

17 de enero de 2013

A los Honorables Senadores de la República.

De nuestra consideración:

Los suscritos, todos profesores de Derecho Civil de distintas universidades del país, nos permitimos llamar su atención en relación a un proyecto de ley que se encuentra en segundo trámite constitucional ante el Senado, que ha sido conocido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y respecto del cual deberán emitir su opinión en Sala en los próximos días, por estimar que en él se aborda, entre otras, una materia de la mayor importancia para el interés de los niños, como es aquélla que regula el cuidado personal de los hijos en caso de separación de ambos padres.

Nos referimos al proyecto iniciado a través de sendas mociones en la Cámara de Diputados, Boletines N°s 5.917-18 y 7.007-18, refundidos, que Introduce modificaciones al Código Civil y en otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

Nos parece que esta es una oportunidad histórica para que el Senado de Chile corrija la discriminación actualmente existente en materia de cuidado de los hijos, eliminando la regla de atribución preferente que otorga el cuidado de todos los hijos menores a la madre, salvo acuerdo de los padres y/o resolución judicial que se la confíe al padre, por existir una causa grave que haga temer por el interés superior del niño. Esta norma, contemplada en el actual artículo 225 del Código Civil, resulta no sólo inconveniente, desde que entorpece posibles acuerdos entre los padres al darle una ventaja estratégica a la madre – a quien le basta oponerse - sino que cambia el foco con que debe ser abordada una cuestión de esta naturaleza, cuál es determinar, en cada caso concreto, el interés superior del niño. Asimismo, como lo ha sostenido un número importante de profesores, la norma es inconstitucional, porque vulnera el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Carta Fundamental y en Tratados Internacionales de los que Chile es parte, al radicar automáticamente en la madre el cuidado de los hijos, por el sólo hecho de serlo – sin verificar con cuál de los padres el hijo estará mejor - y al consolidar con ello un estereotipo

que coloca a la mujer en la condición de cuidadora de los hijos y al padre como proveedor.

Postulamos que, a la luz del principio del interés superior del niño, que ha inspirado todas las reformas introducidas en materia de familia en las dos últimas décadas en nuestro país y velando por la plena igualdad de los padres, debiera eliminarse la regla actual contenida en el artículo 225 antes citado, de manera que ante la separación de los padres y a falta de acuerdo, sea el juez de familia quien decida, teniendo como única regla que lo guíe, la de determinar aquello que sea más beneficioso para el niño. Este es, por lo demás, el criterio que prima en el derecho comparado, en la medida que en la actualidad, salvo escasas excepciones (las cuales además están en proceso de cambio), la tendencia es a no establecer una norma legal de atribución supletoria que otorgue a alguno de los padres, de manera automática, el cuidado personal de los hijos.

El proyecto de ley que US. deberán votar, por el contrario, mantiene la norma de atribución preferente a la madre, introduciéndole un par de cambios, consistentes en establecer que se trata de una norma provisoria o temporal – mientras no exista decisión judicial – y que ello no constituye preferencia legal. La principal razón esgrimida por el Ejecutivo al hacer esta propuesta, es que la ausencia de una norma de atribución ocasionaría una mayor litigiosidad, ya que obligaría a judicializar el conflicto, agregando que con ello se afectaría, además, la estabilidad de los hijos.

Como se sostuvo en innumerables ocasiones durante la discusión del proyecto en la Comisión, por diferentes especialistas, no existe ningún estudio que avale el argumento relativo a la mayor litigiosidad que se produciría a falta de norma supletoria – lo que tampoco se observa en el derecho comparado – y, por el contrario, la lógica indica que frente a una situación de quiebre o ruptura de la convivencia, al no existir una norma de preferencia que fortalezca la posición de la madre y estar ambos padres en un pie de igualdad a la hora de decidir cuál de ellos tendrá el cuidado personal de los hijos, se facilitarán los acuerdos, por cuanto las partes sabrán que si no son capaces de alcanzarlo por sus propios medios, decidirá el juez, ante quien el estándar será necesariamente más alto, ya que ambos “partirán de cero”. El argumento de la

litigiosidad, por otra parte, no puede servir de sustento para la mantención de una norma que establece una regla de preferencia, con prescindencia de si aquello es lo mejor para el interés superior del niño y que genera, además, una discriminación injustificada con respecto al padre. Debatir el asunto en tribunales especializados – como son los de familia – es una práctica democrática que no debe ser mirada con temor (ni con horror), ya que esa es la solución que prevé el ordenamiento jurídico cuando las partes son incapaces de encontrarla por sí mismas, con la ventaja de que en el sistema actual, los padres, necesariamente, deberán partir por un procedimiento de mediación – obligatorio en materias como el cuidado personal de los hijos - y sólo si éste no tiene éxito, entrará a conocer el juez.

