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

Diciembre 2016 Edición 1· volumen 3

BOLETÍN ACTUALIDAD FAMILIAR

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

SUMARIO

Bienvenida	01
Noticias	02
Entrevista. Proyecto de ley sobre entrevista videograbada Senador Felipe Harboe Bascuñán	08
Opinión Legislativa. Mucho ruido y pocas nueces. Comentario al proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez Sr. Francisco Estrada Vásquez	12
Comentario de Jurisprudencia. Anticoncepciones fallidas, hijos indeseados e indemnizaciones por manutención Prof. Hugo Cárdenas Villarreal	16
Contrapunto. Cuidado Personal Compartido Prof. Maricruz Gómez de la Torre Vargas Prof. Rodrigo Barcia Lehmann	20
Novedades editoriales	24
Reporte Jurisprudencia Corte Suprema. Septiembre - diciembre 2016. Andrea Vargas Carrasco	25
Reporte Jurisprudencia Administrativa	28

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:

Presento a ustedes el tercer 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 y el reporte de jurisprudencia administrativa relacionada con el Derecho de Familia.

En este número, contamos con la valiosa intervención del Senador, señor Felipe Harboe Bascuñan, el profesor Hugo Cárdenas Villarreal, el profesor Francisco Estrada Vásquez y el profesor Rodrigo Barcia Lehmann, quienes junto a la profesora Maricruz Gómez de la Torre Vargas han desarrollado interesantes colaboraciones. A todos ellos muchas gracias.

Prof. Cristián Lepin Molina
Director Boletín Actualidad Familiar

CONVERSATORIO SOBRE "LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. EL DERECHO A SER OÍDO"

Multitudinaria concurrencia al conversatorio organizado por el Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Esta actividad se enmarcó en la estadía de investigación que desarrolló la profesora Sandra Ceballos Torres, de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos de México, en el Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia durante septiembre y octubre del año 2016.

En el conversatorio participaron, junto con la profesora Sandra Ceballos Torres, la Jueza Titular del Primer Juzgado de Familia de Santiago, señora Paulina García Cárcamo, y el Coordinador Académico del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, profesor Cristián Lepin Molina, generándose una instancia que permitió, además, la intervención del público asistente, generándose un debate en torno a los temas tratados en la actividad.

Entre las conclusiones, la profesora Sandra Ceballos Torres señaló que, *"independientemente de la falta de recursos económicos en la compra e implementación de salas Gesell lo más relevante es la capacitación que se puede realizar al personal"*, idea que fue apoyada por la Magistrado Paulina García Cárcamo, quien realizó un revisión del proceso de implementación de salas Gesell en nuestros tribunales, destacando que *"de nada sirve tener muchas salas Gesell si no se les enseñan a los funcionarios a utilizarlas, hay que capacitarlos y así lo ha hecho el Poder Judicial"*. La Magistrado recalcó, además, que *"al implementarse las salas Gesell en nuestro país se realizaron dos capacitaciones, una teórica y una práctica, a todos los funcionarios de los tribunales de familia"*. Por su parte, el profesor Cristian Lepin Molina destacó la importancia de definir la naturaleza jurídica de la intervención de los niños en los procesos pues *"el niño, niña o adolescente debe ser considerado 'parte' en los juicios sobre estos temas"*.

SEMINARIO INTERNACIONAL "MATRIMONIO IGUALITARIO: HACIA LA IGUALDAD DE DERECHOS EN CHILE" DA INICIO A PROCESO PRELEGISLATIVO DE PROYECTO SOBRE MATRIMONIO IGUALITARIO

El día 28 de noviembre de 2016 se realizó el Seminario Internacional "Matrimonio Igualitario: hacia la igualdad de derechos en Chile". La actividad, que fue organizada por el Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Ministerio Secretaría General de Gobierno, se desarrolló en el Aula Magna de dicha Facultad con la participación de expertos de Argentina, España y Estados Unidos, además de diversos juristas nacionales, y con un gran número de asistentes.

Con este seminario se da el inicio al proceso prelegislativo encaminado a la redacción del proyecto sobre matrimonio igualitario que presentará el Gobierno de Chile el año 2017.

