

INFORME DE LA COMISIÓN DE FAMILIA REFERIDO AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CODIGO PENAL CON EL OBJETO DE TIPIFICAR EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR DE LOS PROGENITORES O DE LOS ABUELOS CON LOS HIJOS O NIETOS, SEGÚN CORRESPONDA.

Boletín N°10793-18

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Familia y Adulto Mayor pasa a informar, en primer trámite constitucional y reglamentario, el proyecto de ley individualizado en el epígrafe, originado en una moción del diputado señor Ramón Farías Ponce, y de los diputados (as) Guillermo Ceroni Fuentes, Daniella Cicardini Milla, Marcos Espinosa Monardes, Iván Fuentes Castillo, Cristina Girardi Lavín, Tucapel Jiménez Fuentes, Felipe Letelier Norambuena, Denise Pascal Allende y Karla Rubilar Barahona.

La Comisión contó con la opinión de las siguientes personas:

-En representación del Ministerio Público, concurre don Luis Torres González, Director de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar del Ministerio Público; y las juezas de familia, señoras Monica Jeldres Salazar, acompañada con Andrea Millán Consejera Técnica de tribunales de familia, y Gloria Negroni Vera.

-En representación de Organizaciones Civiles, concurre el Director de la Agrupación por los Derechos de los Hijos (ADERHI), don Christian Sandoval Leiva, acompañado de los señores Juan Andrés Cuevas Romero y Stefan Rombouts.

-Concurre la académica en Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señora María Elena Santibáñez.

CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS

1.-Idea matriz o fundamental del proyecto:

Consiste en resguardar el régimen de relación directa y regular¹ del niño con aquel de sus progenitores que no tiene su cuidado personal, mediante el establecimiento de dos nuevos delitos en el Código Penal, que castigan tanto a quien incumpla dicho régimen como a quien lo entorpezca.

2.- Normas de quórum especial:

El proyecto no contiene normas que deban ser sancionadas con quórum especial.

3.- Trámite de Hacienda:

¹ El Código Civil, en su artículo 229, inciso segundo, define esta institución como “aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”

El proyecto no contiene disposiciones de competencia de la Comisión de Hacienda.

4.-Votación en general del proyecto:

La Comisión procedió a la aprobación de la idea de legislar, por la unanimidad de los seis integrantes presentes, señorita Sabat y señores Espinosa, don Marcos, Farías, Ojeda, Ortiz y Sandoval.

5.-Artículos e indicaciones rechazadas:

El artículo único, en orden a intercalar en el Código Penal nuevos artículos 403 ter y 403 quater, fue rechazado por la unanimidad de los integrantes presentes, y sustituido por el texto, en definitiva, propuesto para consideración de la Sala.

6.- Diputado Informante: El autor de la iniciativa señor Ramón Farías Ponce.

II.- ANTECEDENTES GENERALES

1.-DE HECHO

Fundamentos contenidos en la moción

El autor señala que hoy en día son muchas las familias que han roto sus vínculos, y son muchos los hogares monoparentales donde el otro progenitor es solo proveedor, o tiene derechos limitados o simplemente no participa en la crianza del niño/a. Agrega, que es un hecho que la separación de los padres, marcará su vida para siempre. Es importante señalar, que los efectos negativos de ésta situación van a depender exclusivamente de los padres, y de cómo resuelven sus conflictos personales sin involucrar ni contaminar al niño/a de este proceso.

Explica, que la Relación Directa y Regular de los hijos con el padre o madre que no tiene su cuidado personal, es un derecho y deber del niño, establecido principalmente en consideración del Interés Superior de éste, es por ello que es de suma importancia que este derecho sea ejercido como lo acuerden las partes o lo dictamine un juez.

El derecho de los niños y niñas a tener una relación directa y regular con sus progenitores, se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el cual establece *“la obligación de los Estados partes a respetar el derecho del niño que se encuentre separado de uno o ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo que ello sea contrario al interés superior del niño”* (Art. 9 N° 3 de CDN).

Afirma, por tanto, es derecho del niño mantener un contacto directo con ambos padres, cuando está separado de uno de ellos o de los dos, y en la garantía de ese derecho, corresponde al Estado responsabilizarse, es decir, que el derecho se cumpla.

En Chile, la regulación de la Relación Directa y Regular del padre o madre que no tiene el cuidado personal de su hijo/a, está principalmente contenida en disposiciones del Código Civil y en la Ley de Menores N° 16.618, y como se mencionó anteriormente, éste derecho se encuentra consagrado en la Convención de Los Derechos del Niño.

La relación directa y regular es definida legalmente como “aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable” (art. 229 inciso 2° del Código Civil).

Agrega, que la misma norma que reconoce este derecho, además señala que el padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y 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, o en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

En el caso que el régimen sea regulado por medio de un juez, éste debe considerar una serie de criterios, tales como:

- La edad del hijo.
- La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado y
- Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Expone, que sin embargo, de acuerdo a los antecedentes expuestos, surgen una serie de preguntas, como ¿Qué pasa cuando uno de los progenitores no cumple con el régimen de relación directa y regular?; ¿Qué pasa si este incumplimiento es reiterativo o un tercero obstaculiza el régimen?, como ocurre con los abuelos de los niños, ya sean maternos o paternos; la pareja de los progenitores, entre otros.

El autor, asimismo, entrega algunos ejemplos de incumplimiento o entorpecimiento del régimen por parte de los progenitores. Cuando el titular del derecho no concurre a determinadas visitas, o si concurre lo hace en condiciones no idóneas para cuidar del hijo (ebrio o enfermo); cuando se extralimita de los tiempos establecidos o utiliza este derecho para fines que no son propios (agredir al hijo, hacerlo trabajar, o abusar sexualmente de él).

Por otra parte, cuando el titular del cuidado personal del hijo impide el ejercicio de la relación directa y regular sin causa o motivo justificada. Por

ejemplo, cuando impide totalmente el ejercicio del derecho, no entregando al hijo al progenitor que no es titular del cuidado personal; también cuando entorpece o retrasa la entrega del niño cambiando los días establecidos; o cuando impide que se cumpla con los fines del régimen, esto es predisponiendo al niño en contra del otro progenitor.

Enfatiza, que lo que señala la norma respecto del incumplimiento es absolutamente insuficiente, no logra completar el vacío existente, puesto que sólo se refiere a que el progenitor no obstaculizará dicho régimen, pero no señala que sucederá en caso de incumplimiento, ya que es muy recurrente que los padres no cumplan con lo acordado o establecido.

Acto seguido, la norma menciona que se suspenderá o restringirá el derecho, cuando dicho régimen manifiestamente perjudique el bienestar del hijo. La suspensión o restricción no es una sanción por el incumplimiento o entorpecimiento, más bien el enfoque es el niño o niña, y cuando la relación directa y regular afecte el bienestar de éstos, el juez podrá suspenderlo o restringirlo. Sin perjuicio de lo anterior, la norma en comento no señala en qué casos afectara el bienestar del niño/a, situación que actualmente queda al criterio de un juez.

Lo que señala la norma como sanción a este incumplimiento es la recuperación del tiempo perdido, en caso que exista la obstaculización del régimen, pero dicha sanción no es suficiente, ¿qué pasa si la obstaculización sigue, es decir no varía, y el progenitor no respeta el régimen, sino que por el contrario, sigue obstaculizando el cumplimiento de éste?

Explica, que el ejercicio de este derecho es muy manipulado por los progenitores, ya que en caso de incumplimiento o entorpecimiento, éstos saben perfectamente que sólo llegarán como condena máxima al pago de una multa, en razón de que los jueces no aplican la norma como corresponde, es más, como no hay una sanción concreta en materia de familia, los jueces se remiten a las normas del Código de Procedimiento Civil, para aplicarla.

De acuerdo a esta realidad y vacío legal existente, donde no hay una sanción concreta a esta situación que cada día se agrava, el juez debe, de acuerdo al mandato de la Convención de los Derechos del Niño, responsabilizarse que dicho derecho se cumpla, y por ello se aplican las sanciones que se encuentran en otros cuerpos legales.

Asimismo, indica que otro aspecto que no está tampoco regulado, es el incumplimiento u obstaculización del régimen respecto de los abuelos con sus nietos, ya que de acuerdo al artículo 229-2 del Código Civil que señala "*el hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos, a falta de acuerdo el juez fijará la modalidad de esta relación atendiendo el interés del hijo...*". Esta

norma tampoco tiene sanción en caso de incumplimiento o entorpecimiento del régimen, y lo que sucede en la práctica, es que el juez aplica la recuperación del tiempo perdido.

En conclusión, el padre, madre o abuelos afectados por este incumplimiento, sólo cuentan con la recuperación del tiempo perdido, no existiendo una sanción concreta que pueda ser aplicada por el juez. No existe una sanción ejemplificadora, para que los padres tomen conciencia, mejoren sus relaciones y asuman el rol de padres como les corresponde, sin obstaculizar o entorpecer el cumplimiento de la relación directa y regular con sus hijos/as.

En el Derecho Comparado, señala, que diversos países contemplan efectos y sanciones jurídicas ante el incumplimiento del régimen de relación directa y regular, sea por el titular del derecho, así como por el progenitor que tiene el cuidado personal. En Argentina, la Ley Número 24.270, crea el tipo penal aplicable al padre o tercero que impide u obstruye el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes con el objeto de preservar el vínculo paterno o materno, entre el hijo y el padre o madre que no vive con él. La pena es privativa de libertad, sanciona al que impide u obstruye el cumplimiento del régimen comunicacional, la misma pena también es aplicable para el padre, madre o tercero que para impedir el contacto del menor de edad con los progenitores cambia de domicilio sin la autorización judicial; también si se muda al extranjero sin la autorización judicial o excede del tiempo autorizado. En estos casos, la pena privativa de libertad es aumentada al doble. Entre otras sanciones, se destacan el restablecimiento del régimen, donde el Tribunal debe tomar las medidas necesarias para restablecer el contacto del niño/a con sus padres.

En Estados Unidos (Estado Ohio), la regulación es a nivel estatal, el Tribunal correspondiente evaluará las costas resultantes con la ocasión del incumplimiento o interferencia en el régimen comunicacional, también se podrá conceder visitas compensatorias a la persona afectada, así como imponer otras sanciones correctivas.

