



BOLETÍN ACTUALIDAD FAMILIAR

PROGRAMA DE DERECHO DE FAMILIA, INFANCIA Y ADOLESCENCIA
FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE CHILE

SUMARIO

Bienvenida	01
Noticias	02
Agenda	05
Entrevista. El Centro de Medidas Cautelares de Santiago Juez Arturo Klenner Gutiérrez	06
Opinión Legislativa. Proyecto de Ley sobre Monitoreo Telemático en Violencia Intrafamiliar Senadora Adriana Muñoz D'Albora	11
Comentario de Jurisprudencia. La infidelidad como atenuante en el delito de femicidio Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo	15
Contrapunto. Matrimonio Igualitario Prof. Dr. Gabriel Hernández Paulsen - Prof. Dr. Daniel Mansuy Huerta	20
Novedades editoriales	22
Reporte Jurisprudencia Corte Suprema Abril - Junio 2016 Andrea Vargas Carrasco	23
Reporte Jurisprudencia Administrativa	29

EQUIPO

Director

Cristián Lepin Molina

Comité Editorial

Francisco Ferrada Culaciati
Maricruz Gómez de la Torre Vargas
Gabriel Hernández Paulsen
Fabiola Lathrop Gómez
Mauricio Tapia Rodríguez
Ximena Tudela Jiménez

Editor

Mauricio Abarzúa Carvacho

Colaboradores

Constanza Martínez Morgado
Álvaro Mateluna Valdés
Andrea Vargas Carrasco

BIENVENIDA

Estimados lectores:

Es un honor presentar a ustedes el segundo número del Boletín Actualidad Familiar. En esta edición encontraremos nueve secciones: editorial, noticias, entrevista, columna de opinión relativas a la legislación y jurisprudencia nacional, contrapunto, novedades editoriales, reporte jurisprudencial de las sentencias destacadas de la Corte Suprema. Como novedad, en este segundo número incorporaremos un reporte de jurisprudencia administrativa relacionada con el Derecho de Familia y agenda de actividades de extensión.

En este proyecto desarrollado por el Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, hemos contado con el aporte de numerosos académicos y ayudantes de nuestra Facultad. Quiero agradecer nuevamente al Comité Editorial de esta publicación, compuesto por Francisco Ferrada Culaciati, Gabriel Hernández Paulsen, Maricruz Gómez de la Torre Vargas y Mauricio Tapia Rodríguez, todos profesores de nuestra Escuela. Junto con ellos, y en lo sucesivo, es

un agrado para nosotros comunicar que formarán parte de nuestro comité las profesoras Fabiola Lathrop Gómez y Ximena Tudela Jiménez a quienes agradecemos su participación. En este número, contamos con la valiosa intervención del Juez Coordinador del Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago Arturo Klenner Gutiérrez, del profesor Juan Pablo Mañalich Raffo, del profesor Daniel Mansuy Huerta, de la Senadora Adriana Muñoz D'Albora, quienes junto al profesor Gabriel Hernández Paulsen han desarrollado interesantes colaboraciones. A todos ellos muchas gracias.

Prof. Cristián Lepin Molina
Director Boletín Actualidad Familiar



MULTIDISCIPLINARIA JORNADA REIVINDICANDO EL PRESENTE DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: A VUELTAS CON SU INTERÉS SUPERIOR

Multitudinaria concurrencia a la actividad organizada por el Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en conjunto con el Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca.

En la mesa inaugural intervinieron la Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Uni-

versidad de Chile, prof. Maricruz Gómez de la Torre Vargas, trayendo a nuestra memoria el caso de Lissette en el SENAME, el Director del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, prof. Ruperto Pinochet Olave quien señaló que *"estamos en deuda con los niños de nuestro país"*, y el Coordinador Académico del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, prof. Cristián Lepin Molina quien considera que *"debemos bajar el trabajo y conocimiento teórico a aquellos que realmente importan, los niños"*.

Además, destaca la participación de invitados internacionales, como el Prof. Carlos Villagrasa Alcaide de la Universidad de Barcelona (España) y la Sra. Anna Balletbò Puig, Presidenta de la Fundación Internacional OLOF PALME. Asimismo, la participación de destacados profesores nacionales expertos en Derecho Familiar, tales como el Prof. Isaac Ravetllat Ballesté, Prof. Gonzalo Aguilar Cavallo, de la Universidad de Talca,

el Prof. Decio Metiffoغو Guerrero y la Prof. María Isabel Salinas Chaud, ambos de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, y representantes de organizaciones de protección a la infancia, como la Sra. Mónica Flores de Fundación Renaciendo, Sra. Francisca Gómez Lechaptois de Fundación Ciudad del niño; Jimena Lizama Cisternas, Directora Jurídica de la Fundación Iguales; y la participación de la Jueza de Familia de San Antonio Sra. María Olga Troncoso Vergara.

En su clausura, la jornada contó, por primera vez en nuestra Facultad, con la asistencia de niños, niñas y adolescentes, representantes de la Corporación Opción, quienes participaron en una instancia que permitió a los presentes salir por unos momentos del análisis teórico dogmático de los derechos de los niños y escuchar qué es lo que ellos realmente entienden por interés superior y qué esperan de los derechos que han sido consagrados en su favor y que los sitúan como sujetos – ya no objetos – de derecho.

DESTACADA PARTICIPACIÓN DE ACADÉMICOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE EN EL II CONGRESO NACIONAL DE JUECES Y JUEZAS

Con fecha 1 y 2 de septiembre, se desarrolló en la ciudad de Valparaíso el II Congreso Nacional de Jueces y Jueces de Familia, or-

ganizado por la Asociación Regional de Magistrados Valparaíso-Aconcagua. En dicha actividad, destacan las participaciones de los académicos de nuestra Facultad, Prof. Francisco Ferrada Culaciati, Prof. Gabriel Hernández Paulsen, Prof. Cristián Lepin Molina y Prof. Fabiola Lathrop Gómez, además de dos alumnas egresadas del Programa de Magís-

ter en Derecho de Familia(s) y Derecho de la Infancia y de la Adolescencia, de la Escuela de Postgrado de nuestra Facultad, María Paz Gutiérrez Adasme y Claudia Miranda Fuentes, ambas juezas de Familia en la Región Metropolitana, quienes expusieron temas vinculados con sus tesis de magíster.



EXITOSA REALIZACIÓN DE LAS II JORNADAS NACIONALES DE DERECHO FAMILIAR ORGANIZADAS POR LA UNIVERSIDAD DE TALCA

Esta iniciativa es producto del Consorcio de Facultades de Derecho de la Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad de Talca, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Católica del Norte y Universidad Diego Portales. En esta oportunidad, la organización estuvo a cargo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

En la jornada de inauguración, la Vicerrectora Académica, Gilda Carrasco, destacó la importancia de reflexionar *"en torno a una materia que es probablemente el área del Derecho más cercana a la gente común, ya que no hay nadie que, de forma directa o en*

su entorno inmediato, no haya sido afectado por sus normas, al menos una vez en su vida". Además, se contó con las conferencias del prof. Carlos Martínez de Aguirre, de la Universidad de Zaragoza, España, y de la prof. Úrsula Basset, de las Universidades Austral y Católica de Buenos Aires, Argentina.

Finalmente, se realizó el lanzamiento de las Actas de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Familiar, y se comunicó que la organización de las Terceras Jornadas Nacionales estarían a cargo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, a realizarse el año 2017. El prof. Jorge del Picó Rubio, al término de las

Jornadas, expreso que *"llegaron a muy buen término dos días de intensos encuentros que reunieron a prácticamente la totalidad de académicos chilenos vinculados a la disci-*

plina. Hubo 38 ponencias, dos conferencias internacionales, 11 paneles de especialistas y un público que superó las 240 personas, todo lo cual da cuenta de la magnitud de lo

realizado".

(Fuente: Universidad de Talca, 22 de julio 2016.)

AMPLIA PARTICIPACIÓN DE ACADÉMICOS EN EL XII SEMINARIO DE DERECHO CIVIL UCN

Durante los días 25 y 26 de agosto, en la sede de Antofagasta de la Universidad Católica del Norte se desarrolló el XII Seminario de Derecho Civil. Durante la inauguración, el Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, y Director de la Escuela de Derecho Antofagasta, prof. Cristián Aedo Barrena, señaló que *"es positivo para el país que este tipo de encuentros de alto nivel se realice en la Zona Norte. Destacó la participación de especialistas de distintas instituciones de*

educación superior, y agradeció el apoyo de Compañía Minera Zaldívar, de los académicos, del equipo de la Facultad y de la Escuela". En esta instancia destacó la conferencia inaugural de la invitada internacional, prof. Úrsula Basset, de la Universidad Austral y Católica de Argentina, y la participación de profesores de renombre nacional como los profesores de la Pontificia Universidad Católica de Chile Carolina Schiele Manzor, Marcelo Barrientos Zamorano y Patricio Carvajal Ramírez; de la Universidad Diego Portales el prof. Iñigo de la Maza Gazmuri, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los profesores Patricio Lazo González, Rodrigo

Momberg Uribe y Claudio Mejías Alonzo; de la Universidad de Chile, prof. Cristián Lepin Molina; de la Universidad Católica del Norte los profesores Alexis Mondaca Miranda, Daniela Jarufe Contreras y Cristián Aedo Barrena; de la Universidad Alberto Hurtado la prof. Lilian San Martín Neira; y de la Universidad de Talca, los profesores Marcela Acuña San Martín, Isaac Ravetllat Ballesté, Ruperto Pinochet Olave, y Carolina Riveros Ferrada.

Todas las ponencias e intervenciones se desarrollaron en torno a dos temáticas, una alusiva al Derecho Patrimonial, y la otra respecto del Derecho de la Familia y de la Persona.



MÁS DE 471 INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS. 83 DE ELLAS CORRESPONDEN A SUMARIOS EN CURSO POR POSIBLE MALTRATO DE FUNCIONARIOS CONTRA MENORES DEL SENAME

Por medio de una solicitud por Ley de Transparencia, el SENAME informó que se encuentran en curso 471 investigaciones por causas

vinculadas a maltrato contra menores de edad por parte de trabajadores del Servicio Nacional de Menores: *"es posible informar que al 4 de mayo de 2016, existen 83 sumarios administrativos en actual tramitación a lo largo del país".*

En este sentido, con fecha 27 de mayo, se interpuso una querrela por uno de los "casos emblemáticos" de violencia. La querrela dirigida en contra del SENAME por cuasi delito de homicidio como responsables directos de la muerte de Lissette (una niña de 11 años) por negligencia, falta de protocolo y la falta de capacidad del personal de trato directo.

En declaraciones vertidas en el Diario La Tercera, el Presidente de la Asociación Regional Metropolitana de trabajadores del SENAME,

René Sáez, refiriéndose a los casos de maltrato señaló que *"aunque ningún maltrato tiene justificación, hay que considerar la carga laboral de los funcionarios en los centros del SENAME. Por ejemplo, en San Joaquín había 265 jóvenes para más o menos 15 funcionarios a cargo del cuidado de estos. Además, hay turnos de más de 26 horas continuas".*

Al respecto, en el Senado se encuentran pendientes 3 proyectos de ley relacionados con el SENAME desde el año 2011 a la fecha, en los que se discute con el objeto de reformular la institución y fortalecer la Ley de Violencia Intrafamiliar. Además, se busca separar a menores infractores de ley de aquellos con riesgos por falta de redes de apoyo.

(Fuente: La Tercera, 23 de mayo 2016.)



AVANZA EN EL CONGRESO NACIONAL PROYECTO QUE ENDURECE SANCIONES EN CASO DE MALTRATO INFANTIL EN CONTEXTO EXTRA-FAMILIAR

Moción presentada el 20 de marzo del año 2014 por los Diputados Sr. José Pérez Arriagada, Sr. Juan Pablo Letelier Morel, Sr. Fernando Meza Moncada, Sr. José Miguel Ortiz

Novoa, Sr. Jorge Sabag Villalobos y la Diputada Sra. Alejandra Sepúlveda Orbenes, avanzó en su tramitación al ser aprobada en general. Este proyecto busca endurecer las sanciones por el maltrato infantil en contexto extrafamiliar.

En palabras del Senador Sr. Patricio Walker, *"lo que vamos a hacer es sancionar la violen-*

cia en contexto extrafamiliar, porque la violencia dentro del hogar está sancionada en Chile, pero cuando ocurre por ejemplo por una nana, un profesor, un educador de párvulo, un transportista escolar o un guardia de supermercado, hoy en día no está sancionado." Así mismo, in-

dicó: "estamos creando un registro de maltratadores, para que una persona que ha sido condenada por maltrato, no pueda volver a trabajar con niños, que tengan prohibición de trabajar con menores de edad. Vamos a incorporar indicaciones para que esas personas tengan que re-

habilitarse, someterse a tratamiento o trabajos comunitarios para intentar extirpar la violencia en Chile".

(Fuente: Senado, 22 de julio 2016.)



CORTE SUPREMA ENVÍA INFORMES SOBRE PROYECTOS QUE MODIFICAN LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Durante los últimos meses, nuestra Corte Suprema ha evacuado 2 informes, a petición del presidente del Senado Sr. Ricardo Lagos Weber, respecto de proyectos de ley que buscan realizar modificaciones a la actual Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar.

Del proyecto analizado, con fecha 1 de julio del presente año, la Corte Suprema emitió un informe referente a la moción presentada por las senadoras Sra. Isabel Allende Bussi, Sra.

Carolina Goic Borojević, Sra. Adriana Muñoz D'Albora y la Sra. Lily Pérez San Martín, cuyo objeto es el de incorporar sanciones a casos de violencia contra las mujeres ajenos al ámbito doméstico. En este sentido, los ministros Sr. Sergio Muñoz Gajardo, Sr. Patricio Valdés Aldunate, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sra. María Eugenia Sandoval Gouet, Sr. Juan Eduardo Fuentes Belmar, Sr. Ricardo Blanco Herrera, Sra. Andrea Muñoz Sánchez y Sr. Carlos Cerda Fernández estiman que "(...) aparece coherente con uno de los fundamentos esgrimidos por las autoras del proyecto, como es destacar que la actual regulación aborda el problema de la violencia contra las mujeres sólo en el ámbito de lo doméstico, limitándolo a las relaciones de pareja donde ha mediado convivencia o un vínculo familiar, lo que se buscaría superar con el artículo en consulta que superaría ese ámbito limitado, estableciendo una protección integral de la mujer respecto de toda violencia, por lo que fueron del parecer de informarlo favorablemente".

