



PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL CON EL FIN DE ESTABLECER COMO REGLA GENERAL EL RÉGIMEN DE LA TUICIÓN COMPARTIDA DE LOS HIJOS O HIJAS EN EL CASO DE SEPARACIÓN DE LOS PADRES.

I. Fundamentos

1.- La tensión entre la ley y la realidad debido al carácter cíclico de nuestra humanidad caracteriza, en uno de sus aspectos, el Derecho de familia. Leyes que tardan en regular o reconocer una realidad indesmentible de nuestra sociedad nos envuelven cada día.

En nuestro país, el año 2013, se promulgó la ley 20.680, más conocida como “Ley de Tuición Compartida”, la que introdujo modificaciones al Código Civil con el objetivo de proteger la integridad de él o la menor en el caso de que sus padres se encuentren separados. El objetivo inicial de esa ley fue que ante una separación el cuidado personal de los niños fuese compartido por ambos padres, por defecto. Si bien eso no se logró, el cambio fundamental tuvo que ver con que antes de la ley la tuición la tenía la madre y ahora la tiene quien se quede viviendo con los niños.

Esta ley tuvo como objeto equilibrar la posición de padres y madres que viven separados respecto a los hijos o hijas en lo que dice relación al cuidado personal, régimen de relación directa y regular (visitas) y patria potestad. Así, la Ley N° 20.680 establece el principio de corresponsabilidad de los padres, la figura del cuidado personal compartido y consagra el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras materias.

Esta ha sido una de las reformas más significativas que ha tenido nuestro Código Civil en la última década en materia de familia, esta ley N° 20.680 modifica sustancialmente las disposiciones vigentes con el fin de establecer un verdadero principio de corresponsabilidad de los padres en virtud de desarrollar de forma concreta el principio de interés superior del niño o niña.

No obstante, en aquella modificación, no se les entregó a los jueces el poder de sentenciar una tuición compartida si ambos padres no están de acuerdo, ni tampoco se estableció, en términos prácticos, cuándo se habla de una tuición compartida.

En ese sentido la ley quedó corta, porque para que la tuición compartida sea una realidad lo que debería pasar es que, una vez que los padres se separan, el juez determine por defecto la corresponsabilidad parental; o que, en los casos en que no haya acuerdo, uno de los padres pueda solicitarla ante el juez. Así funciona en países como España, donde la custodia compartida es una opción legal desde el año 2005, o en Francia, donde el régimen de tuición compartida opera como regla general.

La evolución de estos derechos en las relaciones jurídico-familiares entre progenitores e hijos muestra una coherente, rápida y oportuna reacción del legislador frente a las





constantes mutaciones de los modelos socio-familiares. En poco más de cuatro décadas han sabido responder con instrumentos jurídicos adaptados para cada época a las exigentes y cambiantes necesidades sociales.

Estos cambios en cuanto a la tuición de los hijos, comenzaron con un gran reconocimiento del principio de igualdad en la titularidad de la autoridad parental por ambos progenitores. Esto, cambiaría definitivamente el eje de atención del derecho de familia hacia la noción proteiforme de interés superior de él o la menor, que terminará por imponer el ejercicio conjunto de la autoridad parental como dogma.

Es en ese contexto donde “la noción de interés del niño o niña pasa a erigirse como la piedra angular de la autoridad parental” es que se debe colocar a la autoridad parental conjunta como principio rector o esencial del derecho, confiriendo al niño o niña, cualquiera sea su filiación, el derecho a crecer con su padre y madre, como uno de los mecanismos jurídicos concretos para asegurar una efectiva coparentalidad.

Es por esto, que se propone que, en caso de divorcio, a diferencia de lo que venía ocurriendo, se ejerza en común la autoridad parental como regla general, que solo podrá romperse en caso que lo exija el interés del niño o niña, y de manera que el juez reciba el mandato de intervenir en el caso de desacuerdo entre los padres.

En este escenario y como consecuencia de la imposición progresiva por el legislador, se establece como principio el ejercicio en común de la autoridad parental por ambos progenitores, lo que producirá una verdadera mutación en la naturaleza jurídica de la autoridad parental.

2.- La Convención sobre los derechos del niño, suscrita por Chile el 26 de enero de 1990 y promulgada mediante Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990, establece en su artículo 9 lo siguiente:

"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."

"los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."

De esta misma forma, el artículo 18 número 1 de la Convención establece que:

"Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la





crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."

Con todo, el interés superior del niño debe inspirar nuestra normativa, con el fin de garantizar a los niños y niñas un adecuado desarrollo mental, emocional y afectivo.

3.- La tuición (o también llamada cuidado personal), son los deberes y derechos que tiene uno o los dos padres en el cuidado, crianza y educación de los hijos. Cuando los padres están casados o viven juntos, entonces ambos tienen la tuición y por lo tanto ambos deben darle un hogar, protegerlo y educarlo.

La tuición compartida es un régimen donde el cuidado personal de los hijos está a cargo tanto de la madre como del padre. Ambos tienen los mismos derechos y deberes de participar en forma activa y equitativa en el cuidado, crianza y educación de sus hijos(as). De esta forma, se pretende que las decisiones en relación a los hijos se tomen en familia y ya no sólo lo vea una de las partes. Esto genera equidad y equilibrio entre los padres.

La ley de tuición compartida define corresponsabilidad como el principio 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. Es decir, establece como principio, el ejercicio en común de la autoridad parental por ambos progenitores. En este sentido, será esfuerzo del legislador incluir instrumentos concretos que aseguren una efectiva coparentalidad, es decir, hacia la búsqueda de la efectividad de la colaboración parental, que es la que realmente incide en la búsqueda del equilibrio en el ejercicio de las facultades y deberes de los progenitores.

Hasta el momento, los avances no han sabido consolidar una posición que erradique el estereotipo de mujer y su rol de madre, y falta incorporar políticas para estimular la participación masculina en la crianza de los hijos.

Es por lo anterior, que se busca que el régimen de tuición compartida pase a ser definitivamente consagrado por el legislador como régimen por defecto, pudiendo además ser decretada por el tribunal a requerimiento de ambos padres; de uno de ellos contra la voluntad del otro; o, incluso contra la voluntad de ambos, cualquiera sea la edad de los menores, siendo los padres los primeros llamados a ejercerla en el interés de los hijos (as) y no en el interés propio. Esto exigirá, en síntesis, y tanto más que antes, la necesidad de los progenitores de informar (se) y colaborar (se) recíprocamente del ejercicio de sus prerrogativas y deberes parentales. Si ello no sucede, el juez de familia podrá siempre intervenir restableciendo el interés del hijo o hija, piedra angular de la autoridad parental.

4.- Antes de que se promulgara la Ley de tuición compartida en Chile, si dos padres se separaban (dejaban de vivir juntos) o se divorciaban (terminaban con su matrimonio) entonces la tuición del o de los hijos le correspondía a la madre. Sería ella quien se





quedaría con el cuidado de los menores (viviría con ellos) y tendría toda la responsabilidad y toma de decisiones en los temas de crianza, educación, etcétera.

Con el fin de lograr que hombres y mujeres tuvieran los mismos derechos y deberes, el 2013 se promulgó la “Ley de Tuición Compartida” que le dio las mismas posibilidades, tanto al padre como a la madre, de quedarse con la tuición de los hijos e introdujo también el concepto de tuición compartida y de correponsabilidad.

Hoy, nos vemos sumidos en nuevo desafío, lograr la concreta correponsabilidad entre los progenitores, cambio que no solo busca equidad entre los derechos y deberes de los hombres y mujeres, sino que también el efectivo desarrollo del tan clamado principio “interés superior del niño”.

II. Ideas matrices

La idea matriz del presente proyecto consiste modificar el artículo 225 del Código Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fija el artículo 2º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia, con el fin de establecer como régimen por defecto la tuición compartida de los hijos o hijas.

III. Proyecto de ley

ARTÍCULO ÚNICO. - Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fija el artículo 2º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia:

1.- Sustitúyase el artículo 225 por el siguiente:

“Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos o hijas, o si, se adoptará de forma definitiva, el régimen de tuición compartida.

Todo acuerdo que regule el cuidado personal de los hijos deberá constar por 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(as) corresponda a la madre o al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes.

Cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo o hija lo haga conveniente, el juez podrá entregar su cuidado personal a uno de los padres en el caso del cuidado compartido o al otros de los padres en los demás casos. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo o hija a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

No obstante, no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere cumplido las obligaciones de mantención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Igual medida se adoptará respecto del padre o madre respecto del cual se acreditare fehacientemente que ha maltratado física o psicológicamente al hijo

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros."

Marcelo Díaz

Diputado de la República





FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. MARCELO DÍAZ D.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. MARISELA SANTIBÁÑEZ N.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. PATRICIA RUBIO E.



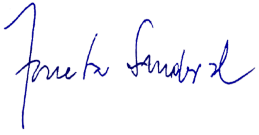
FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ANDRÉS LONGTON H.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. SEBASTIÁN KEITEL B.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. RAÚL SOTO M.



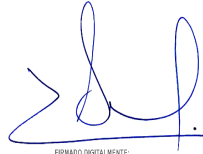
FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. MARCELA SANDOVAL O.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. PAULINA NUÑEZ U.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. RENÉ SAFFIRIO E.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. LUIS ROCAFULL L.