En España, se establecen sanciones penales para el titular del derecho de la relación directa y regular, como para quien tiene el cuidado personal del hijo/a, se dispone que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, por el progenitor guardador o no guardador, puede dar lugar a la modificación del régimen de guarda o visitas, y se considera además la posibilidad de fijar garantías reales o personales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones parentales, entre ellas el régimen de comunicación. El Código Penal de España, dentro del capítulo de los delitos contra los derechos y deberes familiares, sanciona con prisión de 6 meses a 2 años al progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia.

El Código Civil de Colombia, regula las visitas disponiendo que al padre o madre de cuyo cuidado se sacaren los hijos, no por ello se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes. El incumplimiento de las obligaciones impuestas mediante la amonestación, se sanciona con multa equivalente al valor de 1 a 100 salarios mínimos diarios legales, convertibles en arresto a razón de 1 día por cada salario diario mínimo legal vigente.

Precisa el autor en los fundamentos, que en consecuencia, el objetivo del proyecto es establecer sanciones concretas en caso de incumplimiento o entorpecimiento del régimen de relación directa y regular por parte de los progenitores, o terceros que, sin motivos plausibles, afectan directamente a los niños/as.

B.- DE DERECHO

Estatuto jurídico de la Relación Directa y Regular en Chile²

En Chile, la regulación legal de la RDR del padre o madre que no tiene el cuidado personal y su hijo se contiene principalmente, en disposiciones del Código Civil (CC) y de la ley N° 16.618 de Menores³.

Debe tenerse presente que esta materia fue objeto de extenso debate parlamentario, lo que derivó en la ley N° 20.680 (2013), que introdujo 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.

La RDR es definida legalmente en el Código Civil como:

Aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable (art. 229 inciso 2°, CC).

La relación directa y regular (RDR) de los hijos con el padre o madre no titular de su cuidado personal, es un derecho y un deber de éstos últimos, establecido en especial consideración del interés y bienestar del hijo/a.

Este derecho–deber se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile (CDN)⁴, que establece la obligación de los Estados Parte de respetar el derecho del niño que se encuentre separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo que ello sea contrario al interés superior del niño (art. 9.3, CDN).

Por su parte, el interés superior del niño, principio gravitante en la materia en estudio, constituye una consideración primordial a la que debe atenderse en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (art. 3.1, CDN).

² Paola Truffello, Abogado, Asesoría Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional.

³ El Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2000 del Ministerio de Justicia, en sus artículos 2 y 6 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil y de la Ley N° 16.618 de Menores, respectivamente.

⁴ La Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas fue promulgada en Chile, por el Decreto N° 830 de 27 de septiembre de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El concepto y objetivo de este principio –de compleja naturaleza– ha sido delimitado por el Comité de Derechos del Niño⁵, en su Observación General N° 14 de 2013. En ella, se plantea que el objetivo del interés superior del niño radica en garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño (desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social), debiendo su contenido determinarse caso a caso, de manera concreta mediante la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CDN.

Determinación, ejercicio, restricción y suspensión del régimen de RDR

La RDR debe ejercerse con la frecuencia y libertad que se acuerde o en su defecto que se establezca judicialmente. Su determinación debe velar por el interés superior del hijo/a, su derecho a ser oído, la evolución de sus facultades y otros factores que la ley dispone expresamente, ellos son: edad; vinculación con sus padres; relación con sus parientes más cercanos; régimen de cuidado personal vigente y; cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo/a (art. 229 inciso 3°, Código Civil).

El juez, al aprobar el acuerdo de los padres o al determinar el régimen, debe asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo/a⁶. Para ello, debe establecer condiciones que fomenten una relación sana y cercana (art. 229, inciso 4, Código Civil).

La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo/a y garantizar la RDR, constituye uno de los factores que la ley considera para establecer el régimen y ejercicio del cuidado personal. Para lo que se considera especialmente si el padre o madre que ejerce el cuidado personal, obstaculiza o no el régimen de RDR establecido a favor del otro (art. 225-2, letra d), art. 229, inciso 5°, Código Civil).

El ejercicio de la RDR debe suspenderse o restringirse cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo/a, lo que deberá ser fundadamente declarado por el tribunal (art. 229 inciso final, CC).

Incumplimiento del régimen de RDR

El incumplimiento intencional del régimen de RDR puede provenir del padre o madre titular del derecho de la RDR o de quien ejerce el cuidado personal del hijo/a, caso en que, como señala Acuña San Martín (2014), se entorpece o impide el cumplimiento al titular del derecho. A continuación, seguimos la distinción que propone dicha autora, quien ha desarrollado extensamente la materia.

⁵ Órgano de vigilancia de los progresos realizados por los Estados parte en el cumplimiento de la CDN (art. 43.1, CDN).

⁶ El artículo 224 inciso 1°, CC define al principio de corresponsabilidad como: “aquel 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”.

1.1. Incumplimiento del padre o madre titular del derecho de RDR

Siendo la RDR un derecho y un deber del padre o madre no custodio establecido en especial consideración del interés y bienestar del hijo, su cumplimiento debe ser acatado por su titular.