Se debe hacer hincapié en que aún cuando la norma propuesta se presente como una regla funcional, cuyo objeto es simplemente solucionar un problema del momento – con quién se quedan los niños ante la inminencia de la ruptura – lo cierto es que mantiene la preferencia en favor de la madre, lo que consolida la situación actual, en términos que dificulta las negociaciones con el padre y lo obliga a discutir en tribunales en una posición de desventaja, ya que mientras la norma subsista, la tendencia a procesarla como una regla “de orden natural” por la judicatura – lo que es frecuente en la jurisprudencia de nuestros tribunales – no se erradicará.

Invitamos, pues, a los Honorables Senadores, a contribuir en el logro de una legislación de familia acorde a los tiempos que corren y que, sin discriminar a los padres, responda a la necesidad de niños y niñas, de crecer y desarrollarse en un ambiente sano y al cuidado de aquel de los padres que, en caso de separación, esté en condiciones de satisfacer de mejor manera el interés superior de sus hijos.

Alejandra Aguad
Profesora de derecho civil
Universidad Diego Portales

Patricio Aguirre
Profesor de derecho civil
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Laura Albornoz
Profesora invitada de derecho civil
Universidad de Chile

Claudia Bahamondes
Profesora de derecho civil
Universidad Diego Portales

Felipe Amenábar
Profesor invitado de derecho civil
Universidad de Chile

Cristián Banfi
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile

Rodrigo Barcia
Profesor de derecho civil
Universidad Finis Terrae

Manuel Barría
Profesor de derecho civil
Universidad de Concepción

Javier Barrientos
Profesor de derecho civil y de historia del derecho
Académico de número de la Academia Chilena de la Historia

Alejandro Borzutzky
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile

Magdalena Bustos
Profesora de derecho civil
Universidad de Chile

Hugo Cárdenas
Profesor invitado de derecho civil
Universidad de Chile

Ricardo Concha
Profesor de derecho civil
Universidad de Talca

Pablo Cornejo
Profesor invitado de derecho civil
Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez

Eduardo Court
Profesor de derecho civil
Universidad Adolfo Ibáñez

Iñigo de la Maza
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales

Susana Espada
Profesora de derecho civil
Universidad Adolfo de Ibáñez

Leonor Etcheberry
Profesora de derecho civil
Universidad Diego Portales

Fernando Fernández
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales

María Paz Gatica
Profesora de derecho civil
Universidad de Chile

Rodrigo Gil
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile

Francisco Herane
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales

Daniela Jarufe
Profesora de derecho civil
Universidad Católica del Norte

Andrea Muñoz
Profesora de derecho civil
Universidad Diego Portales

Fabiola Lathrop
Profesora de derecho civil
Universidad de Chile

Gissella López
Profesora de derecho civil
Universidad de Chile

Claudia Mejías
Profesora de derecho civil
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Marcelo Montero
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales

Joaquín Polit
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile

Pamela Prado
Profesora de derecho civil
Universidad de Valparaíso

Sebastián Ríos
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile

Nicolás Rojas
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile

Francisca Román
Profesora invitada de derecho civil
Universidad de Chile

Gonzalo Ruz
Profesor de derecho civil
Universidad de Talca

María Agnes Salah
Profesora de derecho civil
Universidad de Chile

Claudia Schmidt
Profesora de derecho civil
Universidad de Chile

Nicolás Stitchkin
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile

Mauricio Tapia
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile

Susan Turner
Profesora de derecho civil
Universidad Austral de Chile

Carlos Urquieta
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile

Cristián Urzúa
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales

Álvaro Vidal
Profesor de derecho civil
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso