la Comisión han dejado de situarse en las antípodas y que de los términos del debate, se desprende que la madre ya no tendrá tanta prevalencia pues se están incorporando elementos de gran importancia como la corresponsabilidad y el interés superior del niño. Éstos, dijo, inspirarán la labor de los jueces. Aun así, expresó que no tenía inconvenientes en fijar condicionantes adicionales a la regla supletoria.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del SERNAM, señora Barros, observó que en la actualidad es difícil determinar un titular del cuidado personal que no sea la madre, pues la regla supletoria tiene una fuerza desmedida. Sostuvo que, en contraposición a ello, ahora será el interés superior del niño lo que defina la situación.

Señaló que debe buscarse la armonía entre las dos normas en estudio, pues ellas inspirarán e ilustrarán las decisiones que tomen los jueces.

Hizo notar, asimismo, que la redacción que el SERNAM había propuesto como inciso tercero del artículo 224 recogía los conceptos contenidos en la indicación número 3, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** recabó el parecer de la Comisión en torno a la redacción recién propuesta para el inciso primero del artículo 224, produciéndose un acuerdo preliminar en torno a este texto.

Lo apoyaron los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán (Presidente), Pizarro, Prokurica y Walker, don Patricio.

Enseguida, se puso en votación la indicación número 3.

Revisando el texto de la misma, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** señaló que la exigencia de brindar “atenciones personales cotidianas” al hijo podía resultar irreal e imposible de cumplir. Sugirió suprimir la expresión “cotidianas”, en atención a que los padres pueden vivir separados.

Asimismo, puso de manifiesto las dificultades que representa definir lo “cotidiano” y lo “personal”.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, señaló que tales aprensiones eran atendibles.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del SERNAM, señora Barros, afirmó que la noción de “cotidiano” se relaciona con lo que es “diario” y que así lo define la Real Academia de la Lengua. Por ello, dijo, fácilmente podría incurrirse en el incumplimiento de este deber.

La Profesora señora Domínguez observó que nunca ha habido dudas acerca del significado de expresiones como “cuidado personal” o “patria potestad”. Señaló que si se quiere redefinir estos estatutos, podrían abrirse las puertas a interpretaciones judiciales de contenido desconocido. Señaló que, en todo caso, es importante introducir la noción de corresponsabilidad en el artículo 224, pues ella inspirará la labor de ambos padres.

El Honorable Senador señor Pizarro instó a que las nociones que se consagren en esta norma resulten muy claras, de modo que ilustren tanto a los jueces como a los padres en esta importante materia.

La Magistrada señora Negroni consideró putil tener presente que esta redacción que mientras la corresponsabilidad es el género, el cuidado personal viene a ser la especie. Del mismo modo, reiteró la conveniencia de incorporar en el precepto en estudio ambas nociones, mencionando, en el caso del cuidado personal, todos los elementos que lo integran. Recordó, a este respecto, lo que proponía la indicación número 1, que fue desechada.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, estimó apropiado consagrar conceptos más amplios, que se expliquen por sí solos. Hizo notar que en la última redacción propuesta para el inciso primero del artículo 224, se establece que el cuidado personal se basará en el principio de corresponsabilidad, criterio que servirá para modelar las conductas de los padres y su ejercicio del cuidado personal, especialmente en el caso de los padres que se encuentran separados.

En todo caso, apoyó la posibilidad de acoger la indicación número 3, reemplazando la voz “cotidianas” por “permanentes”.

El Honorable Senador señor Pizarro coincidió con esa idea, agregando que los padres que reclamen el ejercicio del cuidado personal de los hijos serán aquellos que estén dispuestos a participar de una manera muy directa en su formación.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del SERNAM, señora Barros, planteó algunas aprensiones en cuanto a la posibilidad de relacionar el cuidado personal con el criterio de permanencia, pues ello podría contribuir a separar aún más al hijo de aquel padre que no convive con él. Estimó preferible, en ese caso, incluir una norma de tipo general en el artículo 222, estableciendo que los padres siempre deberán actuar corresponsablemente en la crianza y educación de los hijos.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, puntualizó que la redacción que se ha

acogido para el inciso primero del artículo 224 incluye a los padres que viven separados, los cuales quedarán igualmente afectados por la corresponsabilidad, como derecho y como deber, aun cuando sólo a uno de ellos le corresponda el cuidado personal de los hijos.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, entendió lo anterior de la misma manera.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, **la Profesora señora Domínguez** hizo presente que mientras el artículo 224 se ocupa de los padres que viven juntos, el artículo 225 se refiere los que viven separados. Por eso, sugirió incorporar el principio de corresponsabilidad más bien en el artículo 225.

El Honorable Senador señor Pizarro sostuvo que la corresponsabilidad debe reflejar los principios del deber ser en lo que entendemos por familia y por relaciones entre padres e hijos. Siendo así, opinó que podría mencionarse tanto en el artículo 224 como en el 225.

La Magistrada señora Negroni señaló que aun cuando prefería incluir la corresponsabilidad en la primera de las señaladas normas, haciéndola aplicable a los padres que viven juntos o separados, también cabía incluirla en el artículo 225, de manera de precaver problemas de interpretación.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, expresó que lo planteado por la indicación en análisis parece innecesario, agregando que antes que representar un aporte, puede motivar distintas confusiones.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, formuló diversas sugerencias utilizando términos sinónimos de la expresión “permanentes”.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del SERNAM, señora Barros, insistió en la complejidad que supone unir la noción de permanencia con el cuidado personal.

Consideradas las distintas aprensiones motivadas por esta indicación, en definitiva, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** propuso recoger el espíritu de la misma, agregando a la redacción propuesta para el inciso primero del artículo 224, una mención a la permanencia con que los padres participarán en la crianza y educación de sus hijos.

Explicó que el señalado inciso quedaría como sigue:

“Artículo 224. 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.”.

Hubo acuerdo unánime en torno a este criterio. En consecuencia, la indicación número 3 fue aprobada con modificaciones, contando con el voto favorable de los Honorables Senadores señores Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán (Presidente), Pizarro, Prokurica y Walker, don Patricio.

Con la misma unanimidad, se desechó la indicación número 4.

Enseguida, se analizó el texto propuesto para sustituir el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, ya transcrito.

La Magistrada señora Negroni formuló algunas sugerencias. Propuso agregar la expresión “y sólo” después de la frase “Sin perjuicio de lo anterior”, y reemplazar el término “menores” por “hijos”. Igualmente, en la regla supletoria sugirió eliminar la mención al cuidado personal, manteniendo solamente la residencia de los hijos a cargo de la madre. Dijo que, de otro modo, no cambiará la interpretación que los jueces dan actualmente a la regla supletoria, los que seguirán entendiendo que ésta se mantiene igual.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, estimó contradictorio contemplar una regla supletoria y, al mismo tiempo, establecer que ella no constituirá una preferencia legal. Sostuvo que, en tal caso, era preferible la redacción propuesta por la Profesora señora Veloso, la cual sólo contemplaba la residencia y, además, no señalaba que la regla supletoria no constituiría una preferencia legal.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, hizo presente que el Honorable Senador señor Chahuán había apoyado esta redacción en el entendido de que se establecería expresamente que la regla supletoria no constituirá una preferencia legal, criterio que él había compartido. Ello, dijo, facilitará la debida comprensión de esta regla por parte de los jueces. Hizo presente que, por lo demás, el padre tendrá siempre la posibilidad y el derecho de judicializar el caso.

En consecuencia, respaldó esta redacción, proponiendo solamente incorporar la expresión “y sólo”, después de “Sin perjuicio de lo anterior”, y reemplazar la palabra “menores” por “hijos”.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, señaló que la expresión “mientras” daba suficiente cuenta del criterio de temporalidad de la regla supletoria.

La Magistrada señora Negroni expresó que la idea de entregar a la madre, en virtud de la regla supletoria, solamente la residencia y no el cuidado personal de los hijos, impedirá que ésta adopte cualquier decisión de relevancia en ese lapso, forzándose de este modo a los padres a llegar a acuerdos.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, puntualizó que se trata justamente de regular una situación que es transitoria, permitiendo que en ese lapso la madre pueda tomar las decisiones que resulten pertinentes. De lo contrario, añadió, para poder tomar cualquier resolución se la obligará a acudir a los tribunales.

Connotó que esta situación es tan excepcional que justifica el exceso gramatical en que posiblemente se está incurriendo. Con esta redacción, señaló, el juez quedará con todos los caminos abiertos y dispondrá de todas las orientaciones que necesita para resolver según el interés superior del niño.

Reiteró que no cabe tampoco una redacción más exhaustiva, pues no debe olvidarse que estas situaciones pasan por diferentes fases, siendo normalmente las primeras las más tensas y sobreviniendo después un clima de mayor serenidad entre los padres.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, mantuvo su parecer en orden a no contemplar una regla supletoria. Sin embargo, en atención a que esa posibilidad se había desechado, sostuvo que era fundamental establecer expresamente que dicha regla se aplicaría transitoriamente y que no constituiría preferencia legal. Coincidió, en este sentido, con las condiciones planteadas por el Honorable Senador señor Chahuán.

El Profesor señor Tapia discrepó de la incorporación de la regla propuesta.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, recabó un pronunciamiento acerca de la idea de incorporar, en el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, la regla supletoria antes indicada, agregando la expresión “y sólo” antes de la palabra “mientras” y reemplazando el vocablo “menores” por “hijos”.

La idea de acoger esta redacción contó con el parecer favorable de los Honorables Senadores señores Larraín, don Hernán (Presidente), Larraín, don Carlos, y Prokurica. Se opusieron los Honorables Senadores señores Pizarro y Walker, don Patricio.

El Honorable Senador señor Prokurica dejó constancia de que, a su juicio, el texto acordado no solucionará los problemas que la actualidad se producen y que los jueces seguirán fallando en la forma que lo han hecho hasta ahora.

Posteriormente, al revisarse este texto, **los Honorables Senadores señores Espina, Larraín, don Carlos y Larraín, don Hernán (Presidente),** estimaron pertinente complementarlo, de manera de regular también en el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, el caso de los hijos que, estando separados sus padres, residen de hecho solamente con el padre. Propusieron que en esa situación, mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario, los hijos continúen transitoriamente bajo el cuidado personal de aquél.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, explicó que este complemento resulta necesario, por cuanto es preciso ocuparse también de aquellos casos en que, encontrándose separados los progenitores, en los hechos los hijos residen y se encuentran bajo el cuidado personal del padre.

En tales casos, dijo, lo conveniente es que esa situación se mantenga, mientras no haya un acuerdo o una resolución judicial que disponga algo diferente. Puntualizó que lo anterior se aplicaría de manera transitoria, al igual que la regla ya acordada en relación a la madre.

Manifestó, asimismo, que los criterios adoptados en esta disposición tanto a favor de la madre como del padre, ponen a ambos progenitores en una situación de mayor equiparidad y equilibrio.

Lo anterior, observó, además de atender a numerosos casos que se dan en la práctica, en que ante una ruptura los hijos quedan viviendo con su padre, viene a despejar cualquier suerte de reparo que pudiera formularse en cuanto a la observancia de la garantía constitucional de igualdad ante la ley de ambos padres relación al cuidado personal de sus hijos en caso de separación.

Analizando una vez más los distintos elementos considerados al debatirse el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, **la Honorable Senadora señora Alvear** consideró que una fórmula que podría concitar mayor apoyo en el caso regulado por esta disposición sería la siguiente: “Mientras no exista acuerdo o resolución judicial, ejercerá el cuidado personal el padre o madre que resida con el hijo.”.

Solamente **el Honorable Senador señor Walker, don Patricio,** apoyó dicha propuesta.

En consecuencia, se optó, como texto definitivo, por el planteamiento que anteriormente se había propuesto para este inciso cuarto, con las modificaciones propuestas por los Honorables Senadores señores Espina, Larraín, don Carlos y Larraín, don Hernán (Presidente).

Para los efectos de acoger el texto acordado para el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, se aprobó con enmiendas la indicación número 7. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señores Espina, Larraín, don Carlos y Larraín, don Hernán (Presidente). En contra lo hicieron los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio.

En virtud de la aprobación con enmiendas de la señalada indicación número 7, con el voto favorable de la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Hernán (Presidente), Larraín, don Carlos, y Walker, don Patricio, se reemplazó, además, en el inciso primero del ya citado artículo 225 del Código Civil, la expresión "de uno o más hijos" por "de los hijos".

Se señaló que esta enmienda evitará cualquier interpretación que favorezca la separación de los hermanos.

Teniendo en consideración los acuerdos ya adoptados, **la indicación número 8 fue desechada por 2 votos a favor y 3 en contra. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio. En contra lo hicieron los Honorables Senadores señores Larraín, don Hernán (Presidente), Kuschel y Prokurica.**

Como se señalará más adelante, como consecuencia de los acuerdos que se adoptaron a propósito del artículo 229 del Código Civil y de la indicación número 10, se reemplazó en este artículo 225 del mismo Cádigo la expresión "relación directa, regular y personal" por "relación directa y regular".

° ° °

Enseguida, se analizó **la indicación número 9, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio,**

que introduce modificaciones al artículo 227 del Código Civil, precepto que no fue objeto de enmiendas en el primer trámite constitucional.

El tenor de la citada disposición es el siguiente:

“Art. 227. En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes.

Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225.”.

La señalada indicación número 9, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, le introduce las siguientes modificaciones:

“a) Intercálase en el inciso segundo, a continuación de la expresión “que se dicten”, la frase “acerca de la atribución del cuidado personal”.

b) Agrégase el siguiente inciso tercero:

“El juez podrá apremiar, en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado 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 retuviese especies del hijo o hija y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez.”.”.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, puso en discusión la letra b) de la indicación transcrita.

El Honorable Senador señor Prokurica la consideró innecesaria porque lo que ella dispone ya se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento legal.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer, señora Barros, informó que, en efecto, esta disposición ya está consagrada en la Ley de Menores.

La Profesora señora Salinas agregó que, en la práctica, en esta materia no se suscitan errores de interpretación ni ha habido aplicaciones jurisprudenciales que puedan ser contradictorias.

En cuanto a la letra a) de esta indicación, **la asesora legislativa del Servicio Nacional de la Mujer, señora Ortega,**

expresó que las resoluciones que quedan afectas a esta regla son las que se dictan por cuidado personal y no las que conciernen a medidas de protección.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer, señora Barros, hizo presente que como el inciso primero del artículo 227 se refiere a todas las materias comprendidas en los artículos precedentes, si el inciso segundo se acota a la atribución del cuidado personal, quedaría fuera, por ejemplo, la subinscripción de la emancipación judicial.

La Magistrada señora Negroni instó a no circunscribir el alcance de la norma en estudio ya que ello podría limitar también al juez.

La Profesora señora Lathrop señaló que la letra b) de la indicación refleja una norma que ya está en la Ley de Menores. Informó que la idea inicial de la misma era dotar de cierta armonía al estatuto de las relaciones filiales, lo que, sin embargo, sería innecesario por lo ya expresado.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, preguntó si no habría problemas en agregar el precepto propuesto, a pesar de que éste ya se encuentra contemplado en otro cuerpo legal.

La Magistrada señora Negroni indicó que muchos jueces no apremian a una persona que no cumple con el régimen de la relación directa y regular en la misma forma que lo hacen cuando se trata de una causa de alimentos. Adujo que la disposición propuesta, si bien ya está en la Ley de Menores, permitirá reforzar la atribución del juez en materia de apremios. Agregó que ello sería una buena señal en orden a avanzar en la uniformación de criterios. Recordó, además, que la Ley de Menores será derogada y que por tratarse en este caso de derechos fundamentales de las personas, no habría problema en repetir el referido precepto, justamente en apoyo de la necesidad de lograr una mayor coherencia y armonía.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, manifestó su acuerdo en incorporar la norma señalada, en atención a que existe un proyecto de ley destinado a derogar la Ley de Menores.

La señora Ortega planteó que podría considerarse la posibilidad de derogar la Ley de Menores en el contexto de la discusión de esta iniciativa, idea de la cual **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** discrepó.

La Profesora señora Lathrop hizo presente que en un examen efectuado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, se instó al Estado de Chile a derogar la Ley de Menores. Sostuvo que valdría la pena hacer el esfuerzo de armonizar nuestro ordenamiento civil en esta oportunidad, ya que la Ley de Menores está totalmente desmembrada y todo su articulado puede trasplantarse a los cuerpos normativos pertinentes. Ofreció su colaboración para el estudio de esta propuesta.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, manifestó que lo anterior significaría alejarse de las ideas matrices del proyecto.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, propuso aprobar la letra b) de la indicación y abrir la posibilidad de escuchar una propuesta de la Profesora señora Lathrop tendiente a derogar la ley N° 16.618.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, apoyó esa idea y así lo planteó a las representantes del Ejecutivo, quienes hicieron presente que el Ministerio de Desarrollo Social ya tiene una iniciativa sobre este particular.

Puesta en votación la indicación número 9, su letra a) fue rechazada por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Prokurica, Larraín, don Hernán (Presidente) y Walker, don Patricio. Por su parte, la letra b) fue aprobada con modificaciones por la unanimidad de los mismos señores Senadores.

° ° °

Número 2

El texto aprobado en general por el Senado es del siguiente tenor:

“2.- Derógase el artículo 228.”.

El artículo 228 del Código Civil dispone lo que sigue:

“Art. 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.”.

Este número 2 no fue objeto de indicaciones.

Tampoco hubo observaciones a su respecto por parte de la Comisión.

Número 3

Este numeral se refiere al artículo 229 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

“Art. 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.

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

El número 3 del proyecto de ley aprobado en general por el Senado lo sustituye 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.”.

A esta disposición se presentaron cuatro indicaciones, numeradas como 10 a 13.

La indicación número 10, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, le introduce las siguientes modificaciones:

“a) Reemplazar en los incisos primero y segundo la frase “relación directa, regular y personal” por la siguiente: “relación directa y regular”.

b) Eliminar en el inciso segundo, luego del término “contacto”, la voz “personal”.

c) Suprimir la segunda oración del inciso segundo, que dice: “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.”.

d) Sustituir el inciso tercero por los siguientes:

“Para la determinación de este régimen, las partes, o el juez en su caso, fomentarán una relación paterno filial sana y cercana, velando por el interés superior del hijo o hija, su derecho a ser oído, el respeto por su autonomía progresiva, y considerando especialmente:

a) La edad del hijo o hija;

b) La vinculación afectiva entre el hijo o hija y sus padres, parientes cercanos y personas con las que tenga relación de confianza;

c) El régimen de cuidado personal del hijo o hija determinado;

d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo o hija.

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo o hija, o que resida habitualmente con él o durante el período de alternancia establecido, facilitará el régimen de relación directa y regular que

se establezca a favor del otro padre o madre, conforme a lo preceptuado en este artículo.”.

e) Reemplazar el inciso cuarto por el que sigue:

“El juez podrá suspender, restringir o modificar este derecho y deber, al padre o madre que no tuviere a su cargo el cuidado del hijo o hija, cuando manifiestamente perjudique su bienestar, o incurriere en alguna de las conductas previstas en el inciso final del artículo 225 o instigare a terceros a hacerlo.”.

Luego, **las indicaciones números 11, del Honorable Senador señor García-Huidobro, y 12, del Honorable Senador señor Uriarte**, efectúan las siguientes modificaciones al artículo 229 propuesto:

“a) Sustituir, en el inciso primero, la locución “directa, regular y personal” por “directa, regular y, en la medida posible, personal”.

b) Suprimir el inciso tercero.”.

Estas indicaciones fueron retiradas por sus autores.

En último término, **la indicación número 13, del Honorable Senador señor Navarro**, reemplaza el inciso final del artículo 229 por los siguientes:

“El juez podrá suspender, restringir o modificar el derecho y deber establecido en este artículo al padre o madre que no tuviere a su cargo el cuidado de los hijos y que incurriere en alguna de las conductas previstas en el artículo 225 o instigare a terceros a hacerlo.