Se distinguen dos tipos de incumplimiento de quien debe ejercer una RDR:

- Incumplimiento total, es decir, un padre o madre contumaz que no se interesa por mantener una relación con su hijo/a.
- Cumplimiento imperfecto, que a su vez puede ser:
 - ✓ Por defecto. Por ejemplo, cuando el padre o madre que debe cumplir la RDR no concurre, no ejerce el derecho personalmente o concurre en condiciones no idóneas a cuidar del hijo/a (ebrio o enfermo).
 - ✓ Por exceso. Por ejemplo, cuando el padre o madre que debe cumplir la RDR se extralimita de los tiempos establecidos, se utiliza el ejercicio del derecho para fines que no le son propios (como hacerlo trabajar desproporcionadamente) o se traslada al hijo a otra ciudad o país, sin consentimiento del padre o madre custodio.

1.2. Incumplimiento del padre o madre que ejerce el cuidado personal (entorpecimiento)

El padre o madre titular del cuidado personal que impide o entorpece el ejercicio de la RDR, infringe la resolución judicial que la establece, así como los deberes relacionados con las habilidades parentales necesarias para ejercer el cuidado personal que tiene atribuido, pues con su actitud injustificada puede dañar significativamente el desarrollo del niño.

Se distinguen dos tipos de incumplimientos de parte de quien ejerce el cuidado personal:

- Incumplimiento total, es decir, cuando impide completamente el ejercicio de la RDR, por ejemplo, no entregando al niño al progenitor que no es titular del cuidado personal.
- Cumplimiento imperfecto, que a su vez puede ser:

✓ Cuando impide que se cumpla el régimen de la manera estipulada, por ejemplo, retrasando la entrega del niño o cambiando los días que corresponden.

✓ Cuando impide que se cumplan los fines de la RDR, por ejemplo, disponiendo al niño en contra del otro progenitor.

De acuerdo a Acuña San Martín (2014) resulta trascendental en esta materia, la habilidad del juez y su equipo para detectar los verdaderos problemas de fondo, para dilucidar excusas falsas, inexistentes o irrelevantes de verdaderas situaciones de riesgo para el niño.

Sanciones por el incumplimiento y entorpecimiento del régimen de RDR

En esta materia la ley efectúa un reenvío a las normas generales de apremio del Código de Procedimiento Civil, lo que evidenciaría según Acuña San Martín (2014), una falta de preocupación especial por esta temática. Según la autora, ante el incumplimiento del régimen de RDR, ninguna de las medidas de protección civil del derecho chileno, parece ser suficiente y adecuada por sí sola para evitar los incumplimientos injustificados ni el restablecimiento del derecho.

A continuación, se distinguen las sanciones que contempla la ley chilena, según (1) si el incumplimiento proviene del titular del derecho de RDR (incumplimiento) o (2) de quien ejerce el cuidado personal (entorpecimiento).

1.3. Sanciones por incumplimiento:

- Suspensión o restricción del régimen. El padre o madre que incumpla injustificadamente el régimen comunicacional fijado, puede ser instado a cumplirlo bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción (art. 48, inciso 4, Ley N° 16.618 de Menores).

- Arresto y multa. En la misma hipótesis anterior, el padre o madre infractor puede ser apremiado con arresto de hasta por 15 días o multa proporcional, sanciones contempladas en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, en materia de cumplimiento del procedimiento ejecutivo⁷ (art. 48 inciso 4 y 66 Ley N° 16.618 de Menores).

⁷ El artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, respecto del procedimiento ejecutivo en las obligaciones de hacer y no hacer, dispone: "Cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por 15 días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación (...)".

- Prescindir de la autorización para salir del país. El juez puede autorizar la salida del país del niño prescindiendo de la autorización del padre o madre no custodio que incumplió el régimen comunicacional con su hijo/a. En efecto, puede autorizar a quien ejerza el cuidado personal del niño a salir de país con éste, en distintas ocasiones dentro de los dos años siguientes, por un plazo no superior a los quince días, siempre que se acredite el incumplimiento injustificado del régimen comunicacional regulado a favor del otro progenitor (art. 49 y 49 bis, Ley N° 16.618 de Menores).

1.4. Sanciones por entorpecimiento

Como se señaló precedentemente, la reciente reforma en esta materia estableció para el progenitor que ejerza el cuidado personal, la obligación de no obstaculizar el régimen de RDR establecida a favor del otro padre (art. 229 inciso 5, CC).

La sanción sigue siendo la misma que ya establecía la Ley N° 16.618 de Menores y consiste en la recuperación del tiempo perdido. De esta forma, el padre o madre que vea entorpecido el ejercicio de la RDR en los términos establecidos, por quien ejerza el cuidado personal, puede solicitar al tribunal la recuperación del tiempo no utilizado⁸.

III.- DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El proyecto consta de un artículo único, mediante el cual se intercalan dos nuevos artículos en el Código Penal, en su Título VIII, sobre Crímenes y Simples Delitos contra las Personas, a continuación del artículo 403 bis, que trata sobre el maltrato a menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad.

El primero de estos dos artículos se refiere al incumplimiento⁹ del régimen de relación directa y regular, entendido este como el entorpecimiento provocado por aquel de los progenitores que detenta el cuidado personal, o bien por un tercero. Este entorpecimiento tiene lugar cuando este progenitor¹⁰ obstaculiza, de manera injustificada, el contacto del niño con quien pretende mantener el régimen de relación directa y regular, no entregando al niño en los términos establecidos, como asimismo cuando retrasa o modifica su entrega, cambiando los días establecidos, impidiendo que se cumpla con los fines del régimen, e incluso predisponiendo al niño en contra de quien detente el derecho

⁸ Artículo 48, inciso 3, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, cuyo texto refundido se encuentra en el artículo 6 del D.F.L N° 1 de 2000, del Ministerio de Justicia.

