Cámara de Diputados

Modifica el Código Civil en lo relativo al cuidado personal compartido de los hijos cuyos padres viven separados

Boletín N° 12613-18

Vistos:

Lo dispuesto en los Artículos 63° y 65° de la Constitución Política de la República; en la ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y en el Reglamento de la H. Cámara de Diputados.

Considerando:

1.- La configuración de la familia ha ido cambiando en las últimas décadas y basar supuestos e intervenciones sociales a partir de la familia ideal, parece ser cada vez más un ejercicio inadecuado y conservador que no contextualiza las nuevas prácticas en las cuales surgen hogares no tradicionales. Por otro lado y respecto a los roles, es posible señalar que la fórmula hombre proveedor y mujer dueña de casa, parece agotarse, proliferando la asunción de nuevos lugares y tareas más compartidas, tanto en la responsabilidad económica como en la crianza de los hijos (Andersen G. 2004). [1]

2.- El Código Civil en el Título IX del Libro Primero sobre las Personas, regula los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos. Este título fue objeto de modificaciones en el año 2013 a través de la Ley N.º 20.680 llamada “Amor de Papá” con el objeto de proteger la integridad de los hijos en los casos en que los padres viven separados.

3.- La modificación más significativa impulsada por la ley N.º 20.680 fue la figura del cuidado personal compartido entre los padres, en caso que la filiación del hijo sea determinada, puesto que antes de la entrada en vigencia de la ley, el Código Civil establecía que en los casos que los padres vivieran separados el cuidado personal quedaba radicado en la madre.

4.- La idea fundamental del cuidado personal compartido es hacer partícipe al padre de la vida, crianza y educación de sus hijos, ya no con una mirada de deber, sino como un derecho, tomando en consideración cientos de casos de padres que hacían presente su intención de mantener un vínculo afectivo y responsable con sus hijos y que no podían hacerlo dado la negativa, a veces injustificada, de las madres.

5.- El objetivo de la modificación quedó reafirmado en la misma ley en el artículo 225 que regula el cuidado personal compartido de los hijos, al entender como tal el *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 en adecuada estabilidad y continuidad.*

6.- Lo anterior vinculado al principio general del derecho aceptado internacionalmente y ampliamente reconocido en nuestra legislación de interés superior del niño. A saber la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en su artículo 3° señala: “*“En todas las medidas*

[1] Olivares, Denisse “El cuidado personal del niño y el lugar del padre en tribunales de familia: Un análisis desde el enfoque de derechos en contextos de maltrato marental hacia los niños”. 2015 Disponible en: http://bibliotecadigital.academia.cl/bitstream/handle/123456789/3748/73-94.pdf?sequence=1&isAllowed=y

concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el ***interés superior del niño”****.*

7.- La misma Convención en su artículo 7° hace referencia *a que: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible,* ***a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.***

8.- Además en su artículo 9° indica: *“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. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.*

9.- Por su parte la Ley Nº 19.968 sobre Tribunales de Familia hace referencia asimismo al principio antes enunciado, en su artículo 16 que señala: *“El* ***interés superior del niño, niña o adolescente,*** *y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.* El principio se encuentra igualmente presente en el artículo 225 antes enunciado sobre cuidado personal compartido, en los incisos 4° y 6°.

10.- ¿Pero que se entiende por interés superior del niño? De acuerdo a Cillero el interés superior del niño, *“no alude, ni puede aludir, más que a la satisfacción de sus derechos fundamentales. El interés superior del niño es siempre la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos”, esto afirma que el niño no puede ser una persona ignorada por el derecho y mucho menos ser instrumentalizado para el favor de uno de los padres”.* [2]

11.- Ahora, si bien la modificación de la regulación establecida en el Código Civil sobre cuidado personal compartido, ha sido un avance significativo en materia de cuidado personal y de protección de los derechos del niño, bajo el prisma del interés superior de éste, aún en la práctica existen situaciones que ponen en riesgo la corresponsabilidad de ambos padres en la vida y crianza de los hijos en común. Ello se da particularmente en los casos en que la madre detenta el cuidado personal no existiendo cuidado personal compartido y limitándose el régimen comunicacional o relación directa y regular con el padre que no vive con el niño, a visitas de fin de semana por medio, o incluso más alejadas en el tiempo, sin que exista la posibilidad de participar de forma activa en la vida del niño, como hace referencia la ley o como sería lo recomendable para su desarrollo integral.

12.- En estas situaciones los padres no tienen más opción que ser meros espectadores en la crianza de sus hijos debido a la falta de voluntad o mera arbitrariedad de la madre.

13.- Las normas al respecto son claras, si no existe acuerdo entre los padres, el cuidado personal lo detenta el padre o la madre con quien estén conviviendo, situación que en su mayoría beneficia a la madre.

14.- Además el artículo 225 en su inciso 4° señala: *“En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá 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”*.

---

[2] Olivares, Denisse. Ob. Cit.