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 aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente. De igual manera, constituirán motivo para la atribución anterior los mencionados en el inciso séptimo del artículo 225 del Código Civil.”.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, hizo presente que como las indicaciones números 11 y 12 habían sido retiradas por sus autores, correspondía discutir solamente las números 10 y 13.

El Honorable Senador señor Prokurica señaló que apreciaba las buenas intenciones de los señores Senadores que presentaron dichas indicaciones, sin perjuicio de considerar que ellas podrían perjudicar a aquellos padres o madres que por trabajar lejos del lugar donde viven sus hijos, no estarán en condiciones de cumplir con los requisitos que éstas exigen.

La Profesora señora Lathrop advirtió que la indicación número 10 relaja los requisitos que establece el texto aprobado en general por el Senado. Este último, dijo, agrega la palabra “personal” a la expresión “relación directa y regular”. Agregó que lo que hace la indicación es eliminar dicho término, con la finalidad de adaptar la ley a la realidad actual, en que existen medios tecnológicos que facilitan la mantención de relaciones entre los individuos, sin que éstas sean necesariamente personales.

Agregó que la indicación también elimina el concepto de “padre no custodio”, que no existe en nuestra legislación. Señaló que más bien debería hablarse de “padre o madre que ejerce el cuidado personal”.

En cuanto a los elementos que la indicación plantea como criterios judiciales, explicó que ellos se apegan al espíritu del texto aprobado en general por el Senado.

Respecto a la inclusión del término “personal”, **la señora Barros** expresó que durante la discusión del presente proyecto se ha hablado de la conveniencia de concordar las normas del Código Civil con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 9° incluye dicho concepto.

Por otra parte, estuvo de acuerdo en reemplazar la expresión “padre no custodio”.

Discrepó, en cambio, de la supresión de la oración planteada por la indicación número 10 en su letra c), porque aquel texto, que fue aprobado en general por el Senado, contempla un criterio que constituye un buen estándar para los jueces que hoy tienen la tendencia a otorgar sólo un fin de semana por medio a los padres que demandan una relación directa y regular con sus hijos.

En relación a los criterios señalados por la indicación para la determinación de la citada relación directa y regular, recordó que ellos se plantean en una norma posterior del proyecto, como un nuevo artículo 41 de la Ley de Menores.

La Magistrada señora Negroni sostuvo que es deseable cumplir con lo que se prescribe en la Convención de los Derechos del Niño, entendiendo, sin embargo, que ella es del año 1989. Opinó que aun cuando es necesario adaptarse a dicho instrumento internacional, es posible mejorar los términos que se utilicen en la normativa en estudio, precisamente debido a la realidad que hoy se vive.

En este sentido, agregó que incluir el término "personal" podría significar, según el juicio de muchos magistrados, una restricción a la relación directa y regular.

Por otra parte, indicó que los criterios que se proponen son determinantes tanto al momento de fijar una relación directa y regular como el régimen de cuidado personal y se mostró a favor de la inclusión de los mismos, por cuanto representan una información que hace falta para que el juez sepa en qué centrar el interés superior del niño y su autonomía progresiva.

Sugirió mencionar también este último concepto de autonomía progresiva en la norma que se redacte.

La Profesora señora Lathrop expresó que en los años 90 los medios electrónicos no estaban masificados y que la realidad actual es diferente, razón por la cual es pertinente interpretar la ya mencionada Convención de un modo más evolutivo.

Señaló que la indicación número 10 propone suprimir la segunda oración del inciso segundo del artículo 229 del texto aprobado en general por el Senado, porque luego se plantean otros criterios orientativos.

No estuvo de acuerdo en incluir dichos criterios orientadores ni en la Ley de Tribunales de Familia ni en la de Menores, ya que se trata de normas sustantivas, que deben formar parte del Código Civil.

La señora Barros estimó que estas disposiciones bien pueden estar en la Ley de Tribunales de Familia, cuyo artículo 16 justamente regula el interés superior del niño.

La Profesora señora Salinas sostuvo que tanto el texto aprobado en general como las indicaciones presentadas vienen a complementar y a mejorar la norma actual.

En cuanto a los términos que dicho precepto debería utilizar, se manifestó contraria a agregar el término "personal" a la relación directa y regular. Agregó que el sentido de la expresión "relación

directa y regular” es bien comprendido en el sentido de que no se restringe a un mero régimen de visitas.

En cuanto a los criterios orientadores que se pretende incorporar a la legislación, no estuvo de acuerdo en incluir la “autonomía progresiva”, ya que no existe pleno acuerdo a su respecto, pues es un concepto que debe clarificarse desde el ámbito de la psicología.

Respecto a la letra d) de la indicación en discusión, sostuvo que aun cuando el hecho de consagrar una obligación del padre o madre que ejerce el cuidado personal en orden a facilitar la relación directa y regular del hijo con el otro padre constituía algo deseable, no era partidaria de hacerlo. Opinó que ello podría suponer un problema desde el punto de vista probatorio, además de prestarse para frecuentes judicializaciones.

La Magistrada señora Negroni opinó que los criterios orientadores en estudio deberían estar en el Código Civil, porque son normas sustantivas que tienen un sentido educativo tanto para los padres como para los jueces. En cuanto a la autonomía progresiva, consideró que es un concepto absolutamente relevante porque no es posible aplicar una misma norma a un menor de 5 años y a otro de entre 10 y 13 años. Agregó que si la ley no incluye dicho criterio, parecerá que no existirá como criterio orientador. Señaló que aun cuando los fallos que lo mencionan son escasos, es importante que este elemento inspire las relaciones interpersonales, además de los fallos judiciales.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, expresó que la indicación en análisis no es restrictiva. Consideró de interés incorporar el término “autonomía progresiva” y contemplarlo como norma sustantiva en el Código Civil. Ello, añadió, en nada perjudicará el debate de fondo que se está llevando a cabo y contribuirá a satisfacer los requerimientos de la institucionalidad internacional sobre derechos del niño.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, manifestó que el debate está dando cuenta de la existencia de ciertos temas que deben ser despejados, los cuales pasó a puntualizar.

Expresó que el primero de ellos consiste en determinar si se incorporará o no en el artículo 229 del Código Civil, el adjetivo “personal” en relación a la relación directa y regular.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, optó por eliminar dicho término en los incisos primero y segundo. Se pronunciaron en este sentido los Honorables

Senadores señores Kuschel, Larraín, don Hernán (Presidente), Prokurica y Walker, don Patricio.

Luego, por la misma unanimidad, se acordó reemplazar, en el inciso segundo, la expresión “padre no custodio” por “el padre que no ejerza el cuidado personal”.

En consecuencia, con dicha votación se aprobaron las letras a) y b) de la indicación número 10, con enmiendas.

Los puntos siguientes fueron la idea de incluir en esta norma los criterios que determinarán el régimen de relación directa, definiendo si se incorporará dentro de los mismos la “autonomía progresiva”.

Refiriéndose a este concepto, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** indicó que cuando se discute la incorporación de una noción determinada que en la respectiva ciencia o disciplina no está completamente definida, la solución puede consistir en describirla en el texto legal que se dicte.

Por otra parte, recordó a la Comisión que si se establecen criterios orientadores, se debe determinar previamente si éstos van a incorporarse al artículo 229 del Código Civil o a otro cuerpo legal diferente.

En relación al concepto de “autonomía progresiva”, **la asesora legislativa del Servicio Nacional de la Mujer, señora Ortega,** advirtió que éste se incluía en la segunda oración del inciso segundo del texto aprobado en general por el Senado para el artículo 229 del Código Civil, cuya supresión se propone en la indicación número 10.

Enseguida, discrepó de la idea de sustituir el inciso tercero del ya citado artículo 229 del texto aprobado en general por el Senado por los criterios que se proponen en la indicación, por cuanto estaría excluyéndose el principio de corresponsabilidad.

La Magistrada señora Negroni clarificó que la decisión es determinar dónde se incorporarán los criterios propuestos en la indicación. Luego, se mostró partidaria de incluir entre aquellos el concepto de “autonomía progresiva”.

La Profesora señora Lathrop sostuvo que también puede utilizarse la expresión empleada por la Convención de los Derechos del Niño, que es “evolución de sus facultades”. Hizo presente que este debate se está complejizando sin necesidad, ya que la idea de la indicación es ordenar los criterios orientadores del juez en el artículo 229 del Código Civil.

La Profesora señora Salinas indicó que no debería perderse la definición de relación directa y regular que propone el inciso segundo del artículo 229 del texto aprobado en general por el Senado.

La Magistrada señora Negroni señaló que en el inciso segundo se estaría conservando la definición del concepto recién aludido, ya que lo que se propone es eliminar la palabra “personal”. Lo que faltaría definir, agregó, es en qué norma se incorporarán los criterios que determinarán la relación directa y regular.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer, señora Barros, estuvo de acuerdo con la inclusión de los referidos criterios, pero consideró más apropiado establecerlos en una norma separada y de tipo general, de manera que el juez funde en ella el interés superior del niño ante las distintas situaciones que puedan presentarse, trátese de cuidado personal, medidas especiales u otras. Prefirió, en todo caso, ubicar dicha norma en la ley que crea los Tribunales de Familia.

La Profesora señora Lathrop señaló que la tendencia generalizada en el derecho comparado es concretar separadamente el interés superior en relación a cada una de las instituciones que pueden operar en este ámbito, porque ese concepto se materializa justamente a propósito de cada una de ellas. En ese sentido, apoyó el texto del proyecto aprobado en general.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, sostuvo que del debate se desprende que el rol del juez debe ser orientado a través de criterios que pueden incorporarse al artículo 229 del Código Civil. Sugirió dividir el inciso segundo de dicho precepto en su texto aprobado en general por el Senado, de manera que la primera parte defina la relación directa y regular, en tanto que la segunda establezca ciertos criterios.

Hizo notar que en esta discusión no se advierten controversias ni discrepancias de fondo, sino que solamente diferentes matices de técnica legislativa en torno al propósito de dotar al juez de criterios que reflejen el interés superior del niño.

Sugirió, enseguida, incorporar los referidos criterios en una sola redacción.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, instó a no complicarse en exceso con los términos a utilizar, sino más bien dedicarse a plasmar en esta disposición los principios y criterios que se estimen pertinentes.

