

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Becker, y señora Gatica, que modifica el Código Civil con el objeto de fortalecer la corresponsabilidad parental y regula el establecimiento del cuidado personal compartido en atención al interés superior del niño, niña o adolescente.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

La legislación chilena ha experimentado durante las últimas décadas una evolución progresiva desde una concepción preferente o unilateral del cuidado personal de los hijos hacia un modelo fundado en la corresponsabilidad parental, el interés superior del niño y la participación activa de ambos progenitores en su crianza y educación.

Un avance fundamental en esta materia estuvo constituido por la Ley N.º 20.680, que introdujo expresamente en nuestro ordenamiento el principio de corresponsabilidad parental y reguló el cuidado personal compartido.

El artículo 224 del Código Civil dispone actualmente que el cuidado personal de los hijos se basa en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos progenitores, vivan juntos o separados, deben participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Existe, sin embargo, una importante diferencia entre la consagración de dicho principio y los instrumentos jurídicos disponibles para hacerlo efectivo.

En efecto, conforme al artículo 225 del Código Civil, cuando los progenitores viven separados pueden establecer de común acuerdo que el cuidado personal corresponda a ambos en forma compartida. A falta de acuerdo, los hijos continúan bajo el cuidado personal del progenitor con quien se encuentren conviviendo.

De esta manera, el establecimiento del cuidado personal compartido se encuentra, en los hechos, condicionado a la voluntad concurrente de ambos progenitores.

Esto significa que la sola oposición de uno de ellos resulta suficiente para impedir que el tribunal establezca un régimen compartido, aun cuando los antecedentes incorporados al proceso permitan concluir que ambos progenitores poseen habilidades parentales adecuadas, mantienen vínculos significativos con sus hijos y se encuentran en condiciones de participar activamente de su crianza.

Se produce así una paradoja normativa: mientras el ordenamiento jurídico establece que la corresponsabilidad parental exige la participación activa, equitativa y permanente de ambos progenitores, simultáneamente limita las facultades del juez para establecer precisamente el régimen de cuidado personal que puede materializar de mejor manera dicho principio.

El presente proyecto no pretende establecer el cuidado personal compartido como una regla automática ni como una presunción absoluta aplicable a todos los casos de separación de los progenitores.

Cada familia posee características particulares y existen situaciones en que el interés superior del niño hará aconsejable radicar su cuidado personal exclusivamente en uno de sus progenitores.

El cuidado compartido tampoco debe confundirse necesariamente con una distribución matemática del tiempo de residencia del niño entre dos hogares.

El propio Código Civil lo define como un régimen destinado a estimular la corresponsabilidad mediante un sistema de residencia que asegure la adecuada estabilidad y continuidad del niño.

Por ello, pueden existir diferentes modalidades de cuidado compartido, atendidas la edad del niño, su escolaridad, los domicilios de los progenitores, sus jornadas laborales, sus vínculos familiares, sus necesidades particulares y todas las demás circunstancias contempladas en el artículo 225-2 del Código Civil.

La moción propuesta persigue algo diferente: que, cuando exista controversia entre los progenitores, sea el **interés superior del niño y no el veto unilateral de uno de sus padres** el elemento determinante para establecer o descartar un régimen de cuidado personal compartido.

En la actualidad, la existencia de desacuerdo entre los progenitores constituye una circunstancia que necesariamente debe ser considerada por el tribunal.

Sin embargo, una cosa es ponderar la capacidad de cooperación parental y otra distinta es conferir a cualquiera de los progenitores un verdadero derecho a veto respecto del cuidado compartido.

Precisamente en los casos en que existe controversia resulta necesaria la intervención jurisdiccional.

Si la sola oposición de uno de los padres fuese suficiente para descartar el cuidado compartido, podría generarse un incentivo contrario a la corresponsabilidad: bastaría

mantener una posición inflexible durante el proceso para impedir que el tribunal siquiera pudiera establecer dicho régimen.

La existencia de conflicto entre los progenitores debe ser evaluada atendiendo particularmente su intensidad, naturaleza y eventual repercusión sobre el hijo.

No todo desacuerdo parental constituye necesariamente una incompatibilidad para el cuidado compartido.