Respecto de la determinación de la pena en

los casos que propone el proyecto, nuestra Corte Suprema ha señalado que resultaría "pertinente reproducir lo que esta Corte ya ha expresado al conocer de otros proyectos de ley que limitan las facultades de los jueces en cuanto a la cuantificación de la pena, como es que se contraría el principio básico de igualdad ante la ley, ya que el autor de un delito mucho más grave, como p. ej., un homicidio, podrá obtener una rebaja de la pena legalmente establecida, merced al juego de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Así, entonces, la propuesta implica el cercenamiento de las atribuciones concedidas a los jueces penales por los artículos 65 y siguientes del estatuto punitivo, sobre todo en cuanto permiten graduar la magnitud de la sanción aplicable, tomando en cuenta, amén de otros factores, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, en particular las que autorizan a rebajar la pena prevista en la ley desde el mínimo de ella".

(Fuente: Poder Judicial, 02 de Agosto 2016.)

CUIDADO PERSONAL DE MENOR DE 5 AÑOS ES ENTREGADO A PAREJA DE MADRE BIOLÓGICA DE LA NIÑA

Jueza Aracena falló a favor de Jacqueline Díaz, ex pareja de la madre biológica de la menor, quien la cuidaba desde que fuere abandonada al poco tiempo de nacer, y cuyo padre se mantuvo ausente y sin contacto alguno con la menor.

Este juicio fue iniciado por Jacqueline Díaz con el apoyo del Movimiento de Liberación Homosexual (Movilh), y luego de algunas audiencias, se llegó a acuerdo y el tribunal de Familia determinó que Jacqueline tendrá el cuidado personal por los próximos seis meses.

Según la abogada del Movilh Melisa Manfredi "esto implica un reconocimiento inédito de un tribunal respecto a la homoparentalidad, en

tanto se basa en la idea de que hay dos figuras maternas, una de crianza y otra biológica, siendo para ojos de la justicia sólo la primera la que garantiza estabilidad a la niña. El paso siguiente debiera ser la lucha por la tuición definitiva por parte de Jacqueline, teniendo a su favor la determinación de hoy".

(Fuente: Diario Constitucional, 25 de julio 2016.)



ARGENTINA. SE ACOGE DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO ENTABLADA POR EL PADRE QUE HABÍA RECONOCIDO A HIJO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

El hombre alegó como fundamento de hecho de su pretensión que tuvo una relación extramatrimonial con la madre del niño, deman-

dada en los autos, quien en 2015 quedó embarazada, asegurándole ser el padre de su hijo. Por ello decide separarse de su cónyuge e iniciar una relación estable de convivencia con la demandada, lo que lo llevó a reconocer al niño como su hijo. Durante el mismo año, por diversos comentarios, cuestiona su paternidad respecto del menor de edad, por lo que decide realizarse un examen de ADN pri-

vado con el niño, el que concluye que no existe vínculo biológico entre ellos. Como agrega la misma fuente, “el hombre mencionó que ‘el error en el reconocimiento fue causado por el engaño de su ex pareja, quien mediante una actitud dolosa lo indujo a creer que era el padre del niño, pese a mantener relaciones sexuales al menos con otro hombre más durante el período de concepción’”. El fundamento de derecho de su demanda está amparado en el artículo 593 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Al fallar, la Corte señala que “la impugnación

del reconocimiento es la acción que controvierte el presupuesto biológico que implica o presupone dicho reconocimiento (...) la prueba que se arrime en el proceso debe estar encaminada a desvirtuar el vínculo genético entre reconociente y reconocido”. Para la magistrada, “quien procura la nulidad del reconocimiento deberá acreditar por cualquier medio probatorio el hecho que da fundamento a su pretensión (p. ej., el vicio de error, dolo o violencia, la coexistencia de reconocimientos, los vicios formales, etc.)”. Agrega que “el carácter determinante de esta prueba, que por otra parte ha sido consentida

por todas las partes involucradas en el proceso, me lleva a concluir acerca de la inexistencia de vínculo biológico entre el reconociente y el reconocido (...) sabido es que cada prueba puede aportar una incompatibilidad y si ésta es absoluta, el vínculo queda descartado, sin necesidad de realizar cálculo estadístico alguno, de modo que la exclusión de la paternidad es siempre certera”.

(Fuente: Diario Judicial, 25 de julio 2016.)

AGENDA

EXTENSIÓN

- **III CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO DE FAMILIA: “EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA VULNERABILIDAD EN EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS”**

Fechas 22 y 23 de noviembre del presente año; lugar Sede Capital Federal Universidad Austral (Cerrito 1250) y Campus Puerto Madero UCA. Mayor información en <http://www.austral.edu.ar/derecho/institucional/eventos/?eventId=1457&ogTitle=III%20Congreso%20Iberoamericano%20de%20Derecho%20de%20Familia:%20#8220;El>

- **SEMINARIO INTERNACIONAL “MATRIMONIO IGUALITARIO: HACIA LA IGUALDAD DE DERECHOS EN CHILE”**

Fecha 28 de noviembre del presente año; lugar Aula Magna, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Mayor información en <http://www.derecho.uchile.cl/familia>

- **SEMINARIO “VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN LA PAREJA: ANÁLISIS INTERDISCIPLINARIO”**

Fecha 12 de diciembre del presente año; lugar Sala Matilde Brandau, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Mayor información en <http://www.derecho.uchile.cl/familia>



JUEZ ARTURO KLENNER GUTIÉRREZ

EL CENTRO DE MEDIDAS CAUTELARES DE SANTIAGO

Licenciado en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Licenciado en Ciencias Jurídicas, por la Universidad Bolivariana; Abogado; Licenciado en Psicología y Psicólogo, por la Universidad de las Artes, Ciencias y Comunicación; Juez del 2° Juzgado de Familia de Santiago y Coordinador del Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago. Además es autor de diversos artículos y libros entre ellos: *“Esbozo del Concepto de Libertad. Filosofía del Derecho de Hegel”*, LOM/ARCIS, 2000; *“Poesía eco-lógica”*, Editorial In-Brasill, 2002; *“Demanda de indemnización de perjuicios por daños personales o patrimoniales en el tránsito en vías concesionadas: una aproximación desde la práctica y la jurisprudencia”*, AREMI, 2007, entre otros.

1. ¿POR QUÉ SE CREA EL CENTRO DE MEDIDAS CAUTELARES DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA DE SANTIAGO POR AUTO ACORDADO Y NO POR LEY?

El Centro de Medidas Cautelares (en adelante CMC) se crea por Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema (en adelante Acta 135-2010), según lo expone la misma acta de 3 de septiembre de 2010, con el objeto de *“responder a las demandas de los usuarios del sistema con mejores y oportunas medidas de gestión, organización y asignación de personal”* en materias tan relevantes como son la violencia intrafamiliar y las medidas de protección. Hay que recordar que a esa fecha estos temas que hoy se encuentran en el debate público, no estaban visibilizados, por lo que el Poder Judicial se anticipa a los problemas al plantear dentro de los objetivos que *“se hace necesario lograr una mejor atención a niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar, mediante criterios de especialización que aseguren calidad en la gestión, unidad y rapidez en las resoluciones y actuaciones judiciales”*, según consta en la citada acta.

2. ¿ES EL CENTRO DE MEDIDAS CAUTELARES UN TRIBUNAL ESPECIAL?

Lo que define a un tribunal es la creación del cargo de juez, lo que no sucede en el CMC, que opera con jueces preferentes cuya titularidad corresponde a los cuatro Juzgados de Familia de Santiago.

3. ¿CUÁLES SON LAS MATERIAS SOBRE LAS QUE CONOCE EL CENTRO DE MEDIDAS CAUTELARES DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA DE SANTIAGO?

La competencia material del CMC está consagrada en el Acta 135-2015, esto es, violencia intrafamiliar, medidas de protección, infracción de ley y las demandas de entrega inmediata.

La labor del CMC comprende la etapa de tramitación propiamente tal y el cumplimiento de la sentencia que se dicte.

“El Poder Judicial se anticipa a los problemas al plantear dentro de los objetivos que ‘se hace necesario lograr una mejor atención a niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar, mediante criterios de especialización que aseguren calidad en la gestión, unidad y rapidez en las resoluciones y actuaciones judiciales’”

4. ¿CUÁNDO UN ACTO ES CONSTITUTIVO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR?

Para contestar hay que remitirse a la Ley de Violencia Intrafamiliar, de la que se desprende que la violencia intrafamiliar puede ser episódica o habitual, considerando por tal todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de las personas específicamente señaladas en el artículo 5. La violencia no habitual es de conocimiento de los Tribunales de Familia; la habitual, es decir aquella que se hace con pautas de reiteración y persistencia en el tiempo, es de conocimiento de la judicatura penal, previa investigación del Ministerio Público.

Al respecto, ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, con fecha 29 de julio de 2008, conociendo de una contienda de competencias en el Rol N° 1442-2008, cuyo considerando 14 señala que del análisis del artículo 90 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, *“se desprende que el juez al advertir que los hechos en que se basa una denuncia o demanda revisten caracteres de delito debe ‘de inmediato’ declararse incompetente y remitir los antecedentes al Ministerio Público para que éste, sin dilación, pueda ejercer la función que la Constitución le asigna”*.

Esto tiene mucha importancia por cuanto aún algunos estiman que el Tribunal de Familia debe investigar si existe maltrato habitual, para lo cual sería necesario contar con más antecedentes que la sola declaración de la víctima, lo que no parece condecirse con una interpretación armónica de la Ley que crea los Tribunales de Familia, la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público.

5. ¿CUÁL ES LA LÍNEA QUE SEPARA UNA DENUNCIA POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CON JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES PENALES DE UNA DENUNCIA ANTE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA? ¿QUÉ OCURRE CON EL TRIBUNAL DE FAMILIA Y LA FISCALÍA CUANDO AMBOS SE DECLARAN INCOMPETENTES?

La línea que separa ambas judicaturas es, como se ha dicho, la habitualidad, concepto que obedece a las pautas del área psicosocial que estudia la violencia intrafamiliar como fenómeno, muy particularmente en concordancia con los tratados internacionales sobre la materia. No hay que olvidar que los tratados internacionales consideran la violencia intrafamiliar y, sobre todo, la violencia intrafamiliar contra la mujer como un delito.

Cabe señalar que las disciplinas que han estudiado el fenómeno de la violencia, como la psicología y la sociología, tienden a concluir que se trata de pautas relacionales, por lo que la violencia episódica no es la regla, sino la habitualidad del comportamiento, lo que reviste ciertamente gravedad, razón por la cual se le ha entregado su investigación y castigo a los órganos de persecución y sanción penal.

En este contexto, es importante que la sociedad tome conciencia de

que este fenómeno es complejo y que causa estragos en las vidas de las personas afectadas y sus familias, incluso al punto de causar la muerte, lo que es un tema del que, como sociedad, debemos hacernos cargo, particularmente si se considera la alta tasa de femicidios de nuestro país.

Cuando el Ministerio Público y los Tribunales de Familia se declaran incompetentes, quien dirige es el Tribunal Constitucional, lo que es de muy baja ocurrencia por cuanto el ente persecutor entiende que la obligación de Tribunal de Familia es remitir los antecedentes cuando advierte habitualidad, conforme al artículo 14 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, mientras que la investigación, según lo señala el Código Procesal Penal, corresponde de manera exclusiva al Ministerio Público, lo que es reiterado en la Ley Orgánica Constitucional de esta institución.

“Este fenómeno es complejo y causa estragos en las vidas de las personas afectadas y sus familias incluso al punto de causar la muerte, lo que es un tema del que como sociedad debemos hacernos cargo”

6. ¿EN QUÉ CONSISTEN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y CUÁLES SON?

Las medidas de protección están contempladas en el artículo 30 de la denominada Ley de Menores, lo que debe relacionarse con el artículo 8 N° 7 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, en lo que respecta a la competencia de éstos. Son principalmente dos:

- Derivación a programas de orientación, de apoyo y o de reparación, entre los que se incluyen DAM, PRM, PPF, PIE, FAE, entre otros.
- Separación del niño de sus padres o figuras significativas, particularmente dada por la internación del niño en un hogar residencial.

La separación, por cierto, es extrema. Se puede decretar como cautelar o como medida de protección, lo que tiene relevancia de acuerdo su finalidad: en un caso, cautelar, su fin es interrumpir una vulneración; en el otro, la idea es restituir un derecho, para lo cual se requiere muchas veces de una intervención familiar que habilite el retorno del niño a su medio natural que es la familia.

Por otra parte, desde la perspectiva del procedimiento, debe revisarse desde el artículo 68 y siguientes de la Ley que crea los Tribunales de Familia. Es importante destacar que el artículo 71 consagra medidas cautelares y no de protección, que son las que permiten la interrupción de la afectación de un derecho mientras se sustancia el proceso, que puede ser iniciado por iniciativa del Tribunal de Familia o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del

director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello. En cualquiera de estos casos, no es necesario cumplir con formalidad alguna, bastando la petición de protección para que se inicie el procedimiento, como lo dispone el artículo 70 de la ley ya aludida.

Finalmente quisiera destacar que tanto las medidas cautelares, como las medidas de protección, son eminentemente provisionales, lo que significa que pueden modificarse, ampliarse, restringirse o cesar, en la medida en que haya en el proceso antecedentes suficientes para cada una de estas posibilidades.

7. ÚLTIMAMENTE HA SIDO MUY CUESTIONADA LA MEDIDA DE PROTECCIÓN CONOCIDA COMÚNMENTE COMO “ORDEN DE ALEJAMIENTO” ¿HAN SIDO EFECTIVAS LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO EN LAS CAUSAS DE VIF? ¿SIRVE EL EXAMEN DE DETERMINACIÓN DE RIESGO PARA DECRETAR LA MEDIDA DE PROTECCIÓN?

Las órdenes de alejamiento en causas de violencia intrafamiliar y de protección han sido altamente efectivas para proteger a las respectivas víctimas. De aquí que lo relevante de estas medidas es que la ley contempla la obligación de decretarlas sin necesidad de audiencia o traslado de la persona que será eventualmente afectada por la misma y es precisamente este punto el que permite dar protección a la víctima, por cuanto lo que corresponde frente a la violencia es interrumpirla y ello pasa porque la persona sindicada como agresora se aleje de la víctima.

“El hecho de denunciar ya resulta un factor protector, que por cierto debe ser acompañado de las medidas que la ley entrega al juez para una protección integral de la víctima”

La necesidad de cautela da cuenta de la inminencia de un riesgo, sí de un riesgo tal como la muerte de una persona. En ese contexto, ¿se imaginaría usted que una víctima denuncie hechos que además revisiten caracteres de habitualidad y que el tribunal deba citar al denunciado para darle la palabra sobre los hechos? Y en el intertanto, ¿quién se hace cargo de la protección de la persona

denunciante?, ¿quién le brinda seguridad frente a su agresor? Y lo que es más difícil de responder, ¿quién responde por el resultado fatal mientras se esperaba la respuesta del denunciado que en vez de ir al Tribunal volvió a atacar a la víctima?

