FORMULA INDICACIÓN SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS LEGALES, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA INTEGRIDAD DEL MENOR EN CASO DE QUE SUS PADRES VIVAN SEPARADOS (BOLETÍN Nº 5917-18).

SANTIAGO, 30 de marzo de 2011.-

Nº 001-359/

A S.E. EL PRESIDENTE DE LA H. CAMARA DE DIPUTADOS.

Honorable Cámara de Diputados:

En uso de mis facultades constitucionales, vengo en formular la siguiente indicación sustitutiva al proyecto de ley del rubro, a fin de que sean consideradas durante la discusión del mismo en el seno de esa H. Corporación:

I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INDICACIÓN.

En nuestra legislación, el cuidado personal de los hijos está atribuido por ley a ambos padres de consuno. En caso de que los padres vivan separados, es a la madre a quien toca dicho cuidado personal, el cual es conferido legalmente a través de una norma de atribución supletoria.

Dicha atribución supletoria opera de pleno derecho, y sólo se puede modificar si hay acuerdo entre los padres en sentido diverso o por resolución judicial que conceda el cuidado personal al padre o a un tercero en su defecto. La vía judicial opera cuando existen motivos para poder impugnar el cuidado personal conferido a la madre, sea por maltrato, descuido u otra causa cualificada.

El hecho que la ley establezca como titular del cuidado personal, en primer término a la madre cuando los padres están separados, no es un norma arbitraria sino que viene a reconocer la necesidad de seguridad y certeza para los hijos, especialmente respecto de dónde y con quién seguirán viviendo, velando siempre por el interés superior del niño. A su vez, por medio de esta disposición se reconoce la realidad de las familias de nuestro país, en que son las madres quienes más tiempo destinan al cuidado de los hijos y del hogar en que ellos viven.

Por el contrario, el no reconocer esta titularidad supletoria a la madre, implicaría una judicialización inmediata de a quién debiera entregarse el cuidado personal, con el dolor que ello traería aparejado para los hijos. La inestabilidad de toda ruptura se vería gravemente aumentada con la incertidumbre de los hijos respecto del desconocimiento del padre con quién vivirán y el lugar en que lo harán. Resulta del todo lógico entonces que, en la medida de lo posible, no se exponga a los menores a juicios, por los efectos nocivos que provocan en su desarrollo emocional.

Por otra parte, el padre no pierde su derecho a relacionarse con el niño y a educarlo y tiene siempre abierta la posibilidad de solicitar al juez la modificación del cuidado personal, en función del interés del niño.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, nada obsta a que se busquen alternativas que aumenten la participación de los padres en la crianza y educación de los hijos, las que en ningún caso son contradictorias con la regla de la titularidad supletoria de la madre en caso de separación de los padres. De esta forma, la presente indicación sustitutiva busca fortalecer la relación de los padres con sus hijos, ya que ello redunda directamente en el interés superior del niño, en su desarrollo físico, emotivo e intelectual.

Como mecanismos que permitan fortalecer esta la relación entre padres e hijos en miras del bien superior del hijo, la presente

indicación sustitutiva propone incluir en la ley la posibilidad de permitir que el cuidado personal de los hijos sea ejercido conjuntamente por ambos padres. El cuidado personal compartido podrá ser convenido por los padres, de la misma forma en que hoy pueden acordar que el cuidado personal sea entregado al padre. También podrá ser decretado judicialmente, en base a causales taxativas, siempre que se mire el interés superior del hijo, principio rector en materia de derecho de familia. Dicho principio es el que hace necesario, mantener la norma que concede el derecho a la madre en caso de separación de los padres (norma supletoria), por las razones de estabilidad ya expuestas.

Dado que las relaciones y circunstancias familiares son tan diversas, no puede establecerse como regla supletoria el cuidado personal compartido, como tampoco afirmarse a priori que ésta constituya la mejor alternativa. Por ello, la presente indicación sustitutiva, tiene también como objetivo fortalecer la relación y vínculo entre padres e hijos que no comparten el mismo hogar. Cuando sólo uno de los padres tenga la titularidad del cuidado personal del hijo, el legislador debe establecer los canales necesarios para que exista una corresponsabilidad entre madre y padre que vivan separados, en el cuidado y la toma de decisiones que atañen a los hijos comunes, así como fomentar una relación más cercana entre ellos y el padre no custodio. La práctica judicial ha llevado a establecer como “visita” un fin de semana por medio y la mitad de las vacaciones, pero ello no puede constituir la regla general, ya que la relación directa y regular debe establecerse en función de la realidad de cada familia.