El tribunal deberá distinguir entre conflictos que efectivamente hagan inviable dicho régimen y aquellos que corresponden a diferencias propias de una separación y que pueden ser administradas mediante reglas claras respecto de residencia, educación, salud, vacaciones, comunicación y adopción de decisiones relevantes.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DERECHO A MANTENER UNA RELACIÓN SIGNIFICATIVA CON AMBOS PROGENITORES

La moción propuesta encuentra su fundamento principal en el interés superior del niño.

El artículo 225-2 del Código Civil obliga actualmente al juez a ponderar conjuntamente la vinculación afectiva del hijo con sus progenitores, la aptitud de éstos para garantizar su bienestar, su disposición para cooperar, la dedicación efectiva anterior y futura, la opinión del hijo, los informes periciales, los acuerdos existentes, los domicilios y cualquier otro antecedente relevante.

Si luego de efectuar esta ponderación el tribunal alcanza la convicción de que la participación cotidiana de ambos progenitores constituye la alternativa que mejor protege el interés superior del hijo, parece contradictorio que se encuentre jurídicamente impedido de establecería únicamente porque uno de los progenitores se opone.

El derecho de familia debe desplazar progresivamente la lógica de enfrentamiento entre derechos de los adultos hacia una concepción centrada en los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El cuidado personal no constituye un premio para el progenitor que obtiene una sentencia favorable ni una sanción para aquel que no lo obtiene.

Constituye, ante todo, un conjunto de deberes y responsabilidades ejercidos en beneficio de los hijos.

CUIDADO PERSONAL Y OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Otro aspecto que resulta necesario esclarecer es la relación existente entre cuidado personal y alimentos.

El establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido no puede significar, por sí mismo, la extinción de las obligaciones alimentarias que correspondan a los progenitores.

Las necesidades del hijo y las capacidades económicas de sus padres continúan siendo elementos que deberán ser determinados conforme a las reglas generales.

Sin embargo, tampoco resulta adecuado que las consecuencias económicas asociadas al régimen de cuidado personal puedan transformarse en un incentivo para favorecer o impedir artificialmente una determinada modalidad de crianza.

Por ello, el presente proyecto propone establecer expresamente que el tribunal no podrá considerar como elemento para conceder o rechazar el cuidado personal compartido la eventual incidencia que éste pueda producir sobre la determinación de alimentos entre los progenitores.

Primero deberá determinarse cuál régimen de cuidado personal protege de mejor manera el interés superior del niño y, establecido éste, deberán regularse las obligaciones económicas que correspondan.

El proyecto, además, propone fortalecer el rol del juez de familia en dos dimensiones.

En primer término, se establece un deber de promoción judicial de la corresponsabilidad.

Cuando las circunstancias del caso lo permitan, el tribunal deberá procurar que los progenitores evalúen fórmulas de cuidado personal compartido, pudiendo promover acuerdos durante las distintas etapas del procedimiento.

En segundo término, y ésta constituye la principal innovación legislativa, se reconoce expresamente la facultad del tribunal para decretar el cuidado personal compartido aun sin acuerdo de ambos progenitores, siempre que los antecedentes del proceso permitan concluir fundadamente que dicho régimen satisface de mejor manera el interés superior del niño.

La decisión deberá ser especialmente fundada y considerar los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil.

De esta manera, no se establece una preferencia automática por el cuidado compartido, sino que se elimina el veto absoluto que actualmente puede ejercer cualquiera de los progenitores.

Para asegurar que el cuidado personal compartido judicialmente decretado sea efectivamente ejecutable, la sentencia deberá establecer las condiciones esenciales de su ejercicio.

Entre otras materias, podrá determinar:

- a) la residencia habitual o principal del hijo, cuando corresponda;
- b) los períodos de permanencia con cada progenitor;
- c) la distribución de fines de semana, vacaciones y fechas relevantes;
- d) las reglas relativas a traslados y entrega del niño;
- e) los mecanismos de comunicación;
- f) la participación de ambos progenitores en materias educacionales y sanitarias;
- g) los mecanismos para adoptar decisiones relevantes;
- h) los deberes de información recíproca; y
- i) cualquier otra medida necesaria para asegurar estabilidad y continuidad en la vida del niño.

El tribunal podrá establecer una modalidad progresiva cuando la edad, situación familiar o antecedentes del caso así lo aconsejen.

IDEA MATRIZ

El presente proyecto tiene por objeto fortalecer el principio de corresponsabilidad parental, facultando a los tribunales de familia para establecer judicialmente un régimen de cuidado personal compartido cuando, atendidos los antecedentes del proceso y los criterios legales de ponderación, éste resulte conveniente para el interés superior del niño, niña o adolescente, aun cuando no exista acuerdo entre ambos progenitores.