Sostuvo que no excluiría el interés superior del hijo ni tampoco el derecho de éste a ser oído y sugirió reemplazar el término “autonomía progresiva” por “evolución de facultades”.

La Magistrada señora Negroni recomendó que la redacción que se acuerde no circunscriba la vinculación afectiva del hijo solamente a los padres, pues no debe perderse de vista que éste también desarrolla una relación directa y regular con la familia extensa.

Advirtió que muchas veces la relación directa y regular queda restringida solamente al padre, excluyendo a otros parientes que tienen un lazo afectivo profundo con el menor. Llamó la atención sobre este punto, agregando que el artículo 71 de la ley que crea los Tribunales de Familia establece que en caso de que el niño haya sufrido maltrato de parte de sus figuras parentales más cercanas, será entregado a quien haya desarrollado una relación de confianza en éste.

La señora Ortega manifestó que es pertinente tomar los cuidados del caso con la redacción de estas normas y determinar si la intención del Legislador es establecer en esta oportunidad una relación directa y regular con los abuelos, lo que también podría ser objeto de otra iniciativa.

Igualmente, opinó que es conveniente tener cuidado con la expresión “relación de confianza”, por cuanto ella es muy amplia.

La Profesora señora Lathrop coincidió en que se aprecia que en esta discusión no hay diferencias de fondo y que bien podría trabajarse en una redacción única que armonice las diferentes propuestas. La única duda que subsiste, precisó, consiste en definir qué se hará con los criterios que se están proponiendo en el artículo 40 de la Ley de Menores que se aprobó en general por el Senado.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, expresó que una vez que se discuta el artículo 40, este punto se resolverá. Sin embargo, señaló que podría consensuarse una redacción que también recoja los criterios indicados por dicho precepto.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, estuvo de acuerdo en la elaboración de una nueva propuesta, entendiendo que en esta discusión existen pocas diferencias de fondo.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, señaló que tanto el texto aprobado en

general como la indicación número 10, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, plantean elementos a considerar al momento de determinar los criterios que guiarán la fijación del régimen de relación directa y regular. Hizo notar que la mencionada indicación enuncia, en primer lugar, el criterio general y luego agrega consideraciones adicionales.

La metodología a seguir, dijo, debería consistir en elaborar una propuesta que fije las características generales de la relación directa y regular y, enseguida, establezca los criterios especiales. Adicionalmente, podrían zanjarse las eventuales duplicidades que puedan surgir con los artículos 40 o 41 que se han propuesto a la Ley de Menores en el texto aprobado en general por el Senado. Añadió que si hay dudas respecto a los conceptos que se utilicen, éstos pueden ser descritos, con lo cual se proporcionará mayor claridad a los jueces.

En la sesión siguiente, atendiendo a la petición formulada por la Comisión, las especialistas del Servicio Nacional de la Mujer, en conjunto con la Magistrada señora Negroni y algunas de las Profesoras de Derecho Civil que han colaborado en este debate, propusieron la siguiente redacción para el artículo 229 del Código Civil:

“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 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 y regular, aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, las partes, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior del hijo, su derecho a ser oído, la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

a) La edad;

b) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres (en este punto, plantearon dos alternativas, consistentes en incluir la relación que el hijo tiene con parientes cercanos y personas con las que tenga una relación de confianza, o bien dejar solamente la vinculación padre-hijo);

c) El régimen de cuidado personal del hijo o hija determinado;

d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo o hija.

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.

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, estableciendo las condiciones que fomenten una relación 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.”.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, ofreció la palabra en relación a la disposición propuesta.

La Jefa del Departamento de Reformas Legales del SERNAM, señora Barros, explicó que la redacción transcrita reúne en una norma que formaría parte del Código Civil tanto los criterios que se proponía incluir en el artículo 229 de dicho Código como en el texto que se sugería como artículo 40 de la Ley de Menores, referidos a los aspectos que deben considerarse cuando se trata de fundar una decisión en el interés superior del hijo.

Señaló que el grupo de trabajo formado para analizar este punto había alcanzado consenso prácticamente en cuanto a la totalidad de la norma propuesta, surgiendo, sin embargo, dos alternativas en cuanto a la letra b). Explicó que la primera es mencionar en este literal únicamente la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, en tanto que la segunda consiste en incluir también la relación del hijo con parientes cercanos y personas con las cuales tenga una vinculación de confianza.

En cuanto a aspectos de redacción, **la Profesora señora Lathrop** sugirió eliminar, en el inciso segundo, la palabra “personal”, la vez que figura a continuación del vocablo “contacto”, por cuanto podría provocar dificultades en su aplicación práctica. Asimismo, propuso reemplazar la expresión “vínculo paterno” por “vínculo parental o familiar”, en

atención a que el proyecto se inspira en la idea de potenciar la participación de ambos padres en el proceso de formación del hijo.

Además, a propósito de la letra b), señaló que la tendencia actual del Derecho se orienta a ampliar los titulares de la relación directa y regular. Señaló que la iniciativa requeriría de mayores perfeccionamientos en este aspecto y de una reflexión más profunda en lo concerniente a los abuelos, tomando en especial consideración lo prescrito por el inciso final del artículo 48 de la Ley de Menores.

A su vez, **la Profesora señora Salinas** sugirió especificar, en la letra a), que ésta se refiere a la edad del hijo. Recomendó, además, aludir en la letra c) al "régimen de cuidado determinado o acordado". En cuanto a la letra b), instó a ampliarla a personas que no son parientes y que tienen una relación de confianza con el hijo, aunque también opinó que este factor podría formar parte de la letra d). Agregó que, en la práctica, cuando la relación del niño con sus abuelos es importante, así se reconoce en las decisiones que se adoptan.

El Profesor señor Tapia observó que el Código Civil contempla reglas de conducta que, por ser tales, deben ser claras para toda la ciudadanía y no sólo para los expertos. En este sentido, le llamó la atención que el inciso primero que se analiza comience planteando un postulado negativo. Recomendó poner este supuesto en un lenguaje positivo. Igualmente, reparó en la utilización de los géneros masculino y femenino a lo largo de esta norma, lo que puede dar lugar a dificultades. Desde esta perspectiva, dijo, podría estimarse que el inciso segundo es discriminatorio en contra del padre, porque estaría presuponiendo que siempre es el padre el que queda privado del cuidado personal del hijo. Instó a uniformar los términos utilizados y a usar un lenguaje más preciso y de mayor rigor.

La señora Barros coincidió con las apreciaciones de la Profesora señora Lathrop en relación a los abuelos, reconociendo que la Ley de Menores contempla la posibilidad de fijar un régimen de visitas para éstos. No obstante, hizo presente que el artículo 225 del Código Civil se refiere a la relación del hijo con los padres.

En cuanto a la utilización del género masculino y femenino en la redacción propuesta, hizo presente que el artículo 25 del mismo Código zanja cualquier duda al disponer que las palabras que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderá que comprenden a ambos sexos.

La Honorable Senadora señora Alvear prefirió que el inciso primero de esta disposición se redacte en términos positivos, por cuanto ello favorecerá la claridad de su tenor. Agregó que el inciso

segundo debería aludir al “vínculo filial” en lugar del “vínculo paterno” y que sería conveniente utilizar la expresión “padre o madre” en todo el precepto.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, coincidió con los planteamientos de la Honorable Senadora señora Alvear y agregó que también debería emplearse la expresión “hijo o hija” en lugar de “hijo”.

El Honorable Senador señor Espina apoyó el uso de un lenguaje positivo en el encabezado de esta norma y también la utilización de la expresión “padre o madre”, en lugar de “padre”. Asimismo, consideró justo contemplar una relación directa y personal del hijo con los abuelos, aun cuando no le pareció del todo pertinente consagrarla en la disposición en estudio.

El Profesor señor Tapia destacó la importancia del rol de los abuelos en relación a sus nietos, apoyando la posibilidad de contemplarlo dentro de la norma que se pretende incorporar al Código Civil.

Sugirió, además, reemplazar, en el inciso tercero, la expresión “las partes” por “los padres”.

La asesora legislativa del SERNAM, señora Ortega, instó a contemplar la relación del hijo con sus abuelos en una disposición del Código Civil distinta de la que se estudia, por cuanto esta última se refiere fundamentalmente a los padres.

El Honorable Senador señor Espina propuso consagrar en la norma en estudio la relación afectiva que existe entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y también la relación que tenga con los parientes cercanos de éste o ésta.

El Profesor señor Tapia hizo notar que la norma en análisis regula la relación directa y regular entre el hijo y el padre o madre que no tiene el cuidado personal.

La Profesora señora Lathrop señaló que le inquietaba el tema de la relación directa y personal en caso de fijarse un sistema de cuidado personal compartido. Se preguntó si en tal caso existiría también la relación directa y regular de los padres con el hijo. Informó que en otros países se ha advertido la necesidad de regular este aspecto.

Recapitulando el debate, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** recabó el acuerdo de la Comisión para acoger la redacción propuesta para el artículo 225 del Código Civil, con las siguientes enmiendas:

-- En el inciso segundo, reemplazar la expresión “vínculo paterno filial” por “vínculo familiar”, y eliminar la palabra “personal”, que va después del término “contacto”;

-- En el encabezado del inciso tercero, sustituir la expresión “las partes” por “los padres”;

-- En la letra a) del inciso tercero, agregar la expresión “del hijo”;

-- Reemplazar el literal b) del inciso tercero por el que sigue:

“b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos;”.

-- Reemplazar la letra c) del inciso tercero por la que sigue:

“c) El régimen de cuidado personal del hijo determinado o acordado, y”, y

-- Ubicar el inciso cuarto como inciso quinto y viceversa.

Todas estas modificaciones contaron con el voto favorable de la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Hernán (Presidente), y Walker, don Patricio.

En consecuencia, con esa misma votación se aprobó con enmiendas la indicación número 10, con lo cual se acogió el texto recién acordado y también la supresión del artículo 40 que se proponía incorporar a la Ley de Menores.

Las indicaciones números 11 y 12 fueron retiradas por sus autores y la indicación número 13 fue desechada por 3 votos en contra y ninguno a favor. Se pronunciaron en este sentido los Honorables Senadores señores Kuschel, Larraín, don Hernán (Presidente), y Walker, don Patricio.

° ° °

Enseguida, en atención a la conveniencia de contemplar una regla referida a la relación del hijo con sus ascendientes y,

particularmente, con sus abuelos, **el Profesor señor Tapia** sugirió incorporar el siguiente artículo 229-2, nuevo, al Código Civil:

"Artículo 229-2. El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con todos sus ascendientes. Si su interés superior así lo exige, el juez fijará la modalidad de esta relación.".

Puso de manifiesto la conveniencia de consagrar esta regla, la cual, agregó, es consistente con los demás preceptos y principios que se han aprobado en el curso del debate de este proyecto.

Destacó, de manera especial, el rol que cumplen los abuelos en el desarrollo del niño, haciendo presente que también les asiste el derecho a sostener una relación directa y regular con este último.

Informó que su proposición se fundamenta en el Derecho francés y que se extiende a la totalidad de los ascendientes, pues en esta materia no es conveniente establecer restricciones. Señaló que, en virtud de la fórmula propuesta, de no producirse consenso, será el juez quien fije los términos en que se desarrollará esta relación.

La Honorable Senadora señora Alvear valoró la relación que frecuentemente existe entre los niños y sus abuelos, destacando la relevancia de la misma en el cuidado y formación de aquéllos. Por lo anterior, apoyó la proposición en estudio.

La Magistrada señora Negroni respaldó esta idea, destacando que ella refleja no solamente la importancia de que el niño mantenga una relación con sus ascendientes, sino también una preocupación por los adultos mayores y por los derechos fundamentales que les asisten, entre los cuales se cuenta el que aquí se plantea.

Observó, sin embargo, que como uno de los propósitos buscados por esta iniciativa es tender a la desjudicialización, resultaría más conveniente orientar derechamente la propuesta a los abuelos y eliminar la expresión "todos".

La señora Barros sugirió acotar la redacción de este nuevo precepto a los abuelos, de manera de proporcionar mayor claridad a la ley.

Finalizado el análisis, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** recabó el acuerdo de la misma acerca de la idea de incorporar esta nueva norma al proyecto, produciéndose consenso unánime en torno a ella.

Enseguida, se discutieron los términos en que esta disposición se consagraría, resolviéndose suprimir la palabra “todos” y modificar la estructura de las oraciones que la componen.

Igualmente, acogiendo una sugerencia del Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, se optó por utilizar la expresión “interés del hijo” en lugar de “interés superior del hijo”.

De este modo, el nuevo artículo 229-2 quedó comprendido en un numeral 7, nuevo, del artículo 1° del proyecto.

Este acuerdo se adoptó en mérito de lo dispuesto por el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado y contó con el voto favorable de la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán (Presidente), y Walker, don Patricio.

° ° °

Número 4

Este numeral dice relación con el artículo 244 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

“Art. 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.

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.”.

El número 4 del proyecto de ley es del siguiente tenor:

“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.”.

Este artículo fue objeto de tres indicaciones.

Las indicaciones número 14, del Honorable Senador señor García-Huidobro, y 15, del Honorable Senador señor Uriarte, lo sustituyen por el siguiente:

“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 de consuno 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 de consuno, los padres deberán actuar conjuntamente o uno con mandato otorgado por el otro. En caso de que los padres no logren alcanzar un acuerdo respecto a un asunto determinado, el asunto será sometido a la decisión de un mediador elegido de común acuerdo o por resolución judicial.”.”.

Estas indicaciones fueron retiradas por sus autores.

La indicación número 16, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, consulta en este número 4 un literal nuevo, del tenor siguiente:

"…) Intercálase en el inciso primero, a continuación de la expresión "su otorgamiento", lo siguiente, antecedido de una coma (,): "siendo oponible a terceros desde la mencionada subinscripción. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.".

Antes de considerar la indicación número 16, **la Comisión** analizó el texto vigente del artículo 244 del Código Civil y las modificaciones aprobadas en general por el Senado.

La profesora señora Lathrop manifestó que el tema tratado por el referido artículo 244 del Código Civil es delicado, pues la institución de la patria potestad comprende la representación legal del hijo y la administración de sus bienes. Señaló que en el texto aprobado en general por el Senado, la patria potestad se modifica completamente. En efecto, por una parte se excluiría la administración de los bienes del hijo y por otra, se plantea un texto que resultaría contradictorio con la figura de la representación legal. En la actualidad, añadió, cuando el padre o la madre representan al hijo es para imponerle obligaciones, a diferencia de lo que dispone el referido texto, que, al definir la institución, excluiría la imposición de obligaciones.

La señora Barros señaló que la idea de otorgar la patria potestad a ambos padres cuando viven juntos es salvar una serie de problemas prácticos que a menudo se producen, frente a los cuales la madre por sí sola nada puede hacer. Explicó que la solución es que ambos padres puedan actuar indistintamente, siempre y cuando no perjudiquen ni comprometan patrimonialmente al hijo.

El Honorable Senador señor Prokurica expresó que cuando se trata de la representación legal, el hecho de entregarla a ambos padres puede agravar la situación actual. Opinó que si la idea era solucionar los casos determinados que corrientemente dan lugar a problemas, como es el manejo de cuentas de ahorro del hijo o la representación del mismo ante el colegio, la amplitud del texto aprobado en general por el Senado puede ser inconveniente y perjudicial para el menor.

La Profesora señora Lathrop indicó que la tendencia de promover la corresponsabilidad de los padres consiste en otorgarles a ambos la titularidad del cuidado personal y la patria potestad.

Propuso redactar un inciso que establezca que, a falta de acuerdo, se entiende que a ambos padres toca el ejercicio de los

derechos y deberes de la administración y representación legal de los hijos en común y que, a falta de ley en sentido contrario, el uno actúa con el conocimiento y consentimiento del otro. La ley en contrario estaría constituida por aquellas normas que existen y que exigen una salvaguarda mayor respecto a terceros, como, por ejemplo, los gastos relacionados con los bienes raíces.

El Honorable Senador señor Prokurica añadió que la restricción no debe estar referida solamente a los bienes raíces. Sugirió incorporar una enumeración o semblanza de las situaciones que ofrecen problemas, pero no conceder la patria potestad a ambos padres.

La señora Barros recalcó que la idea de la norma en estudio es que ambos padres siempre actúen de manera conjunta, agregando que uno de los incisos que se introduce incorpora una excepción. Dicha excepción permite que en aquellas situaciones en que no se compromete el patrimonio del hijo, los padres podrán actuar separadamente.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, señaló que si esos son los objetivos perseguidos, la redacción propuesta no resulta lo suficientemente clara.

La Magistrada señora Negroni hizo presente que los casos antes mencionados están salvaguardados por la legislación, pues en la mayoría de los actos en que se comprometen los intereses patrimoniales del niño, debe pedirse autorización judicial.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, solicitó formular una nueva redacción para esta parte del precepto.

En la sesión siguiente, el grupo de trabajo formado para asesorar a la Comisión propuso la siguiente redacción para el nuevo inciso tercero del artículo 244 del Código Civil:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando no menoscaben los derechos del hijo o cuando cuenten con el consentimiento expreso del otro.”.

Al mismo tiempo, se tuvieron en consideración los planteamientos enviados por **la Profesora señora Lathrop** en un documento del siguiente tenor:

“Comentarios sobre patria potestad

1.- En primer lugar, cabe tener en cuenta que, actualmente, el artículo 244 del Código Civil permite el ejercicio de la patria

potestad conjunta, aunque no existen reglas de cómo se lleva a cabo en la práctica. Esto no ha dado problemas hasta hoy pues el pacto de ejercicio conjunto es prácticamente inexistente.

2.- Por otra parte, cabe considerar que, actualmente, el tercero que desea contratar con un menor adulto debe solicitar un certificado de nacimiento para saber con certeza quién o quiénes representan al menor adulto, es decir, quién o quiénes ejercen la patria potestad.

3.- Conforme al estado actual del proyecto –texto aprobado en general-, debe distinguirse:

a) Si los padres viven juntos: a falta de acuerdo o resolución judicial en contra, la patria potestad es conjunta (ya no la ejercería, por defecto, el padre varón como sucede actualmente), y

b) Si los padres están separados: ejerce o ejercen la patria potestad quien o quienes ejercen el cuidado personal conforme al artículo 225 del Código Civil propuesto.

4.- Para establecer reglas prácticas de funcionamiento de la patria potestad cuando ésta se ejerce de forma conjunta, creo que podría optarse por una de las dos alternativas existentes en el Derecho comparado (he consultado la ley argentina, española e italiana):

a) Si ambos padres ejercen la patria potestad, a la celebración de los actos jurídicos de representación y/o administración de los bienes del hijo, puede concurrir uno u otro de los padres (actuación indistinta) como regla general, y, de forma excepcional, ambos con su consentimiento expreso (actuación conjunta), en los casos que se requiere autorización judicial (que no son pocos y que podrían aumentarse, incluso, exigiendo que ambos concurran con consentimiento expreso para los bienes muebles sujetos a registración).

b) Si ambos padres ejercen la patria potestad, podría distinguirse:

b.1) Para los actos conservatorios, esto es, actos que no producen alteración del patrimonio, permitir actuación indistinta.

b.2) Para los actos no conservatorios, esto es, los que sí van a producir un cambio en el patrimonio del hijo, exigir la actuación conjunta, en cuyo caso ambos padres deben solicitar al juez la autorización para realizar actos en que actualmente la ley exige esta autorización judicial (que no son pocos y que podrían aumentarse, incluso, exigiendo que ambos

concurran con consentimiento expreso para los bienes muebles sujetos a registración, al igual que la letra a).

Yo me inclino por la segunda opción (letra b) porque diferencia entre actos de conservación y de no conservación, lo que genera mayor seguridad a los terceros contratantes.

En cualquiera de estos dos casos (letras a y b), si existe desacuerdo entre los padres o uno de ellos está ausente o impedido, prever la intervención judicial y, en segundo término, prohibir expresamente la posibilidad de que el padre y/o la madre autocontrate (n) con el hijo.