Asimismo, es necesario establecer medidas concretas que permitan evitar que el padre que tiene el cuidado personal del menor, obstruya u obstaculice la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo, como mecanismo para obtener beneficios económicos u otras causas ilegítimas, lo que afecta el derecho del padre y el adecuado desarrollo del hijo.

II. CONTENIDO DE LA INDICACIÓN.

a. Mantener el cuidado personal supletorio en la madre.

Con el objeto de mantener la certeza jurídica, seguridad y estabilidad a los hijos y evitar la judicialización del cuidado personal en caso de padres que vivan separados, se propone que éste siga estando radicado en forma supletoria en la madre, sin perjuicio de las alternativas que se explican a continuación.

b. Cuidado personal compartido.

Se establece la posibilidad de establecer el cuidado personal compartido por mutuo acuerdo entre los padres, o bien, mediante resolución judicial por las siguientes causales taxativas: (i) el que la madre o padre que tenga el cuidado personal, impida o entorpezca injustificadamente la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente y (ii) cuando denuncie o demande falsamente al padre no custodio a fin de perjudicarlo y obtener beneficios económicos.

El juez podrá decretar el cuidado personal compartido por estas causales, siempre que se esté velando por el interés superior del hijo, ya que este principio es preferente al derecho de los padres.

c. Definición de cuidado compartido y ejercicio del mismo:

La presente indicación sustitutiva define el cuidado personal compartido con el objetivo de velar por el fin de esta norma que es la protección y bienestar del hijo cuyos padres viven separados. Así, se define el cuidado personal compartido como el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo menor de edad y participar en su crianza

y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados.

A fin de velar por la estabilidad del hijo se precisa que el niño deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre.

En caso de establecerse el cuidado personal compartido, deberán determinarse las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre custodio con quien el hijo no reside habitualmente.

d. Patria potestad compartida.

En aquellos casos en que los padres tengan el cuidado personal compartido de sus hijos, la patria potestad también será compartida.

Adicionalmente, se permitirá que el juez pueda decretar, o las partes convenir, la patria potestad compartida sin perjuicio que un sólo padre tenga el cuidado personal del hijo. Esto, con el objeto de hacer partícipe al padre no custodio en las decisiones trascendentes que involucren a los hijos: la representación judicial y administración de sus bienes. Con esta medida se está fomentando la corresponsabilidad y dando mayores facultades al padre, no obstante por ley sea la madre a quién corresponda el cuidado personal y así dar mayor equilibrio a las potestades de ambos en relación al hijo.

e. Favorecer las relaciones directas y regulares entre el padre no custodio y el hijo y la corresponsabilidad en el cuidado por parte de madre y padre.

Es indispensable que el menor tenga una relación fluida y continua con el padre no custodio, ya que ello no sólo es un derecho del padre, sino que es también un requisito necesario para el adecuado desarrollo del hijo. A su vez, es del todo imprescindible que el padre no custodio tenga el derecho y el deber de seguir participando de la crianza, educación y decisiones importantes para sus hijos.

Para ello se propone definir la “relación directa y regular” para el padre que no tiene el cuidado personal, además de establecer en la ley el deber del juez de asegurar una relación más cercana y estable entre padre e hijo y una mayor participación y corresponsabilidad de su parte, para lo cual deberá precisar las condiciones que lo permitan.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración, la siguiente indicación sustitutiva del proyecto de ley de la suma, a fin de que sea considerada durante la discusión de la misma en esa H. Corporación:

- Para sustituir el texto del proyecto por el siguiente:

Artículo Único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil:

a. Introdúcese, en el artículo 225, las siguientes modificaciones:

i. En el inciso segundo, entre la palabra “padre” y el punto (.) agrégase la frase “o a ambos en conjunto”.

ii. Se incorporan los siguientes incisos cuarto a séptimo, nuevos, pasando el actual inciso cuarto a ser inciso final:

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

El cuidado personal compartido es el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados.

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

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

b. Introdúcese, en el artículo 229, los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos, pasando el actual inciso segundo a ser cuarto:

"Se entenderá como relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo o hijos se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo, las circunstancias particulares, necesidades afectivas, y otros elementos que deban tomarse en cuenta en vistas del mejor interés del menor.

Con todo, sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en esta materia, 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."

c. Introdúcese, en el artículo 245, las siguientes modificaciones:

(i) En el inciso primero, se reemplaza la frase "aquel que tenga" por la siguiente "el padre o padres que tengan";

(ii) En el inciso segundo, continuación de la palabra “padre”, se agrega la siguiente frase “o a ambos,”.

Dios guarde a V.E.,

SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE
Presidente de la República

FELIPE BULNES SERRANO
Ministro de Justicia

CAROLINA SCHMIDT ZALDÍVAR
Ministra Directora
Servicio Nacional de la Mujer