El acto inaugural fue presidido por la Decana(S) de la Facultad, Prof. Maricruz Gómez de la Torre Vargas, quien señaló que *"las demandas de la diversidad sexual y sus familias son inquietudes ciudadanas legítimas, que merecen una respuesta del Estado"*, y contó con la intervención de la Ministra Secretaria General de Gobierno, Sra. Paula Narváez Ojeda, quien reafirmó el compromiso de la Presidencia para la presentación de un proyecto de ley el primer semestre del 2017, valorando, además, esta instancia de discusión, ya que *"consagrar la igualdad de derecho en el matrimonio es un paso ineludible"*, y calificando como un deber del Gobierno *"acoger a todas las formas de familia, reconociendo los mismos derechos a todas ellas"*; y también con las participación del Coordinador Académico del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Prof. Cristián Lepin Molina, quien se mostró agradecido por la alta convocatoria y agradeció a la Ministra y a cada uno de los expositores nacionales y extranjeros su asistencia y colaboración.

Terminado el acto inaugural, el Director del Área de Derechos Humanos del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh), Sr. Rolando Jiménez Pérez agradeció la instancia académica y recordó el acuerdo de solución amistosa celebrado con el Estado de Chile.

Posteriormente, se dio paso a las Conferencias Internacionales, donde participó la Prof. doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, integrante de la Comisión redactora del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, quien expuso sobre el matrimonio igualitario y la situación en Argentina, haciendo énfasis en la idea de que la familia no es una institución aislada, sino un concepto cultural y, por tanto, cambiante. En este sentido, terminó su ponencia con una cita de Víctor Hugo: *"no hay nada más poderoso en el mundo, que una idea a la que ha llegado su tiempo"*, haciendo alusión a la institución del matrimonio igualitario.

Por su parte, la Prof. doctora María Asunción Linacero, catedrática acreditada de la Universidad Complutense de Madrid, explicó la situación en España. desde una perspectiva de los derechos humanos, a través de fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, concluyendo que *"el derecho a contraer matrimonio está consagrado en las diversas declaraciones de los Derechos Humanos, como manifestación de la libertad, igualdad y dignidad"*, agregando que el eje principal del matrimonio igualitario está dado por el respeto a estos principios generales.

Finalizó las conferencias internacionales el Prof. doctor Lawrence C. Levine, académico de la University of the Pacific, quien se refirió a la regulación diferenciada de las uniones homosexuales, como es el caso de nuestro país, señalando que *"el mismo concepto de matrimonio es muy poderoso, la existencia de las uniones civiles o sociedades domésticas están dando un mensaje: esas no son tan valiosas como el matrimonio".*

Además, la actividad contó con dos paneles, dedicados al análisis de la igualdad de derechos en materias relativas al "matrimonio" y "relaciones filiales", respectivamente, en los cuales expusieron los académicos del Departamento de Derecho Privado de nuestra Facultad, Prof. Maricruz Gómez de la Torre Vargas, Prof. Fabiola Lathrop Gómez, Prof. Gabriel Hernández Paulsen y Prof. Mauricio Tapia Rodríguez, además de la Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel, señora Nel Greeven Bobadilla, y el abogado Ciro Colombara López, profesional destacado en esta área.

EXITOSO SEMINARIO "VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN LA PAREJA. ANÁLISIS INTERDISCIPLINARIO"

El Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile cierra sus actividades de extensión correspondientes al año académico 2016, con el Seminario "Violencia contra la mujer en la pareja. Análisis interdisciplinario", contando con un gran número de asistentes.

En el acto inaugural, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Prof. Davor Harasic Yaksic, destacando la relevancia del tema central de la actividad, hizo referencia al gran número de mujeres que sufren violencia, trayendo a nuestra memoria el caso de Nabila Rifo. En el mismo acto, el Coordinador Académico del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Prof. Cristián Lepin Molina, recalcando la necesidad de dar una respuesta urgente a esta problemática, agradeció al gran número de expositores que participarían en el seminario.

En las conferencias inaugurales destacó la participación de la Honorable Senadora Sra. Adriana Muñoz D'Albora, quien hizo referencia a los proyectos para proteger a las mujeres víctimas de violencia que se encontraban en tramitación en el Senado, especialmente el proyecto de ley sobre monitoreo telemático.

También se destaca en las conferencias inaugurales la participación de la Prof. doctora Úrsula Basset, de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de la Universidad Austral de Argentina, quien centró su exposición en la evolución que ha tenido la regulación de la violencia intrafamiliar en Argentina, destacando que debe reconocerse que la violencia contra la mujer en la pareja no afecta solo a la mujer misma, sino también a los niños, niñas y adolescentes que forman parte del núcleo familiar. Concluyó, además, con una mirada crítica, y a través de estadísticas, que lamentablemente el aumento que ha existido del número de denuncias por casos de violencia intrafamiliar no ha significado la disminución de los hechos mismos, señalando que, *"tristemente, lo único que hemos logrado es celebrar que existen más denuncias, pero no disminuido los casos de violencia".*

Además, participaron renombrados profesores nacionales y expertos en diversas áreas de las ciencias sociales. Así, en la primera mesa, referida a la violencia intrafamiliar y aspectos psicológicos, participaron las psicólogas Prof. María Soledad Larraín Heiremans, de la Universidad Diego Portales, y la Prof. María Isabel Salinas Chaud, de la Universidad de Chile. En la segunda mesa, enfocada en la violencia contra la mujer desde el Derecho Penal, se contó con las ponencias del Prof. Juan Pablo Mañalich Raffo, y el Prof. Jaime Winter Etcheberry, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y de la Sra. Patricia Muñoz García, Gerente de la División de atención a víctimas y testigos de la Fiscalía Nacional. En su tercera mesa y final, titulada "violencia en la pareja y el Derecho Familiar" expusieron la Prof. Lidia Casas Becerra, del Área de Género y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, la Sra. Verónica Waissbluth Weinstein, abogada experta en Derecho de Familia, y los profesores Cristián Lepin Molina y René Núñez Ávila, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Se destaca de la actividad el hecho de que cada uno de los expositores señalaron que nuestro ordenamiento esta al debe en materia de violencia contra la mujer en la pareja, siendo necesaria la realización de medidas urgentes, además de una intervención enfocada en la educación desde la infancia, para disminuir estos actos.

EN LA RUPTURA MATRIMONIAL ¿QUIÉN SE QUEDA CON EL "HIJO" MASCOTA? EL CASO DEL PERRO EN ESPAÑA

Las nuevas tendencias en la consideración social y jurídica de los animales han llevado a que actualmente se empiecen a conocer solicitudes de custodia respecto de la mascota que se ha tenido en común durante la relación de pareja, junto con la conformación, por las partes, de convenios reguladores.

En este sentido, el portal de "El País", en su versión para Cataluña, recoge las impresiones de la Sra. Marita Candela, catedrática de Derecho y Directora del International Center for Animal Law and Policy (ICALP) de la Universidad Autónoma de Barcelona, quien explica que "*el asunto aparece con frecuencia creciente en el 'convenio regulador' del matrimonio. 'Antes quizá no se plasmaba por escrito, pero sí se verbalizaba'. La novedad ahora, insiste, es que el amo quiere también que su mascota sea 'parte interesada' en el proceso porque 'desempeña dentro del núcleo familiar algo más que el valor económico: es el centro de una serie de relaciones de afecto'*".

Así, en los últimos años destacan dos sentencias en que los tribunales españoles han debido referirse al tema: la primera, donde el tribunal de primera instancia, durante el conocimiento de un proceso de divorcio y liquidación de bienes, no se pronuncia sobre la solicitud de regulación de custodia del perro en común de la pareja. Contra ella, y en virtud de esta omisión, se interpone recurso de apelación, el que es rechazado dado que *"los pactos relativos a mascotas pueden ser obviamente incluidos en un convenio regulador pero lo razonable jurídicamente es que tales acuerdos, igual que los alcanzados en este supuesto en el momento del juicio, tengan trascendencia entre las partes pero sin la cualidad de ejecutables en el proceso de familia. Considerando que estamos ante la ratificación de un acuerdo sobre visitas del perro que no implica derecho alguno que pueda ser ejecutado y en consecuencia no se incluirá en la sentencia que se dicte, sin perjuicio de la validez que tiene entre los propietarios. En definitiva, coincidiendo con el criterio de la Juez de Instancia, consideramos inapropiada su adopción en un proceso de separación matrimonial tal como se propone en línea similar a las medidas relativas previstas en la ley para con los hijos comunes, por ello entendemos las razones expuestas por la Juzgadora de instancia para su no aprobación, las cuales mantenemos en esta resolución"*.

En la segunda sentencia, el tribunal de primera instancia de la ciudad de Badajoz acogió la solicitud, señalando que *"por doña se propugna la posesión compartida de un perro y su expareja opone que se trata de un bien privativo. La demanda debe prosperar. Ciertamente, en principio los bienes adquiridos durante la convivencia no se convierten en comunes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido. Ahora bien, opera aquí en toda su dimensión la doctrina jurisprudencial, según la cual existe un régimen de comunidad de bienes cuando fue voluntad de los convivientes hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho. Llegados a este punto, siendo entonces doña y don copropietarios del perro en litigio, la solución propugnada de la tenencia compartida es correcta. Estamos ante un bien, el perro, indudable y esencialmente indivisible (artículo 401 del Código Civil). Las opciones entonces serían la adjudicación del perro a uno de los dueños, con deber de indemnizar al otro (artículo 404 del Código Civil), o el disfrute compartido (artículo 394 del Código Civil)"*.

(Fuente: El País, 9 de octubre 2016)

PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA ENTREGA A PRESIDENTA BACHELET ESTUDIO SOBRE IGUALDAD DE GÉNERO EN EL PODER JUDICIAL

El miércoles 2 de noviembre de 2016, el Presidente de la Corte Suprema, Sr. Hugo Dolmestch Urra y la encargada de asuntos de género de este máximo tribunal, Ministra Sra. Andrea Muñoz Sánchez, se reunieron con la Presidenta de la República, Sra. Michelle Bachelet Jeria, para hacer entrega del "Estudio diagnóstico de la perspectiva de igualdad de género en Poder Judicial chileno".

En el encuentro, realizado en dependencias de la Moneda, el Presidente de nuestro máximo tribunal Sr. Dolmestch y la Ministra Sra. Muñoz entregaron a la mandataria los principales resultados del diagnóstico que servirá como base para la construcción de una política de igualdad de género y no discriminación al interior del Poder Judicial.

Al respecto, el Sr. Dolmestch enfatizó en la importancia de esta reunión, señalando que *"es necesario que, como poderes del Estado, enfrentemos y trabajemos por la no discriminación para superar los desafíos que la igualdad impone en los diferentes ámbitos de acción institucional"*.

El documento señalado contiene una serie de recomendaciones, las que fueron clasificadas en siete apartados: 1. Estrategia y Políticas Internas; 2. Recomendaciones con Repercusión Económica; 3. Recomendaciones en Materia de Derecho Internacional; 4. Difusión de Buenas Prácticas; 5. Mejora de Atención a Usuarios e Impartición de Justicia; 6. Capacitación; y, 7. Otras Recomendaciones.

(Fuente: Poder Judicial, 3 de noviembre 2016)

CUENTA DE AHORRO VISTA DE PENSIÓN ALIMENTICIA

El Presidente de la Corte Suprema, Sr. Hugo Dolmestch Urra, y el Presidente de BancoEstado, Sr. Jorge Rodríguez Grossi, anunciaron la modernización al sistema de pago de las pensiones alimenticias. Al respecto, el señor Rodríguez Grossi manifestó que, *"como BancoEstado, nos preocupamos constantemente de fomentar la inclusión financiera y romper barreras de acceso al sistema financiero. Con la modernización de la Cuenta de Ahorro Vista Pensión Alimenticia, nuestros usuarios podrán ahorrar tiempo y dinero, ya que no tendrán que trasladarse a nuestras sucursales para obtener información sobre sus depósitos"*. Por su parte, el Sr. Dolmestch Urra señaló que *"como Poder Judicial, estamos muy contentos de informar acerca de los logros alcanzados y que permiten facilitar los trámites judiciales para las personas que más lo necesitan, brindándoles soluciones modernas, accesibles y disponibles para todos"*.

Este proceso se inició el pasado 26 de agosto, fecha en la que se comenzaron a abrir las nuevas Cuentas de Ahorro Vista Pensión Alimenticia con tarjeta. Se destacan dentro de sus beneficios:

- Permitirá a usuarios y jueces acceder en línea a los movimientos. Lo que significa agilizar los procesos para los usuarios, a quienes antes, para obtener una liquidación por el pago de una pensión alimenticia, los Tribunales de Familia les solicitaban llevar fotocopia de la libreta de ahorro, actualizada en los cajeros automáticos o en los servicios de atención al cliente del banco.

- Permite girar en cualquier cajero automático del país o en cualquier comercio asociado a CajaVecina, además de utilizarla como medio de pago electrónico y transferencias en línea.

La cuenta de Ahorro Vista Pensión Alimenticia se puede abrir en cualquiera de las 385 sucursales de BancoEstado a lo largo del país.