4.- Para el caso de la patria potestad que se ejerce de forma unilateral, en los casos en que se requiere autorización judicial debiera exigirse, igualmente, el consentimiento expreso del otro padre o madre, pudiendo recurrir al juez si hay ausencia, impedimento o negativa injustificada. Debe recordarse que, actualmente, la ley ni siquiera exige rendición de cuentas de parte del titular de la patria potestad, lo que constituye una grave omisión legal.

Creo que una vez adoptadas estas decisiones, es fácil adaptar la normativa actual.”.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, ofreció la palabra en relación a estas proposiciones. Informó que coincidía con las inquietudes planteadas por la Profesora señora Lathrop, pues atienden a situaciones que es conveniente distinguir y regular adecuadamente.

La Magistrada señora Negroni consideró adecuada la propuesta de la Profesora señora Lathrop que distingue entre los actos conservatorios y los que no tienen ese carácter, señalando que ella permitirá desjudicializar un considerable número de situaciones.

Igualmente, **la Ministra señora Schmidt** la estimó una buena solución frente a las numerosas dificultades que actualmente se producen en este ámbito.

Enseguida, sobre la base de esas mismas ideas, **la señora Barros** presentó la siguiente redacción para el nuevo inciso tercero del artículo 244 del Código Civil:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.”.

Reiteró que esta fórmula permitirá evitar los continuos problemas que se presentan cuando la madre pretende realizar por sí sola actos muy simples, que no suponen obligaciones ni detrimento patrimonial para el hijo, que igualmente requieren de la participación del padre. Como ejemplo, planteó la apertura de una cuenta de ahorro o la obtención de pasaporte para el hijo. Destacó que naturalmente la situación es diferente tratándose de actos no conservatorios.

Agregó que en términos generales, el ejercicio conjunto de la patria potestad favorece la corresponsabilidad pero que tratándose de actos conservatorios, puede representar una traba. En estas situaciones, dijo, debería poder actuar cualquiera de los padres por sí solo.

El Profesor señor Tapia indicó que aun cuando comprendía los problemas planteados, consideraba que las fórmulas propuestas no los resolvían.

Finalizado el debate, **la Comisión** acogió el texto propuesto por la señora Barros como nuevo inciso tercero del artículo 244, reemplazando la expresión inicial “En el ejercicio de la patria potestad conjunta” por “Con todo”.

Enseguida, si bien en un principio hubo ánimo de acoger la propuesta contenida en la indicación número 16, se constató que ella ya está comprendida en el artículo 246 del Código Civil, resultando, por tanto, innecesaria.

En definitiva, **la indicación número 16 fue aprobada con enmiendas para los efectos de acoger el inciso tercero del artículo 244 del Código Civil en los términos ya expuestos y de sustituir, en el inciso segundo de la misma norma, la expresión “A falta de la suscripción del acuerdo” por “A falta de acuerdo”, además de otros ajustes formales.**

Estos acuerdos contaron con el voto favorable de la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Kuschel, Larraín, don Hernán (Presidente), y Walker, don Patricio.

Número 5

Este numeral se refiere al artículo 245 del Código Civil, cuyo tenor es el que sigue:

“Art. 245. Si los padres viven 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.”.

El número 5 del proyecto de ley en análisis dispone lo siguiente:

“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.”.”.

Este numeral fue objeto de **las indicaciones números 17, del Honorable Senador señor García-Huidobro, y 18, del Honorable Senador señor Uriarte**, para suprimirlo.

Estas indicaciones fueron retiradas por sus autores.

No hubo mayor análisis a propósito de este numeral. Por ello, las modificaciones aprobadas en general por el Senado quedaron en sus mismos términos, salvo algunos ajustes menores de redacción, que se introdujeron en virtud del inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado y contaron con el voto favorable unánime de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Kuschel, Larraín, don Hernán (Presidente), y Walker, don Patricio.

Artículo 2°

Número 1

El texto aprobado en general por el Senado dispone:

“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, de 2000, del Ministerio de Justicia:

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.”.

Cabe hacer presente que el artículo 40 de la ley N° 16.618 está derogado.

La indicación número 19 de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, propone suprimir el texto aprobado en primer trámite constitucional.

Las indicaciones números 20, del Honorable Senador señor García-Huidobro, y 21, del Honorable Senador señor Uriarte, suprimen, en el inciso primero del artículo 40 que se propone, la expresión “225, inciso tercero;”, y las letras b) y c).

Estas últimas dos indicaciones fueron retiradas por sus autores.

Igualmente, **la Honorable Senadora señora Alvear** manifestó su voluntad de retirar la indicación número 19.

La Comisión tomó conocimiento de una proposición del Ejecutivo tendiente a ubicar los criterios contemplados por esta disposición como incisos cuarto y siguientes del artículo 16 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, precepto que se refiere justamente al interés superior del niño, niña o adolescente y a su derecho a ser oído.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, señaló que lo que aquí se pretende es precisar claramente el concepto de interés superior del niño, a través de los criterios que ya se han mencionado en esta discusión.

La señora Barros expresó que tales criterios son conocidos y que han sido recogidos por la doctrina y la jurisprudencia.

La Magistrada señora Negroni manifestó que se trata de criterios orientadores. Estimó que en la letra d) del artículo 40 del texto aprobado en general por el Senado hay un error, porque no puede utilizarse el término “evaluación”, mas sí la palabra “opinión”. Criticó, además, que ella se centre en los 14 años del hijo, porque éste debe ser escuchado en todas sus etapas de vida, conforme a su edad y madurez.

La profesora señora Lathrop insistió en que el interés superior del hijo debe concretarse de acuerdo a cada una de las instituciones en que éste debe tomarse en consideración.

En la parte final del inciso primero del artículo 40 del texto aprobado en general por el Senado, propuso agregar la palabra “conjuntamente” a continuación de la frase “el juez deberá ponderar al menos”.

Por otra parte, compartió las observaciones de la Magistrada señora Negroni y de la Profesora señora Veloso en relación a la letra d) del texto antes mencionado.

La Magistrada señora Negroni indicó que estos criterios deben ser ampliados si se pretende imponerlos como pautas generales aplicables a todas las instituciones. Instó a incluirlos en el Código Civil y no en las leyes de Tribunales de Familia o de Menores.

La Profesora señora Lathrop advirtió que es riesgoso tratar de incorporar el interés superior del niño en todas las

instituciones, pues se trata de una categoría difusa, que evoluciona de manera vertiginosa.

Hizo notar que dicho concepto ya está consagrado en la Ley de Tribunales de Familia, de manera que propuso incorporarlo en el Código Civil.

La Magistrada señora Negroni manifestó que el concepto en estudio dice relación con los derechos que emanan de la naturaleza humana y con el principio *pro omine,* en virtud del cual los derechos de las personas deben protegerse antes que sus bienes. Por lo tanto, dijo, no es indiferente el cuerpo legal en que dicho principio se consagre. Recordó que el Derecho Laboral ya contempla la tutela de los derechos laborales. Sugirió circunscribir este criterio en las leyes respectivas, pues de lo contrario será demasiado amplio. Reiteró la pertinencia de incorporarlo en el artículo 225 del Código Civil.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, hizo presente que anteriormente se había solicitado a las especialistas del Servicio Nacional de la Mujer que, en conjunto con las demás profesionales que han colaborado con la Comisión, presentaran una nueva redacción para el artículo 229 del Código Civil, la cual podría acoger los criterios en estudio, abarcando también, de este modo, el contenido del artículo 40 que se ha propuesto incorporar a la Ley de Menores.

En la sesión siguiente, se presentó una nueva redacción para el artículo 229 del Código Civil, la que incluyó los criterios comprendidos en este artículo 40 de la Ley de Menores. De ello se dio cuenta en la parte relativa al mencionado artículo 229.

En consecuencia, el numeral 1 del artículo 2° del proyecto fue suprimido. Lo anterior, en virtud de la aprobación con enmiendas de la indicación número 10, según se ha indicado al tratar el artículo 229 del Código Civil.

Número 2

Este numeral introduce un artículo 41 a la ley N° 16.618. Al igual que en el caso anterior, el artículo 41 de la señalada ley está derogado. El texto es el que sigue:

“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.”.

A este numeral se presentaron las indicaciones 22 a 24.

La indicación número 22, de los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, reemplaza el artículo 41 que se propone, por el que sigue:

“Artículo 41.- Para los efectos del artículo 21 de la ley Nº 19.947 y de los artículos 106 y 111 de la ley Nº 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, a lo menos, los criterios establecidos en el artículo 225 del Código Civil.”.

Las indicaciones números 23, del Honorable Senador señor García-Huidobro, y 24, del Honorable Senador señor Uriarte, introducen las siguientes enmiendas al artículo 41 que se propone:

“a) Sustituir la letra b) por la que sigue:

“b) Aptitud de los padres para garantizar, de acuerdo a sus medios, el bienestar del hijo, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional;”.

b) Agregar en la letra g) el término “fundada” después de “circunstancia”.”.

Estas dos últimas indicaciones fueron retiradas por sus autores.

Como se señalara precedentemente, **la Comisión** analizó la conveniencia de recoger los criterios contenidos en la disposición en estudio en un precepto del Código Civil, para lo cual solicitó al grupo asesor una propuesta de redacción.

Éste sugirió incorporar al señalado Código, como artículo 225-2, nuevo, el siguiente:

“Artículo 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

a) Vinculación afectiva entre el hijo y 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 entorno 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 y regular;

d) Dedicación efectiva que ejercitaba cada uno de los padres para procurarle bienestar al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente desarrollaba para procurarle bienestar;

e) Opinión expresada por el hijo;

f) Resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar;

g) Acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;

h) Ubicación geográfica del domicilio de los padres;

(Dos alternativas: agregar o no los horarios y actividades de los hijos y los padres.)

i) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”.

La Magistrada señora Negroni explicó los distintos elementos contemplados por esta redacción, produciéndose acuerdo, en términos generales, en cuanto a acogerlos.