15.- La normativa del Código Civil también es clara en indicar que el cuidado personal de los hijos será otorgado a uno de los padres tomando en consideración diversos factores como por ejemplo *la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar o la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad*, existiendo nuevamente una ventaja para las madres pues culturalmente nuestro país entiende que quien está en mejor pie de ejercer el cuidado y de dar afecto, protección y seguridad a un niño, niña o adolescente, es la madre.

16.- Al respecto Denisse Olivares en su obra titulada: "*El cuidado personal del niño y el lugar del padre en tribunales de familia: Un análisis desde el enfoque de derechos en contextos de maltrato marental hacia los niños"* ha indicado: *"Lo anterior lejos de depender de la aplicación de una ley, tendría sus bases en una cuestión cultural en la que la representación del padre ha estado ausente, persistiendo en los intersticios legales como un sujeto excluido de la crianza y al alero de un imaginario de mujer definida desde y para la maternidad, llegando incluso esta valoración, a tener mayor preponderancia que el interés superior del niño en las decisiones discrecionales de los tribunales de familia"*. [3]

17.- Es más, para poder "peliar" en tribunales el cuidado personal de los hijos por parte de los padres, hay que demostrar que la madre está incapacitada física o moralmente, impulsando todo un juicio que implica la sobre exposición de los niños sujetos de la acción, al proceso judicial y a las eventuales pericias que se puedan dar.

18.- El artículo 42 de la ley 16.618 sobre Protección de menores en relación con el artículo 226 del Código Civil hace referencia a los casos en que los padres pudieran encontrarse inhabilitados para ejercer el cuidado personal de los hijos indicando: "1º *Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2º Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4º 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; 5º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6º Cuando maltrataren o dieren malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad (...)",* reafirmando por ende que no es fácil solicitar el cuidado personal por parte del padre en contra de la madre, toda vez que se toman en consideración estas circunstancias.

19.- En otro orden de cosas los padres se inhiben asimismo de interponer las correspondientes demandas por cuidado personal de sus hijos, reconociendo que dicha opción influiría en la inestabilidad del hijo, desarraigándolo de su ambiente natural y dejándolo sin la participación activa de la madre, lo que sería contraproducente, aún cuando ellos mismos se ven afectados por no poder estar presentes en la vida de sus hijos como quisieran.

20.- En este sentido, y tomando en consideración las situaciones en que existe una negativa injustificada por parte de la madre de permitir la participación activa del padre en la crianza y educación de los hijos, poco han servido las normas establecidas en los artículos 225-2 letra d) sobre actitud de uno de los padres para con el otro en materia de determinación del cuidado personal o el artículo 229 inciso 4° sobre obstaculización por parte de uno de los padres en materia de visitas, pues en la práctica se siguen dando casos en que las madres restringen sin causa fundamentada la relación o vínculo entre padres e hijos, pues por ejemplo en el caso de lo establecido en el artículo 229 aún cuando existe la advertencia de no obstaculizar dicho vínculo no existe sanción asociada.

[3] Olivares, Denisse. Ob. Cit.

Artículo 225-2 letra d: *“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:*
d) 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, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229”.

Artículo 229 inciso 4°: *“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”.*

21.- Ante todo lo mencionado la mejor opción para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, es mantener el cuidado personal compartido por parte de los padres, pero volvemos al problema de que dicha fórmula no puede darse a instancias de una sola parte o del juez supletoriamente, pues la ley solo entiende que los padres deben estar de consuno para celebrar dicho acuerdo.

22.- La idea del presente proyecto es establecer por ende la opción precedentemente señalada, en orden a que uno de los padres pueda solicitar el cuidado personal compartido ante el juez competente, en caso que el otro padre se niegue de forma injustificada al ejercicio libre del derecho/deber de mantener un vínculo con el hijo en común.

23.- Por tanto, y en mérito de lo expuesto los diputados que suscriben, vienen en someter a vuestra consideración el siguiente proyecto de ley.

PROYECTO DE LEY

Artículo Único: Modifíquese el Código Civil en el siguiente sentido:

1.- Incorpórese en el artículo 225 un inciso 4° nuevo, que señale:

“Podrá el juez, en el caso de no existir acuerdo de los padres y a petición de uno de ellos, ordenar el cuidado personal compartido de los hijos cuando el padre o madre que detente el cuidado del niño, niña o adolescente, se negare al acuerdo sin causa justificada. El ejercicio del cuidado personal compartido se determinará conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2 sobre régimen y ejercicio del cuidado personal. Para efectos de la fluidez del vínculo familiar, en los periodos en que el niño, niña o adolescente se encuentre con uno de sus padres, el otro tendrá el derecho y el deber de mantener con él menor una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia acordada directamente entre los padres basándose en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con la que el juez estimare conveniente para el desarrollo integral del hijo.”

2.- Incorpórese al artículo 225-2, en su encabezado, la frase “y cuidado personal compartido”, a continuación de los términos cuidado personal, quedando de la siguiente forma:

"Art. 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal y cuidado personal compartido, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: (…).”

Fernando Meza Moncada
H. Diputado de la República