⁹ Podría más adecuado hacer referencia directamente al entorpecimiento, y no al incumplimiento como hace el encabezado del artículo propuesto, por cuanto podría inducir a la confusión con la conducta sancionada en el segundo artículo que plantea la iniciativa.

¹⁰ En las definiciones de entorpecimiento, no hay referencias al tercero, por lo que, en estricto rigor, las situaciones que allí se describen no se aplicarían a cualquier persona, sino sólo en el caso de que quien detenta el cuidado personal del niño y lo entorpece es el progenitor.

a tener una relación directa y regular con éste. La pena establecida para este ilícito es la de presidio menor en su grado mínimo, a saber, una pena que va de 61 días a 540 días. Si el entorpecimiento es reiterado en el tiempo, la sanción se aumenta en un grado.

El segundo de los artículos que el proyecto intercala, está referido al incumplimiento de cualquier forma del régimen de relación directa y regular, por parte del progenitor y/o abuelos titulares. Lo sanciona con la misma pena del artículo anterior, y señala que tendrá lugar cuando el titular del derecho a relación directa y regular no concurra a las visitas establecidas, concurra y la visita se haga en condiciones no idóneas para cuidar del niño, cuando no se cumplan los tiempos establecidos, o cuando se utilice este derecho para fines que no son propios del régimen, tales como la agresión física o psíquica del niño, obligarlo a trabajar, entre otras.

IV.- AUDIENCIAS EFECTUADAS

1.-Señor Luis Torres González, Director de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar del Ministerio Público.

Desaconsejó llevar la persecución penal a esta área, siendo preferible, en su opinión fortalecer las herramientas de la justicia civil o de familia.

Sin perjuicio de ello, consideró que existen ciertas situaciones que revisten la gravedad suficiente para motivar la actuación del sistema penal. Estimó que estas situaciones se encuentran actualmente comprendidas en dos disposiciones vigentes del Código Penal, a saber, los artículos 142¹¹ y 355¹².

Por otra parte, señaló que el proyecto de ley sólo habla de niños y niñas y deja fuera a los adolescentes. Agregó que el derecho español exige la reiteración del incumplimiento o del entorpecimiento para aplicar una sanción. Tratándose del entorpecimiento, expresó que la exigencia de probar que uno de los padres predispuso al niño en contra del otro implicaría una re victimización.

2.- Señor Cristián Sandoval Leiva, Director de la Agrupación por los Derechos de los Hijos, ADHERI

Se refirió a la historia de su organización, destacando que su misión está centrada en defender la presencia de ambos padres en la crianza y educación de los hijos, recordando que la relación directa y regular es un derecho tanto de los padres como de los hijos. Indicó que en la búsqueda de poder colaborar con este principio es que ADERHI propuso el 2014 a la SEREMI y a la superintendencia de educación la

¹¹ La sustracción de un menor de 18 años será castigada:
1.- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor.
2.- Con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos.
Si con motivo u ocasión de la sustracción se cometiere alguno de los delitos indicados en el inciso final del artículo anterior, se aplicará la pena que en él se señala.

¹² El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare, reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.

creación de una circular que permitiera establecer normas y derechos de los padres, madres y apoderados en el ámbito de la educación de sus hijos. Al respecto, se trabajó por más de 18 meses hasta lograr en enero del 2016 la circular Nro. 27 que regula los derechos de padres, madres y apoderados y que se hace extensible a aquellos que no tienen la tuición de sus hijos.

Expresó que todos estos avances y la unanimidad de todos los expertos en reconocer que una participación sana de ambos padres y la familia extendida es un beneficio para los menores, sigue siendo todo esto una ley y un esfuerzo muerto por lo siguiente:

- Aumentan los casos de progenitores custodios que impiden u obstaculizan la Relación Directa y Regular de los hijos con los progenitores no custodios y sus familias extendidas.

- No existe una real y fuerte sanción a estas acciones en nuestra legislación, pues hoy en día un progenitor que obstaculiza el contacto de un hijo con el otro progenitor, regularmente recibirá un apercibimiento o multa de 1 UTM (\$45.000 aprox.) que muchas veces tampoco se cumple.

Respecto a las formas de obstrucción al vínculo familiar, señaló que además de las señaladas en el proyecto de ley, existen otras, por ejemplo que el progenitor custodio o no custodio como también una tercera persona, ejerza alienación parental en contra del otro progenitor, induciendo así una predisposición negativa del menor hacia ese progenitor alienado. Logrando inducir al niño/a a infringir el régimen directo y regular al no querer salir con el otro padre o no querer tomar contacto de manera injustificada. Argentina y España, indicó, sancionan la alienación parental. También puede ocurrir que el progenitor o un tercero realice falsas acusaciones por violencia intrafamiliar o daños a los menores, contra el otro progenitor con el solo propósito de alejarlo de sus hijos y con lo lento de la justicia y lo burocrático del sistema penal y de familia, se logra que se aleje al menor por lo menos 2 años de su progenitor y luego viene la etapa de restablecer paulatinamente ese vínculo que ya fue dañado. Entendiendo con falsas acusaciones aquellas que se demuestra que no hubo mayor interés que lograr ganancias secundarias en contra del otro progenitor.

Finalmente, en cuanto a las sanciones, indicó que también se debiera considerar la real condena de costas cuando uno de los padres debe interponer demandas tras demanda, o escritos y presentaciones al tribunal para hacer valer el derecho de una relación directa y regular que ha sido obstruida o interrumpida unilateralmente, debido a que estos costos la mayoría de las veces los debe asumir sin recibir la devolución de las costas por parte de la contraria que incumple con las visitas.

3.-Señora María Elena Santibáñez Torres, profesora de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Estimó inapropiado regular penalmente la situación descrita en el proyecto de ley, dado que significaría poner al juez de garantía en una posición de fiscalizador respecto a lo decretado por los jueces de familia. Además, sería enorme la cantidad de recursos necesarios para llevar a cabo esta labor. Agregó que existen actualmente las herramientas jurídicas para resolver este problema, particularmente el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, que establece el desacato de una orden judicial, castigado con reclusión en su grado medio a máximo. En este sentido, señaló que la queja aquí es que los jueces de familia demoran mucho en remitir o simplemente no remiten los antecedentes al Ministerio Público para que este proceda a la persecución de este ilícito.

En cuanto a la ubicación de la norma propuesta por el proyecto de ley, indicó que no es correcta, por cuanto debiera ir junto con el artículo 355 del Código Penal, y no junto al 142 del mismo Código porque dicha disposición se ha interpretado más como una situación de robo de niños.

Respecto a la sanción, manifestó que lo más grave que puede ocasionársele a un niño son las lesiones, las que hoy se encuentran penadas con multas o reclusión menor en su grado mínimo. El maltrato habitual, presidio menor en su grado mínimo. Ambas, entonces, son inferiores a lo que se propone en el proyecto.

Respecto a la norma que sanciona el incumplimiento del régimen de visitas por parte de quien goza de este derecho, señaló que los jueces de familia han sido medianamente consistentes en definir que no es posible obligar a un padre a ver a su hijo si no quiere hacerlo, porque el que sufre aquí el mayor perjuicio es el menor. Lo que corresponde aquí es restringir o incluso eliminar el régimen de relación directa y regular.

4.- Señora Gloria Negroni Vera, jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.

Comenzó su exposición refiriéndose a la filiación, sus definiciones y los distintos tipos que presenta, a saber, biológica, por reproducción humana asistida y por adopción. Destacó tres principios básicos en la materia:

1.- Igualdad de todos los hijos, en Chile desde 1994 no hay distinción entre los hijos, sin discriminación respecto si son matrimoniales o no.

2.- Supremacía del Interés Superior del Niño, lo que implica considerarlo sujeto de derecho procurando su mayor realización espiritual y material posible guiándolo en el ejercicio de sus derechos esenciales conforme a su etapa evolutiva (edad y madurez).

3.- Derecho a la Identidad, conocer su origen biológico y pertenecer a una familia, por tanto poder investigar su maternidad y paternidad.

Luego, enumeró los criterios que el legislador debiera seguir para dar cumplimiento a estos principios, mencionando la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar; la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según

su edad; 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; 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; la opinión expresada por el hijo; el resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar; los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio; el domicilio de los padres, y cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo (art. 225-2).

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

Conforme a los principios indicados, expresó que el proyecto de ley es viable, en los siguientes términos: La sanción por incumplimiento del régimen comunicacional, debe estar basada no solo en las denuncias que un progenitor realice respecto del otro, sino en una evaluación realizada por profesionales. Hoy el incumplimiento tiene los siguientes efectos: Compensación de tiempo; multa o arresto.

Planteó que posibles sanciones que podría establecer el proyecto serían las siguientes:

- ⌘ a.- Recuperación del tiempo no utilizado por parte del titular del derecho. .
- ⌘ b.- Apercebimiento al titular del derecho con suspensión o restricción del derecho o apremio con arresto.
- ⌘ c.- Arresto o multa a cualquiera que infringiere la resolución que determina el ejercicio del derecho.

5.-Señora Mónica Jeldres Salazar, jueza del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

Inició su presentación advirtiendo que la temática que se pretende legislar representa un tema sumamente complejo. Desaconsejó elevar al nivel de un tipo penal el incumplimiento en los regímenes comunicacionales de los padres respecto de sus hijos. Argumentó esta idea señalando que el problema presenta una serie de dimensiones que el derecho penal, por su naturaleza, no es capaz de abordar. En este sentido, señaló que la solución radica en la utilización efectiva, por parte de los tribunales, de las herramientas que el ordenamiento jurídico actualmente contempla.

Señaló que no es factible tipificar penalmente una conducta que es ejecutada por quien es a la vez el titular de un derecho, en este caso, del cuidado

personal de un niño o bien del derecho a mantener una relación directa y regular con su hijo.

Por otra parte, señaló que independientemente del principio de la presunción de inocencia, fundamental en materia procesal penal, no exime al juez de familia de hacerse cargo de situaciones que entran dentro de su esfera de atribuciones.

Finalmente, indicó que la descripción del tipo penal en el proyecto original, resulta demasiado vaga, debiendo redactarse con mayor precisión, si es que se insiste en legislar esta situación mediante la inclusión de un nuevo delito, cuestión que no consideró recomendable.

V.-SÍNTESIS DE LA DISCUSIÓN EN LA COMISIÓN Y ACUERDOS ADOPTADOS

Discusión y votación del Proyecto

1.-EN GENERAL

Los diputados y diputadas integrantes de la Comisión debatieron en cuanto a la idea de legislar de la moción en estudio, concordando plenamente con sus fundamentos porque coincidieron en el derecho que le asiste a los niños de mantener el vínculo con aquél de los progenitores, padre o madre, u otra persona sea o no miembro de su familia con el que no vive, y tener una relación directa y regular, cuyo régimen fue precisamente establecido por el legislador, -antiguo derecho a visita,- ahora centrado y teniendo en vista únicamente el bienestar del niño o niña, su interés superior, y no el de la persona que tiene la obligación de cumplirlo o no entorpecerlo.

-Votación

Por lo anterior, la Comisión procedió a aprobar el proyecto, en general, por la unanimidad de los seis diputados(as) presentes señores(as) Espinosa, Farías (Presidente), Ojeda, Ortiz, Sabat y Sandoval.

2.- EN PARTICULAR

El texto propuesto en el proyecto es el siguiente:

“Intercálese en el título VIII, del Código Penal, a continuación del artículo 403 bis, los siguientes artículos:

Artículo 403 ter: Del Incumplimiento del Régimen de Relación Directa y Regular. El progenitor que detenta el cuidado personal del niño o niña, y entorpezca el régimen de relación directa y regular, ya sea que éste se encuentre regulado a través de mediación familiar, o se encuentre establecido por medio de una resolución judicial, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

La misma pena será aplicada para el tercero que entorpezca el régimen regulado a través de mediación familiar, o se encuentre establecido por medio de una resolución judicial.

Se entenderá que hay entorpecimiento cuando:

a) El progenitor que es titular del cuidado personal del niño o niña obstaculiza, de manera injustificada, el contacto del niño o niña con el otro progenitor, o con su abuelo o abuela, no entregando al niño o niña en los términos establecidos.

b) El progenitor que es titular del cuidado personal del niño o niña, retrasa o modifica su entrega, cambiando los días establecidos, impidiendo que se cumpla con los fines del régimen, e incluso predisponiendo al niño o niña en contra del otro progenitor, de sus abuelos, o en general, de quien detente el derecho a tener una relación directa y regular con éste.

Si el entorpecimiento es reiterado en el tiempo, la sanción se aumentara en un grado.

Artículo 403 quater: El progenitor y/o abuelos titulares del derecho de relación directa y regular, que de cualquier forma incumpla dicho régimen, será sancionado con la misma pena del artículo anterior.

Se entenderá por incumplimiento para los efectos de este artículo:

a) Cuando el titular del derecho de relación directa y regular no concurra a las visitas establecidas.

b) Si concurriendo, las visitas se hacen en condiciones no idóneas para cuidar del niño o niña.

c) Cuando no se cumplan los tiempos establecidos.

d) Cuando se utilice este derecho, para fines que no son propios del régimen, como por ejemplo la agresión física o psíquica del niño o niña; obligarlo a trabajar; entre otras”.

Respecto del texto propuesto, los integrantes de la Comisión coincidieron en que había que perfeccionarlo a través de indicaciones porque estimaron algunos que transformar su incumplimiento en un delito no les parecía adecuado, y, por otra parte, igualmente podría ser más acertado, de acuerdo al texto propuesto en el proyecto, hacer referencia directamente al entorpecimiento, y no al incumplimiento como hace el encabezado del artículo propuesto, por cuanto podría inducir a la confusión con la conducta sancionada en el segundo artículo que plantea la iniciativa.

Por otra parte, en las definiciones de entorpecimiento, concordaron en que no hay referencias al tercero, por lo que, en estricto rigor, las situaciones que allí se describen no se aplicarían a cualquier persona, sino sólo en el caso de que quien detenta el cuidado personal del niño y lo entorpece es el progenitor.

El Presidente Accidental de la Comisión, diputado señor Farías, con el propósito de lograr acuerdo en orden a aprobar el proyecto, presentó una indicación sustituyendo su propio texto, y optar por incorporar la idea matriz dentro de la

violencia intrafamiliar y descartar la idea primaria de tipificar un nuevo delito de incumplimiento del régimen de relación directa y regular.

Así, la nueva propuesta define lo que significa obstaculizar el régimen para que no sea algo aleatorio, e incluso, si es muy reiterado y muy injustificado, puede llegar a perder la tuición del niño o niña que tenga esa persona, si esto se agrava. Efectivamente, el proyecto establece que, en caso de producirse obstaculización a las visitas, el juez podrá imponer sanciones en conformidad a lo establecido en la Ley de Violencia Intrafamiliar y, de generarse reiteración del acto, podrá citar a audiencia para revisión de antecedentes que permitan determinar, por sentencia fundada, la pérdida del cuidado personal del menor quien lo detenta.

La indicación, presentada por el señor Farías fue formulada, - explicó- en consenso con miembros de la Comisión, y busca integrar los principales argumentos de los expositores que concurrieron a las sesiones en que se ha debatido esta iniciativa.

Por otra parte, indicó que su propuesta plantea incorporar las reformas además de en la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, en el Código Civil, particularmente en el artículo 229, relativo al cuidado personal de los niños

Agregó, que estas indicaciones buscan reemplazar completamente el texto de los artículos contenidos en el proyecto original.

Así, la indicación presentada fue la siguiente:

“Incorpórese al artículo 5 de la Ley 20.066, que establece ley de violencia intrafamiliar, un inciso final del siguiente tenor:

“Se entenderá que hay violencia intrafamiliar, cuando quien tenga el cuidado personal, se negare habitual e injustificadamente a dar cumplimiento a la relación directa y regular respecto de niños, niñas y adolescentes bajo dicho cuidado.”

La diputada Sabat consideró que esta propuesta va en la misma línea de otra indicación de su autoría, por lo que se mostró dispuesta a retirar la suya y patrocinar la del diputado Farías, siempre y cuando se modifique la palabra “habitual” por “reiterada”, con el objeto de evitar una eventual confusión con el delito de maltrato habitual, contenido en el artículo 14 de la ley 20.066, que evidentemente no corresponde aplicarlo a la hipótesis que aquí se discute.

Puesta en votación, la indicación fue aprobada, con la modificación propuesta, por la unanimidad de los seis diputados(as) presentes señores(as) Espinosa, Farías (Presidente), Ojeda, Ortiz, Sabat y Sandoval.

La segunda indicación del diputado Farías, con el siguiente texto:

“Intercálense los siguientes incisos sexto, séptimo y octavo al Artículo 229 del Código Civil, pasando el actual sexto a ser noveno y final.

“Se entenderá por obstaculización del régimen de relación directa y regular, aquellos casos en que de forma habitual e injustificada, la parte que detenta el

cuidado personal, no cumpla con las formas o condiciones dispuestas en la resolución judicial que otorgó dicho cuidado.

En caso de producirse la obstaculización, el juez deberá imponer la sanción de conformidad a lo establecido en el inciso final del artículo 5° de la Ley 20.066.

En caso de no cesar los incumplimientos, el juez podrá citar a audiencia para revisión de antecedentes para que permitan determinar, por sentencia fundada, la pérdida del cuidado personal de quien lo detenta.”

El diputado Sandoval consideró que incluir esta modificación en el Código Civil implicaría el establecimiento de una doble sanción, por cuanto, por una parte, se estarían aplicando los castigos de la violencia intrafamiliar, y por otra, la pérdida del cuidado personal, de manera que manifestó su rechazo.

El diputado Farías explicó que esta segunda disposición sólo se aplica en el caso de incumplimientos reiterados, en el marco de una audiencia ante el juez de familia, quien con antecedentes suficientes podrá determinar el término del régimen de cuidado personal, si estima que quien es titular del mismo, está afectando el interés superior del niño, cuando le impide el contacto con quien tiene establecido a su favor un régimen de relación directa y regular.

Puesta en votación, la indicación fue aprobada por cuatro votos a favor de los diputados Espinosa, Farías (Presidente), Ojeda y Sabat. Votó en contra el diputado Sandoval. Se abstuvo el diputado Ortiz.

Por las mismas razones ya explicadas, igualmente se sustituye “habitual” por reiterada.

Por las razones señaladas y consideraciones que expondrá el señor Diputado Informante, la Comisión de Familia recomienda aprobar el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.- Incorpórase en el al artículo 5° de la ley N° 20.066, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar, un inciso final del siguiente tenor:

“Se entenderá que hay violencia intrafamiliar, cuando quien tenga el cuidado personal, se negare reiterada e injustificadamente a dar cumplimiento a la relación directa y regular respecto de niños, niñas y adolescentes bajo dicho cuidado”.

Artículo 2.-Intercálanse, en el artículo 229 del Código Civil, los siguientes incisos sexto, séptimo y octavo, pasando el actual sexto a ser noveno y final:

“Se entenderá por obstaculización del régimen de relación directa y regular, aquellos casos en que de forma reiterada e injustificada, la parte que detenta el cuidado personal, no cumpla con las formas o condiciones dispuestas en la resolución judicial que otorgó dicho cuidado.

En caso de producirse la obstaculización, el juez deberá proceder conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 5° de la ley N°20.066, que Establece la Ley sobre Violencia Intrafamiliar.

En caso de no cesar el incumplimiento, el juez podrá citar a audiencia para revisión de antecedentes en orden a determinar, en su caso, por sentencia fundada, la pérdida del cuidado personal de quien lo detenta.

Tratado y acordado, según consta en las actas correspondientes a las sesiones celebradas los días 20 de septiembre, 4, 11, 18 y 25 de octubre, todas, de 2017, con la asistencia de los siguientes diputados y diputadas: Cicardini Milla, Daniella; Farías Ponce, Ramón; Meza Moncada, Fernando (Presidente); Monckeberg Díaz, Nicolás; Nogueira Fernández, Claudia; Ojeda Uribe, Sergio; Ortiz Novoa, José Miguel; Pascal Allende, Denise; Rubilar Barahona, Karla; Sabat Fernández, Marcela; Sandoval Plaza, David; Turre Figuerola, Marisol.

En la sesión del 25 de octubre fue reemplazado el Diputado señor Fernando Meza Moncada, por el Diputado señor Marcos Espinosa Monardes.

Sala de la Comisión, a 31 de octubre de 2017.



MARÍA EUGENIA SILVA FERRER
Abogado Secretaria de la Comisión