Se estimó necesario, sin embargo, introducirle los siguientes ajustes:

-- En la letra a), señalar que se trata del “entorno familiar” del hijo;

-- En la letra h), mencionar solamente el “Domicilio de los padres”;

-- No incluir los horarios y actividades de padres e hijos, y

-- En la letra i), eliminar la expresión “o circunstancia”.

No obstante lo anterior, a sugerencia de la Profesora señora Domínguez, el literal d) quedó pendiente.

En la sesión siguiente, **la Comisión** analizó un documento presentado por **las Profesoras señoras Domínguez y Salinas**, del siguiente tenor:

“I. Breves consideraciones

Se nos ha encargado referirnos acerca de la redacción del que sería el nuevo artículo 225 bis del Código Civil que establece criterios para establecer el régimen de cuidado de los hijos menores y el ejercicio de ese derecho por parte de los padres.

El aporte del nuevo precepto está intencionado en el sentido que señale de manera expresa los criterios y circunstancias que deben estar siempre considerados cuando el juez fije o los padres ejerzan el cuidado en alguna de las modalidades que la ley contempla.

Resulta una novedad para el Derecho chileno que se expliciten elementos que son sin duda, en materia de cuidado, parte de las consideraciones que se tienen en cuenta para describir y definir en los casos particulares el interés superior de los niños involucrados en una disputa de sus padres. De esta forma, discrecionalmente no será posible minusvalorar su importancia o dejarlos de lado en el análisis.

Los criterios que la norma introduce ya han sido reconocidos en otros Derechos de Familia, por lo que se ha podido comprobar su beneficio como herramienta que evite el perjuicio de los hijos, los que pueden resultar perjudicados en mayor medida cuando sus padres separados o divorciados no llegan a acuerdo, por lo que se requiere una intervención de los tribunales, siempre teniendo como centro de las decisiones judiciales el *favor filii*, pues respecto de los hijos, se les debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada.

II. Algunos aportes del derecho comparado en cuanto a criterios

a) Iowa, USA, Ley General

La ley de Iowa requiere que el tribunal, "en la medida en que sea razonable y en el mejor interés del niño", ordenará la concesión de custodia, incluyendo los derechos de visita, que aseguren al niño la oportunidad de continuar al máximo el contacto físico y emocional con ambos padres después de que se han separado y se disuelve el matrimonio, y que animará a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza del niño. Establece que el tribunal deberá decidir teniendo en cuenta variados criterios, todos centrados en las habilidades parentales de cada padre, como por ejemplo:

- Si cada padre sería un custodio adecuado para el niño.

- Si la necesidad psicológica y emocional y el desarrollo del niño va a sufrir debido a la falta de contacto activo y con atención de ambos padres.

- Si los padres pueden comunicarse entre sí sobre las necesidades del niño.

- Si ambos padres han participado activamente cuidados del niño antes y después de la separación.

- Si cada padre puede apoyar al otro en la relación con el niño.

- Si el acuerdo de custodia está conforme a los deseos del niño o si el niño tiene una fuerte oposición, teniendo en cuenta su edad y madurez.

- Si uno o ambos padres están de acuerdo o se oponen a la custodia compartida.

La proximidad geográfica de los padres.

b) California, USA, Family Code

Al formular una determinación del interés superior del niño en un procedimiento, el tribunal, entre otros factores que encuentre pertinente, debe tener en cuenta todas las características siguientes:

- La salud, la seguridad y el bienestar del niño.

- Cualquier antecedente de abuso por parte de uno de los padres o cualquier otra persona que pida custodia.

- La naturaleza y cantidad de contacto con ambos padres.

- El uso ilegal habitual o permanente de sustancias controladas o maltrato habitual o consumo de alcohol por parte de cualquiera de los padres.

En estas circunstancias, el tribunal se asegurará de que cualquier orden sobre la custodia o régimen de visitas sea específica en cuanto a tiempo, día, lugar y modo de desplazamiento del niño.

c) Canadá

Bajo la sección 16 de la Ley de Divorcio, se exige que el interés superior del niño se determine teniendo en cuenta las "condiciones, medios, necesidades y otras circunstancias del menor". Bajo la sección 24 de la Ley de Relaciones Familiares, el tribunal, al hacer una orden de custodia, debe dar "consideración primordial al interés superior del niño" y tomar en cuenta lo siguiente:

- La salud y el bienestar emocional del niño, incluidas las necesidades especiales para el cuidado y tratamiento.

- En su caso, las opiniones del niño.

- El amor, el afecto y lazos similares que existen entre el niño y otras personas.

- La educación y formación de los niños.

- La capacidad de cada persona para el ejercicio de un cuidado adecuado.

d) México

La intervención judicial puede ser tanto para ratificar o no el acuerdo de los padres como para solventar el asunto una vez agotada toda posibilidad de llegar a algún arreglo. En ambas situaciones, tendrá como elemento común la exigencia de consulta a organismos rectores del Bienestar Social antes de dictaminar. También se prevé que se tome en cuenta los siguientes factores:

- El sentimiento expresado por el niño, siempre que se cumplan las exigencias legales al respecto;

- La situación de disponibilidad de los padres;

- La interacción del niño con la familia extensa;

- La adaptación del mismo a ambos hogares, escuelas y comunidades, y

- La presencia de actitudes violentas o cualquier otro antecedente al respecto.

III. Propuesta de nueva redacción

Artículo 225 bis del Código Civil

En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, tanto el juez como los padres considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

a) La vinculación afectiva entre el hijo y cada uno de los padres y demás personas de su entorno, para procurar su estabilidad emocional;

b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar integral del hijo y sus posibilidades para procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad;

c) La dedicación efectiva que cada padre procuraba al hijo antes de la ruptura, y especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades;

d) La actitud de cada padre para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo, fomentando y facilitando las relaciones con el otro padre;

e) La opinión expresada por el hijo;

f) La ubicación geográfica de los domicilios de los padres y aquella en donde el hijo desarrolla su vida escolar y social, de modo de asegurar la continuidad de sus actividades y horarios con normalidad.

g) El riesgo o perjuicio que podría derivarse para el hijo en caso de modificar su situación actual.

h) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

IV. Criterios que se eliminan en la nueva redacción

1.- Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio; se entienden de utilidad para el establecimiento del régimen pero no así para su ejercicio. En todo caso comprendido en la letra d).

2.- El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar. Es norma adjetiva todo lo que dice relación con los elementos probatorios. No hay riesgo y es evidente que el juez no dejará de considerarlo aun si no se pone en esta enumeración.”.

La Profesora señora Domínguez proporcionó un conjunto de explicaciones acerca de la propuesta recién transcrita, destacando que el contenido del literal d) figura en la letra c). Indicó que la nueva redacción considera tanto la dedicación que se ofreció al hijo en el pasado, antes de la ruptura, como las condiciones futuras.

La Profesora señora Lathrop manifestó en que en aquellos sistemas en que no hay regla supletoria, se contempla el criterio que se ha planteado como orientación para el juez, de manera que se otorgue una cierta preferencia al padre o madre que ha estado dedicado efectivamente al cuidado del hijo. Opinó que existiendo una regla supletoria, este precepto no se justificaría.

La Profesora señora Domínguez discrepó de lo anterior, señalando que la existencia de una regla supletoria no basta y que el

literal planteado constituye un parámetro importante, aun cuando no sea determinante por sí solo.

El Profesor señor Tapia prefirió prescindir del literal en estudio, idea con la cual coincidió **la Magistrada señora Negroni.**

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, consultó a los miembros de la misma acerca de la mantención en este artículo 225-2 de un literal referido a la dedicación que los padres procuraban al hijo antes de la separación. Los Honorables Senadores señores García, Larraín, don Carlos y Larraín, don Hernán (Presidente), apoyaron la inclusión. Los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, se opusieron.

Enseguida, en cuanto al texto de este literal, que seguiría siendo letra d), se acordó basarlo en las ideas contenidas en la redacción de la Profesora señora Domínguez. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señores García, Larraín, don Carlos, y Larraín, don Hernán (Presidente). Los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, se abstuvieron.

En consecuencia, la indicación número 22 se aprobó con enmiendas para los efectos de intercalar este nuevo numeral en el artículo 1° del proyecto, que incorpora un nuevo artículo 225-2 al Código Civil.

Exceptuando lo referido a la letra d) del señalado precepto del Código Civil, dicha indicación fue acogida con enmiendas por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Kuschel, Larraín, don Hernán (Presidente), y Walker, don Patricio. La referida letra d) fue aprobada por 3 votos a favor y 2 abstenciones. Votaron por la afirmativa los Honorables Senadores señores García, Larraín, don Carlos, y Larraín, don Hernán (Presidente). Se abstuvieron los Honorables Senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio.

Número 3

El texto aprobado en general por el Senado señala:

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

El mencionado artículo 42 de la ley N° 16.618 dispone lo siguiente:

“Artículo 42. 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.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.”.

Este numeral 3 no fue objeto de indicaciones y tampoco motivó mayor debate. Sin embargo, ante la supresión de los dos numerales anteriores del artículo 2°, se acordó reformular su encabezado de manera de incluir solamente el número tercero.

Dicho acuerdo se adoptó en virtud de lo dispuesto por el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado y contó con el voto favorable de la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Kuschel, Larraín, don Hernán (Presidente), y Walker, don Patricio.

Artículo 3°

Su tenor es el siguiente:

“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.”.”.

El mencionado artículo 21 de la ley N° 19.947 dispone lo siguiente:

“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.”.

Este artículo 3° no recibió indicaciones ni motivó discusión en la Comisión.

Por lo anterior, se mantuvo en sus mismos términos.