Asimismo, busca promover soluciones parentales cooperativas, impedir que la oposición unilateral constituya por sí sola un obstáculo para el cuidado compartido y separar jurídicamente la determinación del régimen de cuidado personal de los efectos económicos derivados de las obligaciones alimentarias.

PROYECTO DE LEY

Artículo 1º. - Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil:

1. Modifícase el artículo 225 de la siguiente forma:

a) Agrégase, a continuación de su inciso segundo, el siguiente inciso tercero nuevo:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero, cuando los progenitores no alcanzaren acuerdo respecto del cuidado personal compartido, el juez podrá establecerlo, a petición de cualquiera de ellos o de oficio en los procedimientos en que se discuta el cuidado personal, cuando de los antecedentes del proceso aparezca que dicho régimen satisface adecuadamente el interés superior del hijo y permite hacer efectivo el principio de corresponsabilidad parental. La oposición de uno de los progenitores no impedirá, por sí sola, el establecimiento judicial del cuidado personal compartido."

b) Agrégase el siguiente inciso cuarto nuevo:

"Para resolver conforme al inciso precedente, el juez deberá ponderar conjuntamente las circunstancias señaladas en el artículo 225-2, considerando especialmente la vinculación afectiva del hijo con ambos progenitores; la aptitud parental de éstos; la dedicación efectiva que puedan desarrollar; la edad y opinión del hijo; la distancia existente entre los domicilios; la continuidad educacional, familiar y social; y la capacidad de los progenitores para mantener niveles de cooperación compatibles con la estabilidad y bienestar del hijo."

c) Agrégase el siguiente inciso quinto nuevo:

"La existencia de desacuerdos o conflictos entre los progenitores no excluirá por sí sola el cuidado personal compartido, salvo que por su naturaleza, intensidad o permanencia puedan afectar significativamente el bienestar, seguridad, estabilidad o desarrollo integral del hijo."

d) Agrégase el siguiente inciso sexto nuevo:

"El tribunal no podrá fundar el establecimiento o rechazo del cuidado personal compartido en las consecuencias económicas que dicho régimen pueda producir respecto de las obligaciones alimentarias de los progenitores. La determinación de los alimentos se efectuará conforme a las reglas generales, considerando las necesidades del alimentario, las capacidades económicas de los obligados y la distribución efectiva de las cargas asociadas a su cuidado/⁷

e) Agrégase el siguiente inciso séptimo nuevo:

"Cuando establezca judicialmente el cuidado personal compartido, el tribunal determinará las condiciones necesarias para su adecuado ejercicio, pudiendo regular la residencia del hijo, los períodos de permanencia con cada progenitor, vacaciones, fechas relevantes, traslados, deberes de información, participación en materias educacionales y sanitarias, mecanismos de

comunicación y demás aspectos necesarios para garantizar su estabilidad y continuidad. Cuando las circunstancias lo aconsejen, podrá establecer un régimen progresivo y disponer su revisión dentro del plazo que determine."

Los actuales incisos tercero y siguientes pasarán a ocupar el lugar que corresponda.

2. Agrégase al artículo 225-2 el siguiente inciso final:

"En los procedimientos en que se solicite el cuidado personal por uno o ambos progenitores, el tribunal deberá considerar expresamente la procedencia de un régimen de cuidado personal compartido cuando los antecedentes establecidos en este artículo así lo recomienden. La oposición de cualquiera de los progenitores será un antecedente sujeto a ponderación conforme a las circunstancias del caso y no constituirá, por sí misma, impedimento para establecer dicho régimen."

Artículo 2º. - Agrégase en el artículo 16 de la Ley N.º 19.968, que crea los Tribunales de Familia, el siguiente inciso final:

"En los procedimientos relativos al cuidado personal de niños, niñas y adolescentes, los tribunales promoverán, cuando resulte compatible con su interés superior, soluciones que permitan hacer efectivo el principio de corresponsabilidad parental. Para estos efectos, podrán promover acuerdos de cuidado personal compartido y, cuando corresponda conforme al artículo 225 del Código Civil, establecer dicho régimen aun sin acuerdo de ambos progenitores."

Artículo transitorio. - Las modificaciones introducidas por esta ley serán aplicables a los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia y a las solicitudes de modificación del régimen de cuidado personal presentadas desde dicha fecha.