Claramente dejaríamos a la víctima aún más indefensa de lo que se encuentra y me parece que no es ese el espíritu de la ley, tampoco

de los tratados internacionales que se pronuncian sobre la violencia. Por otro lado, particularmente en el caso de cautelares adoptadas en resoluciones de incompetencia por delito, de ningún modo constituye una vulneración del debido proceso, que tiene sede penal, por lo que es en dicha instancia donde latamente deben investigarse los hechos, debatirse la necesidad más extensa de cautela y sancionarse, si fuere procedente.

Quisiera señalar, además, que, actualmente, un equipo conformado por un Juez y varias Consejeras Técnicas están analizando los femicidios registrados en Chile desde el año 2008. En ese contexto de datos es posible constatar que, de los 45 femicidios registrados en nuestro país en el año 2015, solo 5 tenían denuncias anteriores: 2 recientes y 3 antiguas. Así las cosas, el hecho de denunciar ya resulta un factor protector, que, por cierto, debe ser acompañado de las medidas que la ley entrega al juez para una protección integral de la víctima.

8. ¿CUÁL SERÍA LA SITUACIÓN EN LA QUE VIVEN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUE SE ENCUENTRAN CON VULNERACIÓN DE DERECHOS?

La pregunta atiende a múltiples situaciones, tantas como casos concretos conocemos, pues si bien hay un catálogo de derechos vulnerables, en cada caso se le vulnera o amenaza de una manera particular, que debe atenderse de manera específica.

Lo importante, como ya señalé, es que la ley, particularmente el artículo 68 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, contempla la facultad de adoptar medidas frente a vulneraciones o amenazas de vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en concordancia con otros cuerpos legales, como la Ley de Menores y, particularmente, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

En tal sentido, si para el procedimiento contempla desde la simple amenaza de un derecho hasta su vulneración efectiva, con eventuales niveles de gravedad, podemos afirmar que el propósito de la acción va desde la prevención hasta la evitación de la cronificación, pasando por la reparación y restitución de derechos.

9. ¿RESULTA REALMENTE PROTECTORA LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNACIÓN?

La internación de un niño es una de las más difíciles medidas que debe adoptar un Juez de familia, es de carácter excepcional.

Responder con sí o no, implica el riesgo de la simplificación. Para los efectos de este espacio, diría que la medida puede ser muy protectora en caso de abuso o maltrato grave, que no solo no es problematizado por el grupo familiar, sino que es normalizado, por lo que

el niño no cuenta al interior de la familia con personas significativas que puedan impedir que tal situación continúe. En tales casos, la salida del hogar o prohibición de acercamiento son inoperantes, pues de nada sirve sacar a la familia o personas significativas del entorno, dejando al niño solo en el hogar, enfrentado a otros riesgos no menores.

En estos casos, que lamentablemente no son pocos, la internación sí es una medida protectora a corto plazo. A largo plazo el análisis es distinto, pues la internación puede producir daños. Por ello, en el CMC se ha establecido una subunidad especializada, orientada a llevar el seguimiento de todos los niños con medidas de internación y con el objetivo de realizar las gestiones suficientes y necesarias para restablecer el derecho de vivir en familia. Con el mismo propósito se realizan audiencias periódicas de revisión de medidas que permiten al Juez y a los equipos de intervención ajustar los alcances de la permanencia en una residencia, proponer y revisar objetivos de reinserción familiar, etc. En el mismo sentido se trabaja durante las visitas periódicas a las residencias, que son una obligación legal de los jueces de familia. Durante las visitas, que se realizan en periodos que no pueden exceder de seis meses, el Juez, asesorado por uno o más Consejeros Técnicos, analiza en terreno las condiciones de habitabilidad y revisa la causa proteccional con el propósito de un pronto y eficaz logro de la reinserción familiar.

Es importante señalar, finalmente, que existen alternativas que re-

fuerzan la idea de la internación como medida excepcional. Me refiero específicamente a los programas FAE, o familias de acogida especializada, vincular o sustituta. Por cierto, una vía de reforzar la excepcionalidad, es poner énfasis y potenciar los programas de apoyo ambulatorio.

10. EN SU OPINIÓN: ¿QUÉ LE PARECE LA DECISIÓN DE QUE EL CENTRO DE MEDIDAS CAUTELARES AHORA SE ENCUENTRE BAJO LA SUPERVISIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO? ¿TRAERÁ ALGUNA CONSECUENCIA?

La decisión de la Excelentísima Corte Suprema recientemente anunciada es la conclusión de una serie de medias previamente adoptadas y estudiada ya desde hace tiempo, por lo que no es una sorpresa.

Desde la perspectiva orgánica, los jueces siempre hemos dependidos de la Ilustrísima Corte, que es nuestro superior jerárquico, por lo que la decisión es plenamente coherente con este aspecto.

Además, me parece una excelente noticia para los funcionarios que ahora son funcionarios judiciales y por ende se encuentran en igualdad de condiciones que quienes se desempeñan en los tribunales. Antes dependían de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

11. FINALMENTE, ¿QUÉ ES LO QUE AUGURA EL FUTURO DEL CENTRO, CUÁLES SON LOS PLANES QUE SE VIENEN?

Creo que el CMC ha dado respuestas concretas a los temas relativos a la violencia intrafamiliar y medidas de protección; se ha configurado de este modo en un referente importante en la solución de problemas jurídicos tan delicados y complejos como los señalados, lo que se demuestra con la gran cantidad de causas que ingresan diariamente y el número de personas que se atienden en audiencias inmediatas.

En términos generales, los números dan cuenta de un alto grado de atención de público en audiencias:

AÑO	NO PROGRAMADAS		PROGRAMADAS		TOTALES
	PRELIMINAR	PREPARATORIA	JUICIO	REV. MED.	
2011	2.661	6.813	1.586	1.134	12.194
2012	3.610	6.622	1.485	1.439	13.156
2013	4.419	7.709	1.938	1.328	15.394
2014	4.082	8.087	2.074	1.687	15.930
2015	5.707	8.629	2.139	2.101	18.576
2016	3.804	5.038	1.278	1.164	11.284
TOTAL	24.283	42.898	10.500	8.853	86.534

Desde su creación, a fines de 2010, y hasta julio de 2016, el total de causas ingresadas en el CMC supera las 150.000 causas:

INGRESOS	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
V		0	0	0	0	0	0	0
W		20	2	1	0	0	0	23
P	1.689	7.687	7.406	7.983	7.601	7.482	5.024	44.872
I	360	2.691	2.762	2.907	1.760	1.433	1.374	13.287
M		0	0	0	0	0	1	1
A		0	0	0	0	0	0	0
C	76	612	452	423	396	467	367	2.793
T		0	0	0	0	0	0	0
X	40	273	106	141	187	251	223	1.221
Z		15	29	19	30	28	9	130
E	1	1.090	1.872	2.457	3.083	3.556	2.817	14.876
F	2.122	14.443	13.073	13.636	13.227	12.816	8.052	77.369
TOTAL	4.288	26.831	25.702	27.567	26.284	26.033	17.867	154.572

Se trata de aproximadamente 1000 personas que acuden mensualmente, para cuya atención contamos con jueces, consejeros técnicos y funcionarios especializados y completamente comprometidos con los usuarios:

	2013	2014	2015	2016	TOTAL
USUARIOS ATENDIDOS	13.304	13.632	12.843	7.401	47.180

En lo que concierne a Consejeros Técnicos, y considerando solo desde el año 2014, las opiniones firmadas en el sistema por los Consejeros Técnicos preferentes de los Tribunales en funciones en el CMC, las opiniones efectuadas por los profesionales de los proyectos (FAE, Resumen Ejecutivo de Causas, Proyecto de Seguimiento de Niños derivados a programas SENAME y Seguimiento de violencia intrafamiliar) y las opiniones emitidas por los profesionales a contrata, alcanza números muy relevantes:

AÑOS	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	TOTAL	PROMEDIO
2014	995	857	980	992	996	1024	941	812	875	1025	930	1145	11572	964
2015	999	965	911	877	834	891	892	845	814	786	926	974	10714	893
2016	1152	1159	895	813	886	808	742						6455	922

Creo que precisamente el traspaso del CMC a la dependencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones es una señal clara de su estabilidad, lo que implica continuar el trabajo que desde su creación se viene realizando en la coordinación de mesas técnicas en materia proteccional y de violencia; charlas y capacitaciones, tanto internas como externas; coordinación con las redes de apoyo, públicas y privadas; trabajos de investigación, como el que se hace actualmente sobre femicidios; continuar fortaleciendo derechos tales como la defensa material de los niños, por ejemplo, a través de la mesa de trabajo de curadores ad litem, que va en la línea de las garantías integrales; entre muchas otras actividades y desafíos que tenemos programados para el futuro.



PROYECTO DE LEY SOBRE MONITOREO TELEMÁTICO EN CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

“Comentario al proyecto que modifica de la Ley N° 19.968 y Ley N° 20.066 para incorporar una medida cautelar especial en favor de las víctimas de violencia intrafamiliar y facultar al tri-bunal, en casos calificados, a controlar su cumplimiento por medio del monitoreo telemático.”

Hace pocos días fue aprobada en la sala del Senado, por 27 votos a favor, la idea de legislar sobre un proyecto de ley que entrega nuevas herramientas jurídicas para hacer frente a la violencia contra la mujer, un fenómeno social grave que azota a nuestra sociedad, con mayor frecuencia de la que esperaríamos en una comunidad civilizada.

Según datos aportados por la Biblioteca del Congreso Nacional, en los últimos 10 años la gran mayoría de las víctimas de violencia intrafamiliar han sido mujeres (82%); 12% corresponde a hombres y, niños, niñas y ancianos concentran el 6% del total de casos que, contrariamente a lo que se cree, en un porcentaje muy bajo gozaban de medida cautelar.

Lo verdaderamente preocupante es que en muchas ocasiones los agresores que debieron observar las medidas cautelares dispuestas a través de resolución judicial, no las cumplieron, haciendo de dicho instrumento una herramienta ineficaz. Ello afecta no solo a las víctimas, sino al sistema mismo que se deslegitima.

Si bien la legislación en materia de violencia intrafamiliar ha tenido avances importantes, no es menos cierto que requiere seguir modernizándose para conseguir el objetivo central, cual es **minimizar los actos de violencia intrafamiliar y rebajar drásticamente las tasas de víctimas de agresiones.**

CUADRO RESUMEN

El proyecto de ley contenido en el Boletín N° 9.715-07, presentado el 12 de noviembre de 2014, mediante una moción presentada por la senadora Adriana Muñoz D'Albora, busca incorporar la medida cautelar de monitoreo telemático de los agresores en favor de las víctimas de violencia familiar en el caso de que los Tribunales de Familia decreten medidas de protección a favor de la víctima, previstas en el artículo 92 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Entre otros aspectos, el proyecto encarga a una unidad de Carabineros o de la Policía de Investigaciones el velar por el cumplimiento de la medida y faculta a *“las instituciones policiales, el Ministerio Público, y Gendarmería de Chile celebrarán protocolos de actuación interinstitucionales, los cuales deberán ser comunicados a cada Corte de Apelaciones, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública”* con el fin de dar operatividad a las medidas, en especial la de monitoreo telemático mediante tobillera electrónica, puesto que Gendarmería se encuentra encargada de este mecanismo (que se encuentra concesionado). La razón de agregar un nuevo artículo, que sería el 101 bis, está dada por cuestiones de Derecho Administrativo entre las diferentes instituciones, en especial Gendarmería cuya acción se haya circunscrita al ámbito penal.

Esta moción implicaría que se modifiquen los siguientes cuerpos legales conforme detallamos:

- Ley 19.968 que crea los tribunales de familia: modifica el artículo 93 agregando un nuevo inciso segundo al artículo 93 y pasando el segundo a ser tercero, agrega un artículo nuevo el 101 bis.
- Incorpora a la letra b) del artículo 15 bis de la ley N° 18.216, en que se prevé la libertad vigilada intensiva, una nueva oración final: *“También procederá tratándose del delito establecido en el artículo 14 de la ley N° 20.066”*

En este contexto, a fines de 2014 presenté un proyecto de ley (Boletín N° 9715-07), que modifica las leyes Nos 19.968 y 20.066 para incorporar una medida cautelar especial en favor de las víctimas de violencia intrafamiliar y facultar al tribunal, en casos calificados, a controlar su cumplimiento por medio del monitoreo telemático. Se buscaba reforzar de esta manera la potestad cautelar del juez de familia para poder adoptar de modo preventivo y antes de la secuela del juicio, medidas eficientes tendientes a evitar –o minimizar– los actos de violencia.

Por consiguiente, el proyecto, en su versión original, estaba orientado a consagrar en la Ley N° 19.968, la protección expresa de la víctima de violencia intrafamiliar como un principio general de la legislación de familia.

La Corte Suprema, al informar este proyecto en noviembre de 2014, señaló que ello no sería necesario por ya existir las herramientas jurídicas en la ley vigente. Particularmente, se sostuvo que dichos magistrados cuentan con una facultad general de cautela. Sin embargo, los hechos han demostrado que, por diversas razones, no ha resultado suficiente.

Si bien, como señala el máximo tribunal, en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, la potestad cautelar está consagrada en términos bastante amplios, no es menos cierto que, en general, los jueces no tienden a la dictación de medidas innovadoras. En efecto, las medidas cautelares más decretadas por los jueces de familia son la salida del hogar común, la prohibición de acercamiento y, en menor medida, otras como la fiscalización policial.

Por consiguiente, se requiere fortalecer los instrumentos con que cuentan los tribunales de familia para verificar la observancia de sus resoluciones judiciales y así cumplir con la obligación establecida en

“El hecho de denunciar ya resulta un factor protector, que por cierto debe ser acompañado de las medidas que la ley entrega al juez para una protección integral de la víctima”

asegure de mejor forma integridad de la víctima, sus parientes y bienes.

Hoy no hay norma alguna en la legislación sobre violencia intrafamiliar que permita el monitoreo telemático, o que ordene la aplicación de alguna tecnología capaz de vigilar la observancia o cumplimiento de una medida cautelar decretada, como podría ser la posibilidad

de enviar un SMS, o un mail al tribunal, o a las policías, e incluso establecer que sea la víctima la que solicite ser vigilada telemáticamente. La atribución genérica no se ha concretado en medios tan concretos.

Así las cosas, luego de arduos debates en el seno de la Comisión de Constitución del Senado, el proyecto aprobado finalmente consagró que la resolución judicial que imponga la medida cautelar establecida en el número 1 del artículo 92 de la Ley N° 19.968, podrá incorporar estos sistemas de control.

Se aprobó que dicha resolución **indicará el sistema de supervisión electrónica, que podrá consistir en el monitoreo telemático, una aplicación para teléfono móvil, plataforma web u otra tecnología análoga, que permita a la policía tomar conocimiento del quebrantamiento de la mencionada medida y otorgar el auxilio inmediato a la víctima, obligando, además, al juez**, a precisar la unidad de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones de Chile que deberá velar por su cumplimiento. Pudiera ser también Gendarmería, si se admite a este servicio supervigilar medidas cautelares y no solamente el cumplimiento de penas.

Este es un paso cualitativo, ya que no se modifica la potestad cautelar del juez, sino que se complementa, otorgándole herramientas prácticas, para que sus resoluciones sean cumplidas y, desde luego, para que las víctimas estén más protegidas.

El proyecto, asimismo, consagra un nuevo artículo 101 bis, para la Ley N° 19.968, permitiendo que para los efectos del cumplimiento de las normas establecidas en el párrafo de las cautelares, las instituciones policiales, el Ministerio Público, y Gendarmería de Chile celebren protocolos de actuación interinstitucionales, los cuales deberán ser comunicados a cada Corte de Apelaciones, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Por último, el texto aprobado extiende la aplicación del monitoreo telemático, a aquellas personas condenadas por el delito de maltrato habitual contemplada en la Ley N° 20.066, por la vía de hacer aplicable la libertad vigilada intensiva a esta conducta.

Con todo, se han señalado dificultades prácticas para la aplicación de este monitoreo, como sería el costo económico que esta iniciativa irrogaría al erario público. Al respecto, en primer término deben considerarse los costos sociales y económicos de acciones alternativas, como la prisión preventiva. Se indica, a vía referencial, que la internación es más de tres veces más cara que el uso de estos sistemas. Asimismo, las evaluaciones preliminares solo han advertido un 2% de vulneraciones.

Además, esta es una herramienta que apunta a fortalecer la confiabilidad institucional, que ciertamente se resiente cada vez que se produce un femicidio existiendo una medida cautelar que no se cumple.

Es evidente que este tipo de acciones son específicas y acotadas

y deben ser complementadas con otras, tanto en el propio ámbito penal (ampliación del femicidio más allá del ámbito afectivo y revisión de agravantes y atenuantes), como muy especialmente en lo cultural, mediante una normativa integral respecto de la violencia de género, que incorpore, además, elementos que apunten a terminar con patrones culturales que minimizan a la mujer y que se encuentran en la base de este tipo de agresiones.

Finalmente, es necesario recordar que cada mujer agredida o asesinada es un fracaso de nuestra sociedad y del Estado que tiene el deber legal y ético de dispensar la debida seguridad de sus mujeres.

ADRIANA MUÑOZ D'ALBORA

Senadora

Senado de la República de Chile

RECOMENDAMOS EN LA WEB

REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO,

N° 21 (PRIMERA PARTE), ENERO 2016



Revista semestral cuyo objeto es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de todos los juristas la doctrina en el ámbito iberoamericano en las áreas de Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil, dirigido a juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones. La dirección general de la Revista está a cargo del Dr. Orlando Parada Vaca y la dirección académica a cargo del Dr. José Ramón de Verda y Beamonte.

En este número se recoge el análisis de autores y profesores de países como España, México, Chile y Bolivia, entre los que destacan los comentarios de Pedro Talavera Fernández, Gisela Pérez Fuentes, Cristián Lepin Molina, Pablo Quinzá Redondo, Enrique Ortiz Herrera, Marco Ascencio Otarola, etc.

<http://www.revistabolivianadederecho.org/index.php/rbd/revista-digital-pdf/send/2-nuestras-publicaciones-revista-rbd/1409-revista-rbd-n-21>



POSTULACIONES ABIERTAS

PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO DE FAMILIA(S) Y DERECHO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA.

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

Coordinador Académico

Prof. Cristián Lepin Molina.

Comité Académico

Prof. Maricruz Gómez de la Torre Vargas y Prof. Gabriel Hernández Paulsen.

Claustro Académico

Dra. Maricruz Gómez de la Torre Vargas; Mg. Cristián Lepin Molina; Dra. Fabiola Lathrop Gómez; Dra. Claudia Cárdenas Aravena; Dr. Gabriel Hernández Paulsen; Prof. María Nora González; Mg. Mauricio Tapia Rodríguez; Dr. Eric Palma González; Mg. Gonzalo Berríos Díaz; Mg. Sergio Cortés Beltrán; Mg. Francisco Ferrada Culaciatí; Prof. Cristián Maturana Miquel; Prof. Raúl Tavolari Oliveros; Dr. Carlos Pizarro Wilson; Dra. María Isabel Salinas Chaud; Mg. Ximena Tudela Jiménez; Mg. Pablo Cornejo Aguilera; Dra. María Francisca Elgueta Rosas; Mg. Gabriel Muñoz Bonacic; Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci; Dra. Graciela Medina; Dr. Carlos Villagrasa Alcaide; Dra. Lidia Casas Becerra; Mg. Soledad Larraín Heiremans; Mg. Claudio Fuentes Maureira.

Cursos y Seminarios

Evolución de la(s) Familia(s) y Problemas actuales del Derecho de Familia(s) y del Derecho de la Infancia y Adolescencia; Derecho Matrimonial; Derecho de la Filiación y de la Responsabilidad Parental; Derecho de la Infancia y de la Adolescencia; Derecho Procesal de Familia(s); Puntos de convergencia entre Derecho de Familia(s), Derecho de la Infancia y de la Adolescencia y Bioética; Cuestiones de Derecho Internacional Privado en el Derecho de Familia(s) y en el Derecho de la Infancia y de la Adolescencia; Daños en el Derecho de Familia; Violencia Intrafamiliar; Transformaciones del Derecho Civil Español. Evolución y Perspectivas; Peritajes; Litigación en el Derecho de Familia(s); Proyecto de Tesis o Actividad Formativa Equivalente a Tesis.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

Más información en: <http://www.derecho.uchile.cl/postgrados/83376/derecho-de-familias-y-derecho-de-la-infancia-y-de-la-adolescencia>

Postulaciones en línea:

02 Noviembre 2016 – 13 Enero 2017.
<https://postulacionpostgrado.uchile.cl/>

Matriculas:

06 Marzo 2017 – 10 Marzo 2017

Comienzo de las clases:

Marzo 2017

Cupos limitados: 22 vacantes

Costo: Arancel 70 UF (semestrales),
Matricula \$127.200(referencial 2016)

Dirección: Avenida Santa María N° 200,
Providencia

Teléfono: +562 29785483

E-mail: mdfia@derecho.uchile.cl



¿ARREBATO Y OBCECACIÓN PASIONALMENTE CONDICIONADOS COMO ATENUANTE POR UN FEMICIDIO FRUSTRADO? ¹

1. LA DECISIÓN DE LA CORTE DE LA SERENA

Por sentencia de 31 de mayo de 2016, la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia condenatoria, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle con fecha 5 de abril del mismo año, que impusiera una pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, sustituyéndola por una de libertad vigilada intensiva, a un hombre condenado como autor de un hecho constitutivo de femicidio —y así, por implicación, de parricidio— en grado de frustrado, por haber apuñalado a su cónyuge haciendo uso de una tijera de podar, dejándola con heridas corto-punzantes en varias zonas de su cuerpo, tras haber sido revelada a aquél la infidelidad conyugal en que había incurrido ésta. El aspecto del fallo de la Corte que será objeto primordial de consideración aquí está constituido por el reconocimiento de la atenuante prevista en el N° 5 del artículo 11 como factor de la determinación de la pena. Pues es ciertamente posible controvertir que, en un caso como el presentemente considerado, en efecto resulte aplicable la atenuante consistente en que el hechor haya obrado “por impulsos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación”.

Para entrar en el problema, es imprescindible tener en cuenta los fundamentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones de La Serena, en el considerando N° 14 de su fallo, para validar la decisión adoptada por el tribunal de juicio oral. En lo específicamente concerniente a la configuración de la ya mencionada atenuante, la Corte recurrió a la autoridad doctrinal de Cury para definir, en primer término, lo que habría que entender por “arrebato” y “obcecación” en el contexto de la disposición legal. Así, y citando a Cury, la Corte afirmó que, mientras por “arrebato” tendría que entenderse “una perturbación intensa en la capacidad de autocontrol de la persona”, el término “obcecación” designaría “una alteración de las facultades intelectuales (razonadoras) que impiden [sic] una adecuada dirección de la conducta conforme a sentido”.

Inmediatamente a continuación, y en segundo término, la Corte hizo

suya la explicación del efecto atenuante que tendrían el arrebatos y la obcecación asimismo ofrecida por Cury, consistente en que “en ambos casos, la posibilidad del autor para autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho se encuentra mermada”. En tercer lugar, y en lo tocante al carácter del estímulo que ha de condicionar tal merma del juicio práctico del agente, la Corte, una vez más reproduciendo literalmente el parecer de Cury, observó que “todo lo que requiere la ley es que el estímulo sea lo bastante poderoso como para causar ‘naturalmente’ —esto es en el hombre medio— un estado de arrebatos a [sic] obcecación”. Esto, según Cury y la Corte, es algo que no tendría que verse relativizado por el hecho de que el estado de alteración pasional desencadenado por el estímulo en cuestión esté anclado en “motivaciones éticamente reprobables”, a las cuales, “a causa de la fragilidad humana”, “es preciso reconocer una capacidad para originar perturbaciones emocionales intensas en la generalidad de los hombres”. Finalmente, la Corte se ocupó del problema representado por proximidad temporal que tendría que darse entre la activación del estímulo y la perpetración del respectivo hecho punible, respecto de lo cual sostuvo, una vez más reproduciendo literalmente la opinión de Cury —aunque apoyándose, asimismo, en otras autoridades doctrinales coincidentes a este respecto—, que la regulación “no exige que entre el estímulo y la ejecución del delito medie un determinado espacio de tiempo”, siendo suficiente, antes bien, “que el Estado [sic] de arrebatos a [sic] obcecación perdure al momento de perpetrarse el hecho punible”, siendo enteramente posible asumir la factibilidad de “situaciones excepcionales en las cuales [las alteraciones] perduran por un lapso prolongado o reaparecen excitadas por circunstancias que rememoran su origen”.

Sobre tal base, y tras recordar que “es el juez quien aprecia lo poderoso del estímulo tal como la determinación de si dicho estímulo,

“Son múltiples las deficiencias exhibidas por la argumentación ofrecida por la Corte”

1. C. La Serena, Rol 227-2016, 16 junio 2016 y C. La Serena, Rol 159-2016, 31 mayo 2016 en www.pjud.cl

naturalmente, produciría en el hombre medio el arrebató u obcecación”, la Corte concluyó que la atenuante sí se había configurado en la situación en la que tuvo lugar el ataque constitutivo de femicidio frustrado.

Son múltiples las deficiencias exhibidas por la argumentación ofrecida por la Corte. En primer lugar, el considerando recién reseñado ni siquiera hace cabalmente explícita la relación que, según la Corte, existiría entre los conceptos de arrebató y obcecación. El uso de la conjunción disyuntiva “u” —en más de una ocasión erráticamente reemplazada por “a”— por parte de la Corte, no obstante el hecho de que en la disposición legal figure, en cambio, la conjunción copulativa “y”, sugiere que la Corte asumió que la atenuante en cuestión conocería dos variantes alternativas, en el sentido de que el autor tendría que haber perpetrado el hecho afectado o bien por un arrebató o bien por una obcecación condicionado por el o los estímulos en cuestión. Ésta es una tesis que encuentra asidero en la interpretación doctrinal del artículo 11 N° 5. Así por ejemplo, Novoa sostenía que el uso de la conjunción copulativa tendría que ser calificado como un error legislativo, en razón de que “el arrebató y la obcecación son alteraciones anímicas muy diversas, que raramente irán juntas”.² Pero que sea más o menos improbable que una misma persona se vea simultáneamente afectada por uno y otro estado no es en absoluto una razón para descartar que sea justamente su concurrencia aquello a lo cual la regulación legal atribuye efecto atenuante. En efecto, si el arrebató consiste en “un acceso súbito e intenso de pérdida de control de los actos propios”, en tanto que la obcecación es “una ofuscación persistente de la razón, que priva del normal discernimiento respecto de la conducta que se ha de seguir”,³

“Es claramente insuficiente la manera en que la Corte asumió como no problemática, sin más, la compatibilidad entre la requerida ‘naturalidad’ de la conexión entre el impulso y el estado de alteración pasional”

que en ello sea adecuadamente reconocible una base de atenuación de su responsabilidad.⁴

entonces parece plausible sugerir que es solo la conjunción de ambos estados lo que podría ameritar el reconocimiento de una atenuación de responsabilidad. Pues solo dándose una combinación de una afectación *conativa* —asociada a la noción de arrebató— y una afectación *cognitiva* —asociada a la de obcecación— nos encontraremos ante una persona cuyo juicio práctico se vea hasta tal punto “nublado” al momento de la perpetración del hecho

Por otra parte, es claramente insuficiente la manera en que la Corte asumió como no problemática, sin más, la compatibilidad entre la requerida “naturalidad” de la conexión entre el impulso y el estado de alteración pasional, por un lado, y la pretendida irrelevancia de la calificación normativa —o “ética”— de los motivos en los cuales esté anclado el estado de alteración pasional así condicionado, por otro. Pues es claro que, en ese mismo contexto, el adverbio “naturalmente” podría exhibir un sentido parcialmente determinado por factores adicionales a la sola regularidad estadística del desencadenamiento de semejante estado de arrebató y obcecación a partir de un estímulo similar a aquel que afectó al autor del femicidio en el caso aquí considerado.

De cualquier modo, el déficit capital de la argumentación de la Corte se encuentra en su asunción simplista del fundamento de la atenuante ofrecido por Cury, consistente en la merma de “la posibilidad del autor para autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho” asociada al estado de alteración pasional en cuestión. Pues semejante explicación reduce la atenuante a una determinada por una situación que compromete, aun cuando sin socavar del todo, la capacidad de motivación que funge como criterio para la atribución de culpabilidad jurídico-penal. Esto vuelve redundante el reconocimiento legislativo de semejante atenuante, puesto que una situación de afectación parcial de la capacidad de motivación con arreglo a derecho debería quedar sin más comprendida por la atenuante genérica de “eximente incompleta”, establecida en el artículo 11 N° 1. Con ello, para determinar si en un caso como aquel al cual se encontraba referido el pronunciamiento de la Corte de La Serena se configuraba la atenuante del artículo 11 N° 5, es crítico clarificar dónde radica la especificidad de esta atenuante, de una manera que logre evitar la contravención de la máxima de interpretación útil. Y es precisamente a propósito de la indagación en el específico fundamento susceptible de ser invocado a favor del reconocimiento de esta atenuante que cabe traer a colación la variable de género involucrada en el caso, en el sentido de si el varón condenado, cuyo comportamiento tendría que ser entendido como un despliegue de violencia machista pasionalmente condicionado, podría ser merecedor de un reproche de culpabilidad morigerado por esa precisa circunstancia.