- - -

MODIFICACIONES PROPUESTAS

Artículo 1°

° ° °

Número 1, nuevo

Incorporar como tal, el siguiente:

“1.- Sustitúyese el inciso primero del artículo 224 por el siguiente:

“Artículo 224. 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.”.”. **(Indicación número 3, unanimidad, 5 x 0).**

° ° °

Número 1

Pasa a ser número 2, introduciendo las siguientes modificaciones al artículo 225 del Código Civil, contenido en este numeral:

Inciso primero

Reemplazar la expresión “de uno o más hijos” por “de los hijos”. **(Indicación número 7, unanimidad, 5 x 0).**

Incisos tercero y quinto

Reemplazar la expresión “relación directa, regular y personal” por “relación directa y regular”. **(Indicación número 10, unanimidad, 4 x 0).**

Inciso cuarto

Sustituirlo por el siguiente:

“Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio de lo anterior, y sólo mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario al respecto, como regla supletoria los hijos residirán y estarán transitoriamente bajo el cuidado personal de su madre, sin que ello constituya una preferencia legal. Sin embargo, si los hijos residieren de hecho sólo con el padre, en ese caso y mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario, continuarán transitoriamente bajo el cuidado personal de aquél.”. **(Indicación número 7, mayoría, 3 x 2).**

° ° °

Números 3 y 4, nuevos

Incorporar como tales, los siguientes:

“3.- Incorpórase, como artículo 225-2, nuevo, el siguiente:

“Artículo 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar;

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

c) La 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 y regular;

d) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades;

e) La opinión expresada por el hijo;

f) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar;

g) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;

h) El domicilio de los padres, e

i) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”. **(Indicación número 22, unanimidad, 3 x 0, salvo en lo concerniente al literal d) de esta disposición, mayoría, 3 x 2 abstenciones).**

4.- Agrégase el siguiente inciso tercero, nuevo, al artículo 227:

“El juez podrá apremiar en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del

hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez.”. **(Letra b) de la indicación número 9, unanimidad, 3 x 0).**

° ° °

Número 2

Pasa a ser número 5, sin modificaciones.

Número 3

Pasa a ser número 6, reemplazado por el siguiente:

“6.- Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente:

“Artículo 229. 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 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 y regular, aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

a) La edad del hijo;

b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos;

c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado, y

d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

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 éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

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.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”. **(Indicación número 10, unanimidad, 4 x 0).**

° ° °

Número 7, nuevo

Incorporar como tal, el que sigue:

“7.- Incorpórase, como artículo 229-2, nuevo, el siguiente:

“Artículo 229-2. El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus ascendientes. 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.”.”. **(Inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado, unanimidad, 5 x 0).**

° ° °

Número 4

Pasa a ser número 8, sustituido por el siguiente:

“8.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 244:

a) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

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

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

“Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.”.”. **(Indicación número 16, unanimidad, 3 x 0).**

Número 5

Pasa a ser número 9, con las siguientes modificaciones:

Letra a)

Reemplazar la forma verbal “Intercálase” por “Intercálanse”.

Letra b)

Sustituir, en el inciso segundo del artículo 245 que se propone, la forma verbal “aplicará” por “aplicarán”. **(Inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado, unanimidad, 3 x 0).**

Artículo 2°

Reemplazarlo por el siguiente:

“Artículo 2°.- Reemplázase, en el artículo 42 de 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, de 2000, del Ministerio de Justicia, la frase inicial “Para los efectos” por “Para el solo efecto”.”. **(Inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado, unanimidad, 3 x 0).**

- - -

TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

Como consecuencia de los acuerdos anteriores, el texto de la iniciativa quedaría como sigue:

PROYECTO DE LEY:

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

1.- Sustitúyese el inciso primero del artículo 224 por el siguiente:

"Artículo 224. 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.".

2.- Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:

"Artículo 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal **de los 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 y regular** con los hijos.

Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio de lo anterior, y sólo mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario al respecto, como regla supletoria los hijos residirán y estarán transitoriamente bajo el cuidado personal de su madre, sin que ello constituya una preferencia legal. Sin embargo, si los hijos residieren de hecho sólo con el padre, en ese caso y mientras no exista acuerdo o

resolución judicial en contrario, continuarán transitoriamente bajo el cuidado personal de aquél.

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 y regular**.

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.- Incorpórase, como artículo 225-2, nuevo, el siguiente:

“Artículo 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar;

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

c) La 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 y regular;

d) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades;

e) La opinión expresada por el hijo;

f) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar;

g) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;

h) El domicilio de los padres, e

i) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.".

4.- Agrégase el siguiente inciso tercero, nuevo, al artículo 227:

"El juez podrá apremiar en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez.".

5.- Derógase el artículo 228.

6.- Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente:

"Artículo 229. 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 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 y regular, aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

a) La edad del hijo;

b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos;

c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado, y

d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

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 éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

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.

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

7.- Incorpórase, como artículo 229-2, nuevo, el siguiente:

"Artículo 229-2. El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus ascendientes. 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.".

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

a) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

"A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.".

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

“Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.”.

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

a) **Intercálanse** 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 **aplicarán** 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°.- Reemplázase, en el artículo 42 de 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, de 2000, del Ministerio de Justicia, la frase inicial “Para los efectos” por “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.”.”.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 4 y 11 de septiembre, 3, 10, 16, 30 de octubre, 7 y 28 de noviembre y 10 de

diciembre de 2012, con asistencia de sus miembros, Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela (Jorge Pizarro Soto), Alberto Espina Otero (Francisco Chahuán Chahuán, José García Ruminot, Carlos Ignacio Kuschel Silva, Baldo Prokurica Prokurica), Hernán Larraín Fernández (Presidente) (Jaime Orpis Bouchon), Carlos Larraín Peña (Carlos Ignacio Kuschel Silva, Baldo Prokurica Prokurica) y Patricio Walker Prieto (Jorge Pizarro Soto).

Sala de la Comisión, a 8 de enero de 2013.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

RESUMEN EJECUTIVO

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, 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

Boletines N°s. 5.917-18 y 7.007-18, refundidos

I. **OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:** reforzar los principios de la protección del interés superior del niño y de la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos, particularmente cuando se encuentran separados. Sobre la base de dichos principios, el proyecto introduce un conjunto de modificaciones a los Títulos IX y X del Libro Primero del Código Civil, de las cuales se destacan las siguientes: 1) se crea el régimen de cuidado personal compartido como alternativa legal en caso de separación de los padres; 2) en caso de separación, se establece que sólo mientras no haya acuerdo o resolución judicial en contrario, los hijos residirán y estarán bajo el cuidado personal de la madre, lo que no constituirá una preferencia legal; 3) sin embargo, si los hijos residieren con el padre, mientras no exista acuerdo o resolución en contrario, continuarán transitoriamente bajo el cuidado personal de éste; 4) se consagra en el Código Civil un conjunto de criterios orientadores para establecer el régimen de cuidado personal; 5) se define el concepto de “relación directa y regular” entre el padre no custodio y el hijo y se fijan los factores que se tomarán en consideración para determinarla; 6) se consagra también el derecho del hijo a mantener una relación directa y regular con sus demás ascendientes; 7) se establece el ejercicio de la patria potestad por parte de ambos padres indistintamente, a menos que se trate de actos no conservatorios, en cuyo caso deberán comparecer los dos o requerirse autorización judicial. Complementariamente, el proyecto introduce algunas enmiendas a las leyes de Menores y de Matrimonio Civil.

II. **ACUERDOS:**

Indicaciones:

- Número 1: rechazada, 3 x 1
- Número 2: rechazada, 3 x 1
- Número 3: aprobada con modificaciones, unanimidad, 5 x 0
- Número 4: rechazada, 5 x 0

- Número 5: retirada
- Número 6: retirada
- Número 7: -- en lo concerniente al inciso primero del artículo 225 del Código Civil, aprobada con modificaciones, unanimidad, 5 x 0
  -- en lo concerniente al inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, aprobada con modificaciones, mayoría, 3 x 2
- Número 8: rechazada, 3 x 2
- Número 9: letra a): rechazada, 3 x 0
  letra b): aprobada con modificaciones, unanimidad, 3 x 0
- Número 10: aprobada con modificaciones, unanimidad, 4 x 0
- Número 11: retirada
- Número 12: retirada
- Número 13: rechazada, 3 x 0
- Número 14: retirada
- Número 15: retirada
- Número 16: aprobada con modificaciones, unanimidad, 3 x 0
- Número 17: retirada
- Número 18: retirada
- Número 19: retirada
- Número 20: retirada
- Número 21: retirada
- Número 22: aprobada con modificaciones, unanimidad, 3 x 0; salvo en lo concerniente a la letra d) del artículo 225-2 del Código Civil, que fue aprobada por mayoría, 3 x 2 abstenciones
- Número 23: retirada
- Número 24: retirada

Además, como se explica en el informe, en mérito de lo dispuesto por el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado, por la unanimidad de sus miembros presentes en las respectivas sesiones, la Comisión introdujo enmiendas a los artículos 1°, en cuanto a la incorporación de un numeral 7, nuevo, y al numeral 5, que pasó a ser 9, y al artículo 2°, en su número 3.

III. **ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN:** consta de tres artículos permanentes.

IV. **NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** no tiene.

V. **URGENCIA:** suma, a contar del día 12 de diciembre de 2012.

VI. **ORIGEN E INICIATIVA:** dos Mociones presentadas en la Cámara de Diputados; la primera, contenida en el Boletín N° 5.917-18, de los ex Diputados señores Álvaro Escobar Rufatt y Esteban Valenzuela van Treek, con la adhesión de los Honorables 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 la segunda, contenida en el Boletín N° 7.007-18, del Honorable Diputado señor Gabriel Ascencio Mansilla, con la adhesión de los Honorables 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. Dichas Mociones fueron refundidas durante el primer trámite constitucional.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: segundo.

VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 21 de marzo de 2012.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: segundo informe.

X. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1) Código Civil, Libro Primero, Títulos IX y X, que regulan los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos y la patria potestad, respectivamente.
2) Decreto con fuerza de ley N° 1, de 30 de mayo de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de diversos cuerpos legales, entre ellos, la ley N° 16.618, Ley de Menores.
3) Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, que establece nueva ley sobre Matrimonio Civil.
4) Ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de Familia.
4) Convenciones internacionales, particularmente las siguientes:
a) Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada mediante decreto supremo N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 27 de septiembre de 1990.
b) Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada mediante decreto supremo N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de agosto de 1990.
c) Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, promulgada por decreto supremo N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 9 de diciembre de 1989.
d) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de Belém do Pará, promulgada por decreto supremo N° 1.640, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de septiembre de 1998.

Sala de la Comisión, a 8 de enero de 2013.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria