

Oficio N° 285

INFORME PROYECTO LEY 46-2007

Antecedente: Boletín N° 5197-07

Santiago, 23 de agosto de 2007

Por Oficio N° 820, de 11 de julio de 2007, el Presidente del H. Senado, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley N° 18.918 y lo preceptuado en el artículo 77 de la Constitución Política de la República, ha recabado la opinión de esta Corte respecto del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 5197-07, que modifica el artículo 225 del Código Civil, en lo relativo al cuidado personal de los hijos.

Impuesto el Tribunal Pleno sobre el proyecto señalado, en sesión del día 17 de agosto del presente, presidida por el titular don Enrique Tapia Witting y con la asistencia de los Ministros señores Marcos Libedinsky Tschorne, Ricardo Gálvez Blanco, Alberto Chaigneau del Campo, Urbano Marín Vallejo, Milton Juica Arancibia, Nivaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez y señores Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman y Pedro Pierry Arrau, acordó informar desfavorablemente el proyecto, formulando las siguientes observaciones:

**AL SEÑOR
PRESIDENTE
H. SENADO
EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE
VALPARAISO**

I. Antecedentes

El proyecto se funda en la violación del principio constitucional de igualdad ante la ley, pues se plantea que existe una discriminación que favorece a la madre al momento de entregar la tuición, en desmedro del padre, lo que eventualmente puede perjudicar al hijo. Se señala que hay numerosos estudios que afirman la importancia del padre en el cuidado personal del hijo; además, la legislación comparada, específicamente la alemana, entrega al juez un rol preponderante en la elección del padre custodio del menor, en consideración al bienestar del niño, sus vínculos con los padres y hermanos; o bien, como sucede con la ley francesa, la tuición corresponde a ambos padres en común, y en caso de falta de acuerdo o si éste parece contrario al interés del niño, el juez decidirá en su sólo interés.

El nuevo texto que sustituiría el inciso 1° del Artículo 225 del Código Civil es el siguiente:

"Si los padres viven separados, 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 a cual de los padres corresponde el cuidado personal de uno o más hijos. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En caso de no haber acuerdo entre los padres en esta materia, será el juez correspondiente quien atendiendo el interés superior del niño, y habiendo escuchado su opinión deberá entregar el cuidado personal de éste al padre que se encuentre más facultado para esta función.

En todo caso, el juez podrá entregar el cuidado personal de el o los menores a ambos padres, cuando éstos se encuentren igualmente habilitados para dicho cuidado, para que la tuición sea alternada entre ellos.

No se 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"

En tanto, el actual artículo 225 del Código Civil dispone lo siguiente:

"Artículo 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."

II. Observaciones

Resulta útil realizar los siguientes alcances al proyecto de ley en cuestión:

En primer lugar, se produce un vacío legal respecto del período en que se determina cuál de los dos padres ejercerá el cuidado personal del menor, ya sea porque los padres estén pactándolo, o bien, porque dicha labor corresponda al juez; omisión que podría ocasionar una serie de problemas prácticos, tales como la generación de costos económicos que el matrimonio en proceso de divorciarse no pudiese asumir, o tal vez, ante el desconocimiento de la ley en una materia tan importante y delicada podría causar una serie de inconvenientes indeseables, cuya consecuencia final sería la desprotección del menor, vale decir, contraria al propósito del proyecto de ley.

Por otro lado, la aprobación del texto propuesto vendría a agravar el problema de recarga de trabajo en los Tribunales de Familia, pues judicializaría una situación que la ley vigente resuelve adecuadamente en el artículo 225 inciso primero del Código Civil, y que, de concretarse la modificación, sería una materia en discusión recurrente, ante el gran porcentaje de padres cuya relación de pareja y familiar no se ha resuelto de manera espontánea.

Un aspecto novedoso resulta ser el de la tuición compartida. Sin embargo, la realidad de la calidad de la relación de los padres nuevamente podría imponerse a la norma, y hacer de la tuición compartida un asunto que podría acarrear una serie de inconvenientes en la toma de decisiones acerca de la crianza, cuidado personal y educación del menor, por lo que su inclusión no parece ser aconsejable.

Así, teniendo en consideración el interés superior del niño, se estima que el presente proyecto de ley no resulta favorable en lo que se refiere al cuidado personal del menor.

En resumen, el presente proyecto de ley, en pos de conseguir la no discriminación del hombre frente a la mujer en lo relativo al cuidado personal de los hijos comunes, cuando viven separados, iría en menoscabo del interés superior del niño.

Se hace presente que tres señores Ministros estuvieron por informar favorablemente el proyecto, por estimar que se contiene en él un criterio de igualdad entre padre y madre que no se refleja ni respeta en la normativa actualmente vigente.

.
Lo anterior es todo cuanto puedo informar.

Dios guarde a V.E.

Enrique Tapia Witting
Presidente

Carola Herrera Brümmer
Secretaria Subrogante