2. FEMICIDIO, ODIÓ Y SOMETIMIENTO

Desde este punto de vista, empero, resulta imprescindible diferenciar dos aspectos del derecho *prima facie* aplicable al caso, en lo concerniente a la variable de género. Pues ya en la calificación jurídica del hecho *qua* femicidio, en cuanto variante nominativa de parricidio, se expresa la consideración de que el ataque homicida desplegado por el hechor revistió una gravedad distintiva en ra-

2. Novoa, E., Curso de Derecho Penal Chileno, 3ª ed., 2005, t. II, p. 27.

3. Así Novoa, op. cit., p. 26.

4. Para esta distinción en la tradición del derecho angloamericano, en referencia a los presupuestos de una “provocación” capaz de revertir la calificación de un hecho como asesinato (*murder*), transformándolo en uno constitutivo de homicidio voluntario (*voluntary manslaughter*), véase Garvey, S., “Passion’s puzzle”, *Iowa Law Review* 90 (2005), pp. 1718 ss., quien identifica el fundamento para la correspondiente mitigación punitiva en la “acrasia” —o debilidad de voluntad— que define la forma de culpabilidad exhibida por quien perpetra un hecho punible bajo tal estado de afectación pasional de su juicio práctico (*ibid.*, pp. 1726 ss.).

zón de la posición de éste como *marido* de la víctima. Es indudable que la tipificación plasmada en el inc. 2º del artículo 390 del Código Penal se distancia sobremanera de la definición más canónica del concepto de femicidio, entendido como el homicidio de una mujer “por el hecho de ser mujer”,⁵ toda vez que la decisión legislativa chilena circunscribe la extensión del concepto a contextos propios de la vida íntima,⁶ en la medida en que la situación en la cual el autor se encuentra respecto de la víctima debe ejemplificar algunas de las relaciones especificadas en el inc. 1º del mismo artículo, que determinan su relevancia típica a título de parricidio.

Así, es notable el contraste de la regulación chilena con la argentina, la cual, a partir de la reforma del Código Penal del año 2012 (dispuesta por la Ley N° 26.791), tipifica como variantes de “homicidio agravado”, entre otras, la consistente en que se mate a otra persona “por [...] odio [...] de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” (artículo 80 N° 4), así como la consistente en que la víctima sea “una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género”.⁷ En lo que aquí interesa, empero, la “timidez” de la tipificación chilena no obsta a que, existiendo actualmente o habiendo existido entre el autor y la víctima una relación de matrimonio o convivencia, sea la circunstancia de que la víctima es mujer lo que declarativamente cualifica el respectivo parricidio como un femicidio.⁸

Recientemente, Peralta ha intentado reconstruir el fundamento de criminalización diferenciada del femicidio, en cuanto variante de homicidio, a partir de su consideración como una especie del género de los “homicidios por odio”,⁹ categoría (más bien criminológica) cuyo común denominador estaría constituido por una pretensión de sometimiento manifestada a través de la perpetración del hecho.¹⁰ Más precisamente, semejante homicidio expresaría una censura, de parte del autor, referida al modo en que la víctima lleva u organiza alguna dimensión de su propia vida. Con ello, lo distintivo de todo homicidio por odio, en cuanto “delito de sometimiento,” radicaría en que el autor perpetra el hecho sobre la base de la pretensión de instaurar o mantener una relación de heteronomía “en un ámbito en el que debiera regir la autonomía”.¹¹ Así, y ejemplificando el punto en referencia al “homicidio por odio a la identidad de género”, específicamente previsto —según ya se indicara— por la nueva regulación argentina, Peralta sostiene que el contexto de la perpetración del hecho haría reconocible que el autor representa el respectivo homicidio como “originado en el ejercicio de la víctima de su derecho a elegir y manifestar como identificarse sexualmente”.¹²

Lo anterior parece extrapolable, mutatis mutandis, a la especificidad del femicidio, cuyo estatus como soporte de una pretensión de sometimiento se dejaría fundamentar como sigue:

“En los casos de femicidio, el autor se siente provocado frente a ejercicios de derechos por parte de la mujer. El ejemplo paradigmático es el de la mujer que quiere elegir con quién y cómo estar en pareja. Y en otros casos el homicidio suele ser el punto culminante de una relación de violencia contra la mujer, en donde se persigue prácticamente su reducción a servidumbre. El autor, de manera más o menos consciente, tiene una concepción machista de las relaciones entre hombre y mujer y concibe a esta última como a un sujeto ‘carente de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión’. Censura, a través de su hecho, entonces, la autonomía de la mujer frente al hombre”.¹³

En tal medida, la pretensión de sometimiento, susceptible de verse radicalmente objetivada en el homicidio de la mujer que se presenta como objeto de referencia de esa misma pretensión, se plasmaría en la configuración de una situación en la cual, “para evitar ser víctima y provocar al agresor, la mujer, por supuesto, especialmente la que está en pareja, debe llevar adelante un modo de vida sumiso y digitado por el hombre”.¹⁴ Y si bien esta variable no encuentra reconocimiento explícito en la tipificación del femicidio plasmada en el artículo 390 del Código Penal, de modo tal que, de *lege lata*, “es incorrecto hablar de femicidio como homicidio de la mujer ‘por el hecho de ser mujer’”,¹⁵ es claro que la prevalencia criminológica de la misma se expresa suficientemente en la configuración paradigmática de los casos que, en la práctica judicial, dan lugar a una imputación bajo ese mismo título.¹⁶

3. ¿LA ATENUACIÓN POR ARREBATO Y OBCECACIÓN COMO ATENUACIÓN POR PROVOCACIÓN?

En la medida en que las consideraciones precedentes contribuyan, siquiera parcialmente, a esclarecer la *ratio* de la —en palabras de Corn— “tímida” tipificación nominativa del femicidio plasmada en el artículo 390 del Código Penal, cabe sostener que la específica censura jurídica de la pretensión de dominación, característica machista, manifestada por el autor a través del homicidio no consumado de la persona de su cónyuge, se encuentra suficientemente expresada en la condena pronunciada en su contra, como

5. Véase Laurenzo, P., “Apuntes sobre el feminicidio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, N° 8 (2012), pp. 119 ss., quien ofrece un panorama sobre la genealogía del concepto, diferenciado del de “feminicidio”; coincidentemente Corn, E., “La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la Ley N° 20.480 desde una perspectiva comparada”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 21, N° 2 (2014), p. 105.

6. Corn, *op. cit.*, p. 126.

7. Al respecto Corn, *op. cit.*, pp. 120 ss.

8. Véase Corn, *op. cit.*, pp. 128 ss.

9. Véase sin embargo Laurenzo, *op. cit.*, pp. 120 ss., quien documenta las objeciones a las que, en el debate criminológico, se ha enfrentado la propuesta de reconducir el femicidio al catálogo de los *hate crimes*.

10. Peralta, J.M., “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, *InDret* 4/2013, pp. 10 ss.

11. Peralta, *op. cit.*, p. 11.

12. Peralta, *op. cit.*, p. 11.

13. Peralta, *op. cit.*, p. 13.

14. Peralta, *op. cit.*, p. 14.

15. Corn, *op. cit.*, p. 127.

16. Véase la descripción de los casos de femicidio registrados por el SERNAM, distribuidos por año, desde 2008 a 2016: <http://portal.sernam.cl/?m=programa&i=67> [consultado con fecha 08.08.2016].

responsable de un femicidio frustrado. Pero según ya anticipara, el derecho *prima facie* aplicable al caso incorpora un segundo aspecto de relevancia para la variable de la violencia de género, que precisamente consistente en la eventual operatividad de la atenuante del artículo 11 N° 5.

Lo crucial a este respecto es detectar el punto de conexión que se da entre los dos aspectos ya identificados. De acuerdo con la caracterización del femicidio como una variante de homicidio por odio, el hechor pretende significar la perpetración del homicidio como una respuesta a la manera en que la víctima conduce u organiza alguna dimensión de su vida; esto es, como una respuesta a una determinada *provocación* de la víctima. Esta última formulación del problema ofrece la clave para detectar la conexión arriba sugerida, toda vez que la atenuante por arrebató y obcecación admite ser entendida como una que se funda en la circunstancia de que el hechor actúa impulsado por un estímulo que “provoca” una determinada reacción pasional. Desde luego, esto supone advertir que, en el presente contexto, el concepto de provocación es invocado de manera mucha más laxa que en el contexto de la formulación de la atenuante del artículo 11 N° 3, que justamente atribuye efecto mitigador de la responsabilidad a la circunstancia de “haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito”. Pues en este último contexto, el verbo “provocar” es usado con una connotación marcadamente teleológica, pudiendo definirse el modo de comportamiento que aquel designa como consistente en “irritar o estimular a otro con palabras u obras para que se enoje”.¹⁷ Bajo el artículo 11 N° 5, en cambio, el énfasis está puesto en el mero efecto de afectación pasional que el estímulo en cuestión produce en el hechor, lo cual es del todo compatible, empero, con que éste experimente el estímulo justamente en el sentido de una provocación.

En tal medida, el punto de conexión entre esta comprensión de la atenuante de arrebató y obcecación, por un lado, y la caracterización del femicidio como un homicidio perpetrado por odio, por otro, está constituido por el carácter *emocionalmente reactivo* que se atribuye al comportamiento del hechor. Pero es precisamente desde este punto de vista que emerge la consideración determinante para diferenciar el sentido preciso de uno y otro aspecto del derecho *prima facie* aplicable al caso aquí considerado. Pues mientras la emoción que aparece distintivamente perfilada en semejante caracterización de un homicidio justamente se identifica —valga la redundancia— con el odio, la aplicabilidad de la atenuante de arrebató y obcecación privilegia la tematización de una cierta forma de *ira* como definitoria de la situación emocional en la que sería perpetrado el hecho.

En la tradición del derecho penal angloamericano, este último es el factor al cual la práctica judicial y la posterior legislación han

prestado atención a la hora de demarcar el ámbito de punibilidad del homicidio voluntario (*voluntary manslaughter*) frente a la definición del asesinato (*murder*), entendido éste como la forma básica de homicidio punible (*homicide*). En efecto, la inmunidad del hechor frente a una condena por asesinato, para solo quedar expuesto, en cambio, a una condena por homicidio voluntario, depende críticamente de que se compruebe que el autor reaccionó iracundamente a una “provocación suficiente”.¹⁸ Sin que en el presente marco sea posible entrar en un análisis mínimamente riguroso de los derroteros de la evolución experimentada por este factor de mitigación en la tradición del *common law*, es de la mayor importancia que una de las cuatro categorías de provocación que fueran progresivamente delineadas a lo largo del siglo XVII se correspondiera con el caso de quien descubría a otro hombre cometiendo adulterio con la “mujer de uno”.¹⁹ La demostración, también ofrecida por Horder, del anclaje de la “doctrina de la provocación” en una determinada concepción del honor, que reconocería como virtuosa la reacción iracunda ante algún agravio padecido por el correspondiente “hombre de honor”,²⁰ resulta tanto más elocuente en lo que aquí interesa, si se repara en cómo una concepción semejante parecía subyacer a la eximente de responsabilidad que el derecho chileno consagrara, hasta su supresión en el año 1953, en el N° 11 del artículo 10 del Código Penal, y que favorecía al “marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella y a su cómplice, con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta”.

Indagando en la significación que contemporáneamente adquiere, desde una perspectiva feminista, el reconocimiento de tal factor de mitigación a favor de hombres condenados por haber dado muerte a sus cónyuges o compañeras de vida, Horder afirma que la doctrina de la provocación “*simplemente refuerza las condiciones en las cuales los hombres son percibidos y se perciben a sí mismos como agresores naturales, y en particular como agresores naturales de mujeres*”.²¹ Esto descansa en que, tradicionalmente, el derecho entendería la “ira provocada” como involucrando “el deseo de un sufrimiento vindicativo por parte de la víctima, infligido por la persona agraviada”, en términos tales que la irrogación de semejante sufrimiento vindicativo es entendido, por quien lo irroga, como “negando una amenaza, inherente a la provocación, para la autoestima de la persona agraviada, para los valores centrales para su concepción de sí mismo”.²² La fenomenología de los casos en que tal ira vindicativa es desplegada por un hombre en contra de una mujer con quien el primero comparte o ha compartido una relación de pareja sugiere, ahora bien, que para la auto-imagen del varón agresor tiende a ser central una marcada posesividad con respecto a la mujer en cuestión: “*es la posesión absoluta de la fidelidad sexual de una mujer, de su trabajo, y de su presencia, amor y en general atención (a requerimiento), lo que yace en el corazón de las concepciones que muchos hombres tienen de su autoestima*”.²³

17. Novoa, *op. cit.*, p. 29.

18. Véase en detalle Horder, J., *Provocation and Responsibility*, 1992, pp. 156 ss.

19. Horder, *op. cit.*, pp. 23 ss., 39 ss.

20. Horder, *op. cit.*, pp. 43 ss.

21. Horder, *op. cit.*, p. 192.

22. Horder, *op. cit.*, p. 192.

23. Horder, *op. cit.*, p. 193.

Sobre esta base, concluye Horder, sería ante todo desde una perspectiva masculinamente centrada “que la reducción de la producción intencional de una muerte de asesinato a homicidio es capaz de ser considerada como una compasión hacia la flaqueza humana”.²⁴ De ahí que Horder abogue enfáticamente por la supresión de este factor de mitigación, cuya existencia más bien refuerza “aquello que las instituciones públicas de hecho deberían buscar erradicar, a saber, la aceptación de que hay algo natural, inevitable, y así en algún sentido [...] perdonable en la violencia de los hombres contra las mujeres, y en su violencia en general”.²⁵

Si Horder tiene razón, y si al mismo tiempo tiene sentido la hipótesis de que la atenuante genérica del artículo 11 N° 5 del Código Penal reproduce semejante naturalización de las reacciones iracundamente vindicativas generalmente exhibidas por hombres ante alguna muestra de “provocación” lesiva para su respectiva autoimagen, entonces cabe sostener que la determinación de la Corte de La Serena, consistente en hacer aplicable la atenuante en cuestión, puede estar justificada de *lege lata*, pero debería motivar una reflexión de *lege ferenda*, justamente a propósito de la pregunta de si su consagración legislativa es compatible con la ratio en que descansa la criminalización del femicidio.

4. EL CONCURSO IDEAL CON LA LESIÓN CORPORAL CONSUMADA

Las consideraciones precedentes han pretendido hacer justicia a la preocupación —por no decir: la indignación— que la decisión judicial comentada despertó en sectores de la opinión pública, ante la inequívoca banalización del despliegue de violencia machista sufrido por la víctima que supone la imposición de una pena de libertad vigilada intensiva sobre el autor. Siendo comprensible que, desde el punto de vista de la variable de género, la atención haya estado puesta en la pertinencia del reconocimiento de la atenuante de arrebató y obcecación, no deja de ser llamativo que esa focalización de la atención haya impedido tener en cuenta que hay otras dimensiones del derecho *prima facie* aplicable al caso cuya correcta consideración habría tenido que llevar al pronunciamiento de una sentencia considerablemente más severa por parte del tribunal de juicio oral.

En efecto, y desde una perspectiva enteramente desconectada con esa misma variable de género, es manifiesta la errónea aplicación del derecho implicada en el desconocimiento de que el femicidio frustrado imputable al autor se encontraba en relación de concurso ideal con un delito de lesión corporal grave, en los términos del artículo 397 del Código Penal. En la medida en que la víctima haya quedado “notablemente deforme”, la lesión corporal tendría que haber sido calificada como gravísima, en el sentido del N° 1 del mismo artículo. Con independencia de su calificación precisa, empero, res-

pecto del delito de lesión corporal habría resultado operativa la regla de agravación prevista en el artículo 400, por encontrarse el autor y la víctima en una relación comprendida en el artículo 5° de Ley sobre Violencia Intrafamiliar. Y debería ser claro que el reproche por la producción (dolosa) de un resultado de grave lesión corporal no alcanza a ser expresado a través de una condena por femicidio frustrado, con lo cual hay que negar toda plausibilidad a la postulación de un concurso aparente entre ambos hechos punibles.²⁶

La constatación del concurso ideal habría tenido consecuencias de relevancia para la determinación de la pena susceptible de ser impuesta sobre el condenado, dado que el artículo 75 del Código Penal prevé, para tal caso, la aplicabilidad de un régimen penológico de absorción agravada, consistente en la imposición de la pena superior correspondiente al hecho punible más grave. Si se asume que la pena correspondiente al hecho más grave sería la prevista para el femicidio frustrado, que en efecto resulta ser —con arreglo a lo dispuesto en los artículos 51, 59 y 61 N° 2 del Código Penal— una de presidio mayor en su grado medio, ésta tendría que haberse visto ulteriormente concretizada en atención a las circunstancias agravantes y atenuantes eventualmente concurrentes. Y aun asumiendo que las atenuantes correspondientes a los números 5, 6 y 7 del artículo 11 se hayan visto efectivamente configuradas, como de hecho lo sostuvo el tribunal de Ovalle, al mismo tiempo tendría que haberse estimado aplicable la agravante del N° 6 del artículo 12, al haber abusado el hechor “de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”. Como correctamente ha observado Corn, esta agravante no puede entenderse inherente —en el sentido del artículo 63— a la perpetración de un femicidio,²⁷ puesto que la merma en las chances de la víctima de defenderse eficazmente no es en absoluto intrínseca a la satisfacción de la descripción del femicidio. Así, la agravante en cuestión tendría que haber entrado en consideración a través de la correspondiente operación de “compensación racional” de las circunstancias modificatorias concurrentes. Ello habría bastado, todo lo demás siendo igual, para que la eventual rebaja de pena, en los términos del artículo 67, no hubiese en caso alguno excedido de un grado, con lo cual la pena en definitiva impuesta habría sido, mínimamente, una de presidio mayor en su grado mínimo, no susceptible de ser sustituida por una de libertad vigilada intensiva.

JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO

Doctor en Derecho

Rheinische Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn

Profesor Titular

Departamento de Ciencias Penales

Facultad de Derecho Universidad de Chile

24. Horder, op. cit., p. 194.

25. Horder, op. cit., p. 194.

26. En detalle al respecto Mañalich, J.P., “El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles”, en Cárdenas y Ferdman (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, 2016, pp. 505 ss., 509 ss.

27. Corn, op. cit., pp. 127 s.



1. ¿ES EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL UNA ALTERNATIVA AL MATRIMONIO?

Sí, porque el acuerdo de unión civil permite a las parejas que, por distintos motivos, no están interesadas en contraer matrimonio (por ejemplo, en atención a sus mayores exigencias de celebración o terminación) y a las que no pueden hacerlo (las del mismo sexo), constituir formalmente una familia ante

el derecho y contar con un estatuto protector, sobre todo en materia de relaciones patrimoniales. Eso sí, el acuerdo de unión civil representa un estatuto insuficiente, principalmente porque la ley que lo rige no contempló el acceso conjunto a la paternidad/maternidad para las parejas del mismo sexo. Se trata de un defecto que, como ha ocurrido en otras latitudes, terminará corrigiéndose.

2. DE APROBARSE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, ¿TIENE SENTIDO MANTENER EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL?

En la actualidad, sí, porque aun cuando el acuerdo de unión civil y el matrimonio presentan grandes similitudes, igualmente tienen importantes diferencias. Básicamente, el acuerdo de unión civil constituye un mecanismo más flexible de regulación de las relaciones de pareja que el matrimonio. Así, se celebra con menos formalismos y puede terminar de manera sencilla, incluso sin un juicio. Además, supone la aplicación de la separación de bienes como régimen supletorio y no de la sociedad conyugal, que es discriminatoria y engorrosa. Adicionalmente, el acuerdo de unión civil no impone deberes personales con primacía de la faceta moral o ética sobre la jurídica, como el de fidelidad. Naturalmente, si en el porvenir desaparecen las diferencias entre el matrimonio y el acuerdo de unión civil (lo que perfectamente puede acontecer), no tendría sentido que existieran dos estatutos idénticos solo distinguibles por su denominación.

3. ¿CONSIDERA NECESARIA LA INCLUSIÓN, EN NUESTRO ORDENAMIENTO, DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO?

Sí, porque la imposibilidad en que se encuentran las parejas entre personas del mismo sexo de acceder al matrimonio implica una vulneración de varios derechos fundamentales, como el de respeto a la diversidad de formas de vida, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y a formar una familia; y, en definitiva, un atentado a los valores y principios rectores del Estado Democrático de Derecho, consagrados en la Constitución y en abundantes tratados internacionales.

1. ¿ES EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL UNA ALTERNATIVA AL MATRIMONIO?

El Acuerdo de Unión Civil (AUC) es, indudablemente, una alternativa al matrimonio civil.

2. DE APROBARSE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, ¿TIENE SENTIDO MANTENER EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL?

Aprobar el matrimonio civil, hace que el AUC se vuelva un poco más frágil (como lo reconocieron en su momento algunos liberales serios). Ahora bien, la pregunta relevante es si acaso dicha alternativa es (o no) deseable. Yo tiendo a creer que tiene algunos efectos nocivos, por cuanto implica una institucionalización de la precariedad familiar, cuando todo indica que deberíamos avanzar en sentido contrario (muchos de los problemas sociales que hoy tiene el país se deben a una progresiva desestructuración familiar en un contexto de modernización capitalista). De algún modo, el AUC es un contrato cuyas obligaciones son mínimas (y en cualquier caso fácilmente rescindibles), y uno puede al menos preguntarse si la familia resiste un paradigma de ese tipo; o si no debiéramos fomentar más bien formas jurídicas que permitan una mayor estabilidad. Ahora bien, estas consideraciones nos conducen a preguntarnos si el AUC fue efectivamente pensado para todas las parejas, o si no cabe pensar que su objetivo era dar una salida jurídica a las parejas del mismo sexo. Quizás el error fue ofrecer una solución para todas las parejas cuando todos sabemos que se estaba pensando "solo en un tipo de parejas". Por lo mismo, en caso de aprobarse el matrimonio entre personas del mismo sexo, el AUC perdería buena parte de su sentido.

3. ¿CONSIDERA NECESARIA LA INCLUSIÓN, EN NUESTRO ORDENAMIENTO, DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO?

Sobre la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo a nuestro ordenamiento jurídico, soy contrario a su instauración. Quienes abogan por dicha posibilidad recurren con frecuencia a la lógica de los derechos individuales: las parejas del mismo sexo tendrían "los mismos derechos" que las heterosexuales, y por tanto nada justifica que unos tengan privilegios que otros no. Formulada así, esta posición parece irrefutable (y, por lo mismo, suele ir acompañada de una moralización de la discusión: quienes se oponen no sólo están equivocados, sino que además son culpables; de allí el curioso éxito del adjetivo "homofóbico", que no constituye argumento de ninguna especie). Sin embargo, responder a la pregunta sobre matrimonio homosexual es un poco más difícil, pues resulta indispensable elaborar una reflexión más acabada sobre la naturaleza del matrimonio, o sobre aquellos bienes



Naturalmente, para dar plena operatividad a dichos valores y principios, la futura regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo debería ser idéntica a la del matrimonio entre personas de distinto sexo, incluida la posibilidad de acceso igualitario a la paternidad/maternidad (por ejemplo, vía adopción o técnicas de reproducción asistida). Esta es la opción adoptada por relevantes ordenamientos comparados, por ejemplo de Europa y Latinoamérica. Un estatuto como este es precisamente el que hemos propuesto con los profesores Fabiola Lathrop y Mauricio Tapia en el Anteproyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario, elaborado en virtud de un convenio entre nuestra facultad y la Fundación Iguales.

En síntesis, en un Estado Democrático de Derecho deben protegerse todas las formas de vida familiares que no atenten contra los derechos humanos. Aun cuando el matrimonio entre personas del mismo sexo pudiera perturbar las convicciones o creencias de algunos ciudadanos, en la medida de que no vulnera sus derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico no debería omitir o prohibir su protección, sino establecerla en términos igualitarios.

4. DE INCORPORARSE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, ¿ES NECESARIO MODIFICAR EL ARTÍCULO 102 CC? EN LA MISMA HIPÓTESIS, ¿ES NECESARIO MODIFICAR O DEROGAR LOS EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO?

Sí. Considerando lo que he señalado, debe permitirse el acceso al matrimonio a todas las parejas y no solo a las conformadas por una mujer y un hombre, lo cual implica modificar el artículo 102 del Código Civil.

Por su parte, deberían derogarse los efectos personales que presenten una faceta moral o ética que prime sobre la jurídica, como el deber de fidelidad. El cumplimiento de este tipo de deberes debería depender exclusivamente de las convicciones y creencias de cada persona. La tendencia comparada es restarle importancia, sea por la vía de no mencionarlos sea por la de terminar con el divorcio sanción, una de cuyas causales es la infracción de deberes conyugales. Se trata de una tendencia que se terminará imponiendo también en Chile. Un primer paso en este sentido lo dio la Ley sobre Acuerdo de Unión Civil, que no contempló deberes de aquella índole.

GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN

Doctor en Derecho Privado

Universidad Autónoma de Barcelona

Profesor de Derecho Civil

Subdirector, Departamento de Derecho Privado

Facultad de Derecho Universidad de Chile

que dicha institución busca defender. Sólo a partir de allí podremos saber si es adecuado (o no) que esté reservado a parejas de distinto sexo.

4. DE INCORPORARSE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, ¿ES NECESARIO MODIFICAR EL ARTÍCULO 102 CC? EN LA MISMA HIPÓTESIS, ¿ES NECESARIO MODIFICAR O DEROGAR LOS EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO?

Que el matrimonio sea una institución tan protegida por el derecho (no hay ninguna otra relación humana que reciba tanta atención de parte del legislador) se entiende porque genera bienes relevantes desde el punto de vista público. Estos bienes, desde luego, tienen que ver con la filiación: la familia, fundada en el matrimonio, es aquel lugar donde nacen y se forman los futuros ciudadanos (y tampoco podemos diluir el concepto de familia hasta que no signifique nada relevante). Aceptar el matrimonio homosexual implica romper (guste o no) el vínculo entre filiación y matrimonio: la capacidad de procrear ya no sería requisito del matrimonio (el caso de las parejas infértiles no funciona como objeción, pues allí la imposibilidad no es esencial sino accidental). Si dejamos fuera a la filiación, la pregunta es entonces: ¿en virtud de qué principio deberíamos regular relaciones afectivas que no tienen relación directa con la filiación? Como bien lo notara Marx, el Estado no tiene interés en las relaciones afectivas en cuanto afectivas (de ser así, tendría que regular la amistad), sino que en sus efectos. Será imposible discutir razonablemente sobre matrimonio mientras no tengamos presente esta perspectiva.

En razón de lo anterior, aceptar el matrimonio homosexual implica dejar a la institución en un extraño estado de incoherencia. En efecto, ¿qué hacemos con los restantes requisitos y características del matrimonio? En rigor, todos ellos están vinculados a la filiación y, desaparecida ésta, ya no tienen razón de ser. ¿Por qué, por ejemplo, reservarlo a uniones de dos personas? ¿Cómo responder a quienes podrían exigir luego el matrimonio poligámico? ¿Por qué prohibir el incesto? ¿Por qué conservar el carácter sexuado de la unión? Una mínima coherencia exige formular estas preguntas (y obligaría por tanto a una profunda reforma del artículo 102 del Código Civil). Por lo mismo, la posición más coherente en este plano es aquella que sostiene que el matrimonio debe ser completamente privatizado (esto es, que cada pareja vaya a la notaría y fije sus propias condiciones). Esa tesis tiene el mérito de sincerar la ruptura involucrada en su propuesta, aunque importa adherir a una versión bastante extrema de la doctrina libertaria, según la cual en el orden social sólo valen el individuo y su consentimiento privado. Como fuere, la demanda por matrimonio homosexual contiene una paradoja difícil de resolver: al mismo tiempo que busca romper con la naturaleza, no puede sino imitarla al reivindicar un modelo dual fundado en la naturaleza. Este es el motivo por el que Foucault rechazaba esta posibilidad: en el fondo, sigue siendo obedecida la naturaleza. Si la idea era liberarse de ella, habrá que seguir participando.

DANIEL MANSUY HUERTA

Doctor en Ciencia Política

Universidad Rennes

Profesor del Instituto de Filosofía

Director de Estudios IES

Instituto de Filosofía Universidad de los Andes



COMPENSACIÓN ECONÓMICA. DOCTRINAS ESENCIALES, 2ª EDICIÓN, 2016

Director Prof. Cristián Lepin Molina y Coordinadora Karen Muñoz Villagra, editorial Thomson Reuters.

Esta obra comprende una recopilación de los principales artículos publicados sobre la compensación económica en los casos de divorcio y nulidad de matrimonio, que, en palabras de su director “constituye un esfuerzo por reunir a los más destacados autores nacionales que han escrito sobre un tema tan complejo y que ha sido fuente de un importante número de tesis o doctrinas y de variada jurisprudencia”. Se contienen en esta obra los

trabajos de los profesores Susan Turner Saelzer, Carmen Domínguez Hidalgo, Maricruz Gómez de la Torre Vargas, José Luis Guerrero Becar, Hernán Corral Talciani, Ramón Domínguez Águila, Carlos Céspedes Muñoz, David Vargas Aravena, Álvaro Vidal Olivares, Carlos Pizarro Wilson, Jorge Baraona González, Claudia Schmidt Hott, Cristián Lepin Molina y Joel González Castillo.



REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA N° 10, 2016

Director Prof. Cristián Lepin Molina, editorial Thomson Reuters.

Este número, de carácter regular, cuenta con tres secciones: Doctrina Nacional, que cuenta con los aportes del profesor Carlos Céspedes Muñoz titulado “Divorcio por culpa y abandono de hogar: ¿basta el mero alejamiento de uno de los cónyuges?”, de la abogada Daniela Fuenzalida Fuenzalida “Estudio sobre la denominada ‘clausula de dureza’ en el ordenamiento jurídico chileno”, del profesor Mario Opazo González “Ley de acuerdo

de unión civil: tres cuestiones pendientes en materia de filiación” y la Jueza de Familia Nel Greeven Bobadilla “El cuidado personal de los niños en caso de muerte de ambos padres”; Doctrina Internacional, con los trabajos de la profesora de la Universidad de Buenos Aires, Dra. Graciela Medina (Argentina) “Orden público familiar”, y el profesor de la Universidad de Bolonia, Dr. Michele Sesta (Italia) “Familia e hijos a cuarenta años de la reforma”; para finalizar con la sección de Jurisprudencia, que recopila y sistematiza los fallos judiciales mas relevantes del primer semestre 2016, relativas a las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema.

1. EN CASO DE PRETENDERSE POR UN TERCERO EL CUIDADO PERSONAL, LE CORRESPONDERÁ A ÉSTE PROBAR LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES QUE INHABILITAN A AMBOS PADRES PARA EJERCER DICHO DERECHO-DEBER

“Que como se viene diciendo, dicha fundamentación es impropia a la naturaleza de la demanda deducida, pues habiéndose solicitado por un tercero el cuidado personal de la niña, debió acreditarse la inhabilidad de ambos padres para ejercerla y la competencia de quien la solicita, lo que no se realizó en la especie, y no se acreditó respecto del demandado, omitiéndose, además, referencia a la competencia del solicitante.

Como se observa, la sentencia impugnada utilizó el criterio destinado a la definición de la asignación del cuidado personal del hijo cuando es contenido por los padres, soslayando la norma que expresamente regla el caso de los terceros pretendores de tal atribución”.

(Considerando duodécimo, CL/JUR/2440/2016)

2. LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL NO PUEDE SER CONCEBIDA COMO UNA ACCIÓN EN SÍ MISMA, NI MENOS EN UN PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO O NO CONTENCIOSO

“Que las acciones de filiación son nominadas. Ellas son o bien acciones de reclamación (reguladas en el §2 del Título VIII del Libro I del Código Civil) o de impugnación (reguladas por el §3 loc. cit.). En la especie, la pretensión de la solicitante se ha ejercido a través de una gestión no contenciosa y, por ende, al margen de las acciones que sobre la materia ofrece el derecho chileno, por lo que al no haberse ejercitado una acción de aquellas comprendidas en el artículo 8 numeral 8) de la Ley 19.968, no ha incurrido en error de

derecho el tribunal al rechazarla de plano, por concluir que es manifiestamente improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54-1 de la misma ley, sin perjuicio de otros derechos que pudieren corresponder a la peticionaria”.

(Considerando octavo, CL/JUR/2472/2016)

3. COMPENSACIÓN ECONÓMICA TIENE NATURALEZA JURÍDICA REPARATORIA

“Que, en consecuencia, como lo que justifica la reparación de carácter económico es la actitud de dedicación que uno de los cónyuges asumió en pro de la familia y la consiguiente postergación personal, la naturaleza jurídica de la compensación económica es la de ser reparatoria o una forma de resarcir el perjuicio que experimentó precisamente porque no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que quería o podía, únicamente por las razones indicadas. En la doctrina también se señala que ‘...es una suerte de indemnización por el lucro cesante experimentado por este cónyuge durante el matrimonio, o más precisamente una indemnización semejante a la pérdida de una chance o de una oportunidad, en este caso, la pérdida de la posibilidad de un cónyuge de haber generado ingresos mediante una actividad lucrativa’ (Court Murasso, Eduardo, Curso

de derecho de familia: matrimonio, regímenes matrimoniales, uniones de hecho, Santiago de Chile, LegalPublishing, 2009, p. 71-72). Asimismo que se trata de una ‘...forma de resarcimiento de un cierto daño, es decir, de una cierta pérdida producida por el hecho de haber dedicado el esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio.’ (Domínguez A., Ramón, La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, en Actualidad Jurídica N° 15 enero 2007, Universidad del Desarrollo, p. 89)”.

(Considerando cuarto, CL/JUR/2441/2016)

28. Los considerandos han sido reproducidos de forma textual, y referidos con el identificador Thomson Reuters.

4. LA MERA CALIDAD DE HEREDEROS QUE SE INVOCA NO HABILITA PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD

“Que, en consecuencia, los jueces de la instancia no han conculcado lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 216 del Código Civil al rechazar la demanda impetrada, toda vez que no se tienen por acreditados como hechos de la causa los presupuestos legales que establece. En efecto, respecto del plazo, como bien lo señalan los sentenciadores, no puede presumirse y no se rindió prueba que permita determinar el momento preciso en que los demandantes tomaron conocimiento de los hechos en que fundan su solicitud.

Ahora bien, en relación al interés actual requerido, se ha entendido que debe ser ‘pecuniario’. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en dicha norma, para que un tercero pueda impugnar una paternidad establecida por reconocimiento, es menester que el demandante pruebe tener un interés actual, es decir, el perjuicio patrimonial que el reconocimiento de paternidad acarrea a quien ejerce la acción, circunstancia que no se verifica por el solo hecho que se pruebe que el padre reconoció a la niña, de manera que mientras se desconozca aquel elemento objetivo básico -que no fue acreditado en

autos - no es posible establecer si se tiene un interés actual que habilite para ejercer la acción de marras. La mera calidad de herederos que se invoca no habilita para impugnar el reconocimiento de paternidad de que se trata, desde que los derechos hereditarios no nacen sino al fallecimiento del padre, requiriendo en consecuencia, para acreditar el interés actual, el auto de la posesión efectiva de la herencia que así lo declara.

La consideración anterior se enmarca en el contexto de la necesaria estabilidad que requiere la determinación de la filiación de un hijo o hija, la que, en la especie, se ve amenazada al haber transcurrido más de diez años desde que se produjo el reconocimiento voluntario de la niña por el padre de los demandantes y la protección del derecho a la identidad del niña, niño o adolescente”.

(Considerando quinto, CL/JUR/2297/2016)

5. LA REGLA DEL INCISO 3° DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL IMPLICA EL RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN DE HECHO

“Que la regla del inciso 3° del artículo 225 del Código Civil, que el recurrente denuncia como infringida, fue introducida por la Ley 20.680 como una regla supletoria y provisoria, para el caso de separación de los padres, cuando no existiere acuerdo respecto de cuál de ellos tendrá el cuidado personal de los hijos menores y ante la eliminación de la regla de atribución legal que establecía una preferencia en favor de la madre en tal evento. Provisoria, en la medida que la regla opta por mantener el estatus quo, dejando el cuidado personal en quien estuviere conviviendo con los hijos a esa fecha, mientras no exista una decisión judicial al respecto.

En efecto, la modificación introducida por la Ley 20.680 estableció como regla de atribución principal, el acuerdo de los padres, quienes pueden, a partir de dicha reforma, no sólo determinar que el cuidado quede entregado a uno de los dos, sino convenir una modalidad de cuidado compartido. La eliminación de la regla supletoria legal de atribución preferente a la madre generó, sin embargo, la inquietud de definir qué ocurría en caso de no existir acuerdo y mientras no se ejercieran acciones judiciales tendientes a obtener el cuidado personal por uno de los padres, alcanzándose una solución de compromiso, durante la tramitación del proyecto que dio lugar a la ley analizada, que no le da preferencia a ninguno de los padres por sobre el otro y se inclina, en cambio, por mantener al hijo con quien estuviera conviviendo. Es en ese contexto, entonces, que debe entenderse la regla del inciso tercero del artículo 225, que establece ‘A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo’. Interesa destacar que el artículo 225 citado consagra, en el inciso siguiente, la regla de atribución judicial, fundamental en la materia, que consiste en que ‘En cualquiera 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 sólo de ellos si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido’. Ello significa que el interés superior del niño es el único elemento que ha de primar a la hora de decidir sobre el cuidado personal del hijo, con lo cual se pone fin al criterio que todavía solía invocarse -pese a las modificaciones introducidas por la ley 19.585- y que giraba en torno a la inhabilidad de la madre o del padre para ejercer dicho cuidado. En consonancia con aquello, el artículo 225-2, reguló determinadas circunstancias y criterios que el juez debe considerar para decidir a cuál de los padres atribuir el cuidado personal del niño”.

(Considerando tercero, CL/JUR/3082/2016)

6. EL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE AJUSTARSE Y DEFINIRSE DE FORMA INDIVIDUAL, CON ARREGLO A LA SITUACIÓN CONCRETA DEL NIÑO O LOS NIÑOS AFECTADOS

“Que, a su turno, en cuanto a la pretendida infracción de los artículos 225 y siguientes del Código Civil, cabe señalar que tratándose de normas que no hacen más que instituir o consagrar el principio del interés superior del niño, no resulta procedente invocar su transgresión -su no aplicación, en los términos del recurso- por el hecho de haberse adoptado una decisión jurisdiccional que no acoge la tesis del demandante, desde que es el sentenciador quien, apreciando el mérito de la prueba aportada al juicio, fija determinados hechos, a la luz de los cuales construye, en concreto, cuál es el interés superior del niño involucrado en la controversia.

A este respecto, vale recordar que la Observación General N°14 de las Naciones Unidas señala claramente que ‘el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales’. Dentro de lo que las Naciones Unidas considera que debe tomarse en cuenta son: la opinión del niño, en el caso de autos, A. refiere que le gustaría estar con ambos, que se lleva bien con los dos; la identidad del niño, en este caso, tiene un padre y una madre, se sabe quiénes son y la niña sabe su relación con ellos, lo que, por cierto, es parte importante de su identidad. El artículo 8vo de la Convención de los Derechos del Niño señala que ‘Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas’. A propósito del que es posible establecer que para un niño la más importante de sus relaciones familiares, es aquella que mantiene con su padre y madre, lo que no indica, en la práctica, que también es importante la relación con los abuelos, pero claramente en un lugar secundario; todo esto cede solo si existe alguna posibi-

lidad que el niño sufra algún riesgo en compañía de ellos, cosa que no ha quedado demostrada en el juicio. Ahondando más, el artículo 9 de la misma Convención señala ‘1. Los Estados Partes velarán porque 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’; nada de esto sucede en el caso de autos, tal como se ha acreditado en los hechos consignados en el considerando segundo.

En la especie, los jueces del fondo, luego de establecer determinados hechos, a los que se hizo mención precedentemente, estimaron que la madre no estaba inhabilitada de manera alguna para detentar el cuidado personal de su hija, pero más aún entendieron que donde mejor iba a estar la niña, crecer y en definitiva desarrollarse de manera adecuada era al lado de su madre, quien en la actualidad cuenta con una red de apoyo familiar para cuidarla apropiadamente.

Como es posible apreciar, no es que los jueces no hayan considerado cuál es el interés superior de la niña, simplemente llegan a la conclusión que ésta se encontrará mejor junto a su madre.

Por las razones antes dichas, el recurso tampoco puede prosperar en lo que toca al capítulo de nulidad analizado”.

(Considerando sexto, CL/JUR/3194/2016)

7. DEBEN SER CONSIDERADOS A EFECTOS DE DETERMINAR LA REMUNERACIÓN LÍQUIDA DEL ALIMENTANTE LOS COSTOS DE LOS TRASLADOS PARA VISITAR A LA ALIMENTARIA Y DEL NUEVO HIJO QUE ESPERA CON SU PAREJA ACTUAL

“Que si bien este tribunal considera equivocado el criterio que, para efectos de determinar la remuneración líquida del alimentante, toma en consideración descuentos efectuados en base a acuerdos voluntarios del demandante con su empleador o el monto retenido por concepto de pensión de alimentos, lo cierto es que, en la especie, en conformidad a los hechos establecidos en la sentencia, se observa que los sentenciadores tomaron en consideración una serie de antecedentes para concluir que las facultades del demandante han disminuido, tales como el costo de los traslados para visitar a la niña y el nuevo hijo que espera con su pareja actual, la cual requiere de cuidados médicos que demandan gastos, y no sólo el monto de la remuneración del demandante, por lo que no resulta evidente que de haberse considerado uno que no tomara en cuenta los descuentos antes referidos, la decisión hubiera sido distinta. Es

más, la sentencia declara que, no obstante percibir el demandante una asignación de zona -lo que supone un monto adicional en su sueldo- se constata que sus gastos han aumentado, lo que lleva a los jueces a concluir que se ha producido una disminución en sus facultades económicas”.

(Considerando quinto, CL/JUR/3088/2016)

8. AL DIRIMIR RESPECTO A UNA AUTORIZACIÓN PARA LA SALIDA DEL PAÍS DE LOS NIÑOS DEBE VALORARSE LA VINCULACIÓN DE ELLOS CON QUIEN DETENTA LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR, EN RAZÓN DEL INTERÉS SUPERIOR.

“Que, atento a lo que se ha razonado, la primacía del interés superior del niño en el ámbito de la solución de conflictos en el derecho de familia, lleva a determinar que, en la especie, los jueces del grado lo han preterido al no considerar los múltiples antecedentes que dan cuenta de la inexistencia de una causa o motivo calificado que justifique denegar la autorización de salida de los niños junto a su madre.

En dicho contexto, debió ser un motivo a considerar para resolver la petición efectuada por la actora, la relación que el demandado ha desarrollado con sus hijos, concatenándola con las disposiciones precedentemente reseñadas, toda vez que en lo que concierne a N., dicho vínculo carece de los caracteres necesarios para ser considerado como continuo, constante y estable, por el contrario, el ejercicio de su derecho se circunscribe a cuatro horas en la se-

mana, es decir, no se vislumbra una participación que implique un compromiso en el desarrollo y crianza de su hijo.

Ahora, en relación a T., no se puede afirmar que haya existido oposición por parte del demandado para que éste deje el país, sino más bien se ha asimilado su realidad, muy distinta por cierto a la de su hermano N., contraviniendo el derecho del niño a ser tratado de manera individual, sin que se haya cuestionado que su progenitor ni siquiera lo conozca y no haya demostrado voluntad alguna de hacerlo, así las cosas, no se aprecian las prerrogativas que traería a T. radicarse, por ahora, en Chile, tomando como supuesto el fortalecimiento de su vínculo filial”.

(Considerando décimo séptimo, CL/JUR/3294/2016)

9. DEMANDANTE DEBE ACREDITAR, PARA LA DESAFECTACIÓN DEL BIEN FAMILIAR, LA FALTA DE DESTINACIÓN DEL MISMO A DAR PROTECCIÓN AL NÚCLEO FAMILIAR

“La institución de los bienes familiares, regulada en el Párrafo 2º Título VI del Libro I del Código Civil, tiene por finalidad dar protección al núcleo familiar, asegurándole la mantención de la vivienda que le sirve de residencia principal o los bienes que la guarnecen, imponiendo para ello ciertas limitaciones al cónyuge propietario.

El fin del matrimonio no implica el cese del presupuesto de hecho que ha originado la necesidad de protección y, por tanto, la declara-

ción de bien familiar. De ahí que la desafectación en la especie como hipotética derivación del divorcio de las partes proceda solamente si la cosa no se encuentra destinada a los fines descritos en el artículo 141, asunción ésta que se ve corroborada por la terminología que emplea el introito del inciso tercero del artículo 145 del estatuto privatista, al disponer que “Igual regla...”.

(Considerando quinto, CL/JUR/4337/2016)

10. POSESIÓN NOTORIA DE ESTADO CIVIL CONSTITUYE TÍTULO SUFICIENTE PARA LA ADQUISICIÓN DEL MISMO

“Que, para resolver el asunto controvertido, debe tenerse presente que la Ley de 4 de agosto de 1874 sobre enajenación de terrenos situados en territorio araucano disponía en su artículo 9 que la posesión notoria es bastante para comprobar las calidades de padre, madre, marido, mujer o hijo. Es a propósito de esta disposición que se estimó, en su momento, por el autor Luis Claro Solar que lo dispuesto en el antiguo artículo 312 del Código Civil que aludía a la posesión notoria no era aplicable a los indígenas, en razón que era pertinente la normativa especial (Claro Solar, L., Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, t. III, Santiago, Jurídica, 1992, nº 1979, p. 104). Lo mismo fue ratificado por la Corte Suprema en sentencia de 28 de agosto de 1931 (RDJ, t. XII, 2ª parte, sección 1ª, p. 33). Y ratificada análoga jurisprudencia en el fallo de la Corte Suprema de 20 de octubre de 1916, RDJ, t. XIV, sección 1ª, p. 285, indicando que en esos litigios debe aplicarse la ley indígena con preferencia al Código Civil. Con posterioridad, se dictó el Decreto nº 4.111 de 1931, cuyo artículo 29 texto señalaba: ‘La posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer o hijo, se considerará como título bastante para constituir a favor de los indígenas los mismos derechos

hereditarios que establecen las leyes comunes a favor de los padres, cónyuges e hijos legítimos’. Existe, por ende, continuidad en la legislación especial indígena en lo que refiere a que la posesión de estado detenta una regulación especial que constituye un título para adquirir el estado de padre, madre, marido, mujer o hijo. Por lo mismo, el representante del Ejecutivo, en la tramitación de la actual Ley 19.253, hizo presente a la Comisión que esta norma artículo 4 vigente estaba contemplada en el artículo 29 del decreto N° 4.111, de 1931, y ‘sólo se pretendía mantener la legislación que por tanto tiempo se les había aplicado’. De manera tal, que el artículo 4 de la Ley 19.253 recoge una legislación más que centenaria, que escapa al derecho común, constituyendo una disposición especial que debe aplicarse con preferencia. El texto actual de este precepto dispone: ‘Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá ren-

dirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director'. La regla en cuestión señala que la posesión notoria 'se considerará como título suficiente', lo que cabe entender que acreditada la posesión notoria, conforme la legislación especial, debe tenerse por constituido el estado civil respectivo, y agrega el precepto en relación a las condiciones especiales que configuran la posesión de estado que 'podrá rendirse en cualquier gestión judicial', lo que descarta lo indicado por la sentencia recurrida en cuanto a la obligatoriedad de someterse a un juicio de filiación de acuerdo a las acciones tratadas en el Código Civil ante un

tribunal de familia. En definitiva, el artículo 4 de la Ley 19.253 prima por sobre la legislación común no sólo en cuanto a los antecedentes necesarios para tener por establecida la posesión de estado y, en la especie, dar lugar al reconocimiento de la filiación del requirente, sino que también en forma expresa indica que la constitución del estado de filiación puede verificarse no sólo mediante un juicio con legítimo contradictor, sino que en cualquier gestión judicial, como lo es el presente procedimiento voluntario".

(Considerando cuarto, CL/JUR/4537/2016)

11. EN RAZÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBEN ACREDITARSE RAZONES QUE AMERITEN EL CAMBIO DEL CUIDADO PERSONAL SI AMBOS PADRES SE ENCUENTRAN HABILITADOS PARA DESEMPEÑARLO

"Que ante la ruptura sentimental de los padres que conlleva la separación surge de manera esencial resolver el cuidado personal de los niños, siendo esperable que sean los mismos padres por acuerdo razonado y considerando el bienestar de los niños quienes decidan el mejor escenario en que pueda obtener lo mejor de sus progenitores en un ambiente sano, armonioso y cordial. Estas decisiones son parte del privilegio de ser padres, lo que implica asumir como elemento esencial en las definiciones que atañen al niño su interés superior. Ante el fracaso de los padres para decidir acerca del bienestar de sus hijos, procede la intervención del juez, a quien le toca, en un sentido análogo, ponderar las circunstancias y decidir quién deberá quedar a cargo del cuidado del niño. La decisión debe ser el resultado del análisis de los antecedentes junto a una fundamentación rigurosa que exprese los motivos por los cuales se decide en uno u otro sentido debiendo relacionarlo en forma imperativa con el interés superior del niño al cual debe dotarse de un contenido razonado y explicativo que satisfaga los estándares de un juicio acorde con las máximas de la experiencia y la lógica. Para llevar a cabo esta ardua tarea debe recurrirse a los criterios previstos en el artículo 225-2 del Código Civil en relación a lo dispuesto en el artículo 225 del mismo Código y lo señalado en el artículo 32 de la Ley 19.968. No se trata, por ende, de mera discrecionalidad, sino que corresponde aplicar criterios que fundamenten la decisión y que permitan concluir acerca del bienestar del niño. La sentencia recurrida en su intento de sustentar su decisión se ancla en que la madre no aportó prueba de que haya superado una leve depresión, que no cuenta con una red de apoyo y que no satisface con regularidad el traslado del niño al jardín infantil. No hay, en contraste, antecedente alguno que acredite que la madre carece de habilidades parentales para ejercer el cuidado del niño. Aún más la propia sentencia de primera instancia que hace suya la recurrida indica que 'no se han invocado inhabilidades de la madre para ejercer el cuidado personal...', pero se agrega que hay prueba suficiente para acreditar que 'ella fue diagnosticada con una depresión leve respecto de la cual abandonó el tratamiento psicológico', sin que hubiere aportado prueba de que la haya superado. Sin embargo, el testimonio más completo acompañado en autos, 'Informe Social', firmado por la asistente social doña Raquel Alderete Barría, concluye en relación con las competencias parentales, que la demandada 'se encuentra en un nivel de parentalidad positiva óptima'.

Fluye que no hay cuestionamiento a las habilidades de la madre para el cuidado del niño y, además, éstas se encuentran acreditadas por el Informe referido y así lo afirma la propia sentencia. A pesar que entre los fundamentos que justifican otorgar el cuidado al padre se encuentra la omisión de prueba de la madre acerca de haber superado la depresión, lo cierto es que el documento en que se basa el diagnóstico de sólo dos hojas, firmado por doña C. L., asevera esta profesional que 'no es posible realizar un informe psicológico' y que sólo se hicieron las 7 sesiones en apoyo al tratamiento médico realizado por la doctora M. C. quien diagnostica a la paciente con Trastorno Depresivo Moderado'. Sin embargo, la referida doctora C., cuya especialidad se ignora, que no declaró en el proceso ni tampoco existe documento alguno que ratifique su diagnóstico, ni siquiera el aquí analizado, resulta insuficiente para aseverar que la madre padece de alguna enfermedad, por lo que nada debía desvirtuar, lo que debe contrastarse con el informe social ya indicado que afirma, al igual que la propia sentencia, la habilidad de la madre para mantener el cuidado. En otro ámbito, en relación a la educación del niño, se imputa una baja asistencia y escasa participación de la madre en su proceso educativo. Sin embargo, salvo el mes de junio en que la asistencia fue de un 40% los otros guarismos están dentro de márgenes razonables, debiendo considerarse la edad, nivel del establecimiento educacional -jardín no obligatorio- y las condiciones climáticas de la zona, a lo que se suma la justificación por bronquitis obstructiva. También está acreditado que la madre era quien trasladaba al niño al colegio y ella misma lo retiraba, pidiendo permiso en su trabajo lo que luego coordinó con sus padres, según da cuenta el propio informe social ya individualizado. El incidente que se cita respecto a que la madre no concurrió en tiempo a retirar a su hijo no cambia la conclusión acerca de sus habilidades parentales, pues se trata de un hecho excepcional, en contraste con la satisfacción de concurrir en lo cotidiano a dejarlo y a buscarlo al establecimiento educacional. En definitiva, no existiendo cuestionamiento a las habilidades parentales de la madre, tal como lo indica la sentencia, el quid del asunto se reduce a establecer con quién estará mejor el niño, lo que constituye una clara reflexión asociada a su interés superior. El cambio en el cotidiano del niño debe estar justificado por una clara y categórica mejora en su vida. Esto cobra aún mayor significado si el informe psicológico del niño suscrito por la psicóloga Sonia González Muñoz, acredita que su nivel cognitivo es superior

a su edad y grupo de pares, lenguaje adecuado a su edad y grupo de pares y equivalentes en relación a la separación no se explica la conducta agresiva en juegos por 'estar registrando separación y molestia de acuerdo a su edad y nivel emocional psíquico con esta conducta'. Atendido lo anterior, deben existir excelentes razones que ameriten cambiar el entorno y la vida usual que lleva el niño si ambos padres se encuentran habilitados para desempeñar el cuidado personal. Sin embargo, respecto del padre, aparte del informe psicológico que prueba su habilidad parental, no hay ningún informe social que permita determinar cuáles serían las condiciones de vida diaria del niño bajo su cuidado. De ahí que la conclusión de la sentencia en cuanto que 'ella no es la mejor opción para ejercer el cuidado personal de... ya que se desconoce si aún se ve afectada por la depresión leve que le fuera diagnosticada, por otro lado, no cuenta con una red de apoyo adecuada a los requerimientos de su hijo a quien injustificadamente ha vulnerado su derecho a la educación

y adecuado desarrollo al no cumplir apropiadamente con sus asistencias al jardín infantil. En cambio, del padre se ha acreditado que no lo afectan inhabilidades para ejercer el cuidado de su hijo, que vive con sus padres que constituyen una importante red de apoyo para ejercerlo, que además él tiene la disponibilidad necesaria para atender las urgencias que afecten al niño, que no tiene problemas con el control de sus impulsos y que tiene vinculación afectiva con el niño'. Esta conclusión no resulta justificada conforme los antecedentes del proceso en lo que respecta a la red de apoyo del padre, ni tampoco hay documento alguno que permita establecer cuáles serán las condiciones materiales de vida del niño en la casa de los abuelos paternos, dado que como se indicó no existe informe social que lo acredite".

(Considerando cuarto, CL/JUR/4629/2016)

12. LA LEY FACULTA EXPRESAMENTE AL HIJO PARA DIRIGIR LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN EN CONTRA DE LOS HEREDEROS DEL PRESUNTO PADRE SI ÉSTE FALLECE

"Que, por consiguiente, no puede sino entenderse que la ley autoriza expresamente al hijo para dirigir la acción de reclamación en contra de los herederos del presunto padre si éste fallece y nada impide la existencia de excepciones a una regla general, como son las que contempla el artículo 206 del Código Civil, circunstancias que permiten afirmar que la transmisibilidad de la acción a los herederos está limitada por la ley, y que, por lo demás, dicha interpretación resulta más adecuada al contexto general de la ley, especialmente a las reglas que franquean una amplia investigación de la paternidad o maternidad y consagran la imprescriptibilidad de la acción de reclamación, y lo que dispone el artículo 1.097 del referido texto legal, que establece que los herederos representan a la persona del causante y la noción general que los derechos y obligaciones son transmisibles.

Tampoco se observa infracción a lo dispuesto en el artículo 150 en relación con los artículos 177 y 182 del Código de Procedimiento Civil al desestimar la excepción de cosa juzgada, en la medida que el juicio respecto del cual se hizo valer la excepción terminó por desistimiento de la actora, lo que impidió que el tribunal emitiera un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento.

Finalmente, la denuncia relativa a la vulneración de los artículos

305 y 309 del Código Civil será desestimada pues, como se advierte del recurso, el reproche de la recurrente se dirige exclusivamente a cuestionar la actividad ponderatoria del material probatorio efectuado, resultando pertinente tener en consideración que sólo los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar los hechos de la causa y que efectuada correctamente dicha labor, esto es, con sujeción al mérito de los antecedentes, probanzas aportadas por las partes, interpretación y aplicación de las normas atinentes al caso en estudio, resultan inamovibles para este tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, salvo que se denuncie y desarrolle de manera eficiente la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, lo que no ocurre en la especie".

(Considerando sexto, CL/JUR/4369/2016)

ANDREA VARGAS CARRASCO

Investigadora

Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Facultad de Derecho

Universidad de Chile

DICTÁMENES

• DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

N° 20.170. Contraloría General de la República. Funcionaria que mantiene bajo cuidado personal a nieto nacido prematuramente tiene derecho al descanso previsto en el inciso cuarto del artículo 196 del Código del Trabajo.

Fecha: 15/03/2016

Cita en línea: CL/JADM/423/2016

• DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO

N° 691/12. Dirección del Trabajo. No resulta procedente la celebración de contrato de trabajo entre convivientes civiles que han pactado comunidad de bienes, conforme al artículo 15 de la Ley N° 20.830, mientras dicho pacto se mantenga vigente.

Fecha: 29/01/2016

Cita en línea: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-108493.html>

N° 1646/031. Dirección del Trabajo. La norma contenida en el artículo 203 inc. 8° del Código del Trabajo -modificado por la Ley N° 20.399, de 23 noviembre 2015- que amplía el derecho de sala cuna al trabajador o trabajadora a quien, por sentencia judicial, se le ha confiado el cuidado personal del menor de dos años, es aplicable también al o a la dependiente que ha asumido dicho cuidado por haber decretado el tribunal competente la correspondiente medida de protección o cautela conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Fecha: 21/03/2016

Cita en línea: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-108871.html>

N° 2888. Dirección del Trabajo. El permiso por matrimonio que consagra el artículo 207 bis del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 20.764, es aplicable al trabajador o trabajadora que otorga el Acuerdo de Unión Civil conforme a la Ley N° 20.830.

Fecha: 31/05/2016

Cita en línea: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-109437.html>



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
PROGRAMA DE DERECHO DE
FAMILIA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Boletín de circulación gratuita y digital.

Si desea recibir nuestra próxima edición, por favor inscribese al correo electrónico actualidadfamiliar@derecho.uchile.cl.

Cualquier comentario o sugerencia puede hacerlo llegar por el mismo medio.

**PROGRAMA DE DERECHO DE FAMILIA
INFANCIA Y ADOLESCENCIA**

FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE CHILE

DIRECCIÓN | Constitución N° 142, Providencia, Santiago
E-MAIL | programafamilia@derecho.uchile.cl
WEB | www.derecho.uchile.cl/familia
FONOS | (56 2) 2 9785468 – (56 2) 2 9785474