(Fuente: Bancoestado, 22 de septiembre 2016)

SOFTWARE PARA SEGUIMIENTO DE CAUSAS RELACIONADAS CON NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En el Juzgado de Familia de Iquique se implementó un software que permitirá chequear el estado y cumplimiento de las causas judiciales relacionadas con niños, niñas y adolescentes, denominado Registro Único de Seguimiento cuyas siglas corresponden a "RUS".

El sistema se implementará en los tres juzgados de familia de esta jurisdicción y se abocará a la carga en el sistema de las causas relativas a niños, niñas y adolescentes que se encuentran derivados por una sentencia de protección a una de las residencias existentes en la región, que a la fecha equivalen a 150 registros.

La jefa de Unidad de Seguimiento e Información del Departamento de Desarrollo Institucional (DDI) de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ), Sra. Fabiola González Brito señaló que *"esto viene a concretar un convenio existente entre Poder Judicial, Servicio Nacional de Menores y Ministerio de Justicia para permitir a los jueces y consejeros técnicos poder realizar un seguimiento oportuno desde el momento que un juez dicta sentencia hasta completar lo ordenado en la misma, de manera que el magistrado pueda tener la información y esté informáticamente visualizado dentro de la causa, entendiendo siempre que estas medidas son transitorias"*. Por su parte, el jefe de Administración de Proyectos del DDI, Sr. Pablo Cabezas Fernández, agregó que *"este software permitirá conocer todos los informes que se tienen, como el nombre del niño, la residencia a la que tienen que enviar, que el tribunal sepa cuándo un menor tiene que egresar de una residencia y no esté más allá del tiempo que deba permanecer ahí. Además, permitirá saber en qué fecha vence el informe para que el tribunal lo reciba. Es una herramienta que automatiza todo el proceso de seguimiento y entrega la información procesada y completa"*.

(Fuente: Poder Judicial, 20 de Diciembre 2016.)

CORTE DE CONCEPCIÓN ORDENA A GENDARMERÍA QUE INTERNA CUIDE Y AMAMANTE A HIJA RECIÉN NACIDA

Senador Alejandro Navarro Brain, en su calidad de presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, interpone recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Concepción en favor de una niña recién nacida, hija de la reclusa Lorenza Cayuhan Llebul, quien cumple una condena de 5 años y un día en la cárcel de Arauco. Con fecha 19 de octubre, la acción fue admitida a tramitación, y se acogió la orden de no innovar interpuesta por el solicitante

El fundamento radica en que la Sra. Lorenza Cayuhan, con 7 meses de gestación, es

trasladada desde el centro en que cumple su pena privada de libertad, al hospital regional de Concepción, lugar en que da a luz estando amarrada a la camilla y con grilletes en sus pies. Luego, es dada de alta y enviada al centro penitenciario, sin embargo, su hija prematura debe quedarse en el hospital para recibir los cuidados que por su estado requiere; su madre solicita a Gendarmería poder mantenerse en el recinto para cuidar y amamantar a su hija. Respecto a los fundamentos de derecho, se amparan los derechos de la niña en los numerales 1 y 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y en el artículo 24 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, que prescribe que el derecho de los niños a asistencia médica necesaria y asegurar la atención prenatal y postnatal a sus madres, además del Convenio 169 de la OIT.

La Corte acoge la orden de no innovar *"sólo en cuanto Gendarmería deberá permitir el contacto físico, cuidados y amamantamiento de la menor Sayen Ignacia Nahuelán Cayuhuán de parte de su madre doña Lorenza Cayuhuán Llebul, día y noche, en el establecimiento hospitalario en que se encuentre la menor, durante el término de tres meses, sin perjuicio de lo cual, con informes médicos fundados, se pueda extender dicho plazo"*

(Fuente: Poder Judicial, 19 de octubre 2016).

INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL DERIVADO DE LA INFIDELIDAD DE LA PAREJA. ESPAÑA

El Diario Constitucional nos presenta un caso español en el que se condena a la mujer y a su amante a indemnizar el daño moral ocasionado al marido de ella por la infidelidad reiterada y estable (relación paralela), de la que nacieron tres niños que el marido creía hijos biológicos suyos. El motivo, fue *"la negligencia de la cónyuge y su amante al no haber puesto los medios necesarios para prevenir el embarazo, y por el dolo de haber ocultado al marido la verdadera paternidad"*. La Audiencia Providencial (símil de la Corte de Apelaciones en nuestro país), consideró *"desde el primer momento, que los menores no eran hijos del señor V. pese a lo cual permitieron que se inscribieran en el Registro Civil como sus hijos, y que pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres niños y han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002, y en este actuar consciente, estimamos que radica el dolo de los demandados (...)"*.

Al igual que en nuestro país, en España la indemnización por daño moral tampoco está expresamente contemplada en el Código Civil, sino que se contienen normas similares a nuestros artículos 2314 y 2329, incorporándose dentro del concepto de "todo daño". En este sentido, el Tribunal Supremo español ha considerado, en casos de relaciones de familia, que *"lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro"*.

(Fuente: Diario Constitucional, 4 de enero 2017)

BOLETÍN 11077-07. SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Con fecha 05 de enero de 2017, ingresó a la Cámara de Diputados, un proyecto de ley que *"mejora las respuestas institucionales que se ofrecen a las víctimas de violencia intrafamiliar; regular nuevas figuras tendientes a reconocer las distintas formas que adopta la violencia ejercida contra las mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad; y generar un cambio cultural cuyo horizonte es la igualdad entre hombres y mujeres y el fin de las relaciones de subordinación"*.

Esta iniciativa busca que nos enfrentemos con fuerza y determinación a los casos de violencia que llevamos largamente arrastrando y que han resultado ser de tan difícil solución. Por ello, el proyecto contempla una ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

En el proyecto se incorporan modificaciones a la actual Ley N° 20.066 (sobre violencia intrafamiliar), ampliando su finalidad a *"prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, todas las formas y manifestaciones de violencia que se ejercen dentro del espacio doméstico, de las familias y de las relaciones de pareja, y otorgar protección efectiva a quienes la sufren"*; amplía la competencia de los ministerios, la definición de violencia intrafamiliar y agrega normas destinadas a quienes ejercen jurisdicción. Busca, asimismo, mejorar la comunicación y notificación de las medidas cautelares, y las mediaciones, además de extender el delito de femicidio a aquellas situaciones en las cuales existe o ha existido un acuerdo de unión civil o relación de pareja sin convivencia. Por último, el proyecto de ley propone sancionar las acciones sexuales cuando estas se realicen con una persona mayor de 14 años, *"sin necesidad de que haya existido violación o estupro"*.

(Fuente: Diario Constitucional, 11 de enero 2017)

NOTICIAS

BOLETÍN 11072-07. SANCIONA A QUIENES OBSTACULICEN O IMPIDAN LA RELACIÓN DE UN MENOR CON EL PROGENITOR U OTRO PARIENTE QUE NO TENGA SU CUIDADO PERSONAL

Con fecha 03 de enero de 2017 ingresó al Senado de la República un proyecto de ley que *"sanciona a quienes obstaculicen o impidan la relación de un menor con el progenitor u otro pariente que no tenga su cuidado personal"*. Esta moción, iniciada por el Senador Chahuán, tiene como fundamento la necesaria y efectiva protección que debe darle a los derechos reconocidos y consagrados en nuestra legislación relacionados con la relación directa y regular entre niño, niña y adolescente con su padre (que no tiene el cuidado personal) y sus abuelos, buscando que los hijos dejen de ser un instrumento (o moneda) de cambio, y a veces, de "venganza".

El proyecto de ley propone *"la creación de un cuerpo legal que sancione con penas de multa y en su defecto de privación de libertad, a aquellos que maliciosamente realicen acciones para obstaculizar, retardar o impedir la relación de un hijo con su padre, madre o pariente que no ostenta su cuidado personal según lo establecido en los artículos"*.

(Fuente: Diario Constitucional, 11 de enero 2017)

AGENDA

EXTENSIÓN

LANZAMIENTO DE LIBRO
"Derecho Familiar Chileno",
autor: Cristián Lepin Molina, editorial Thomson Reuters.

El día 29 de marzo de 2017 a las 18.00 hrs. se realizará en el auditorio Matilde Bradau de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile la presentación del libro ***Derecho Familiar chileno***, actividad que será presidida por el señor Decano de la Facultad de Derecho, profesor Davor Harasic Yaksic.

La obra será presentada por el profesor Hernán Corral Talciani, Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España) y profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes; y por el profesor Carlos Peña González, Doctor en Filosofía por la Universidad de Chile, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Rector de la Universidad Diego Portales.

Fecha: 29 de marzo de 2017, 18.00 hrs.
Lugar: Auditorio Matilde Brandau. Av. Santa María 076, sexto piso, Providencia.
Información: programafamilia@derecho.uchile.cl- fono: +56 2 297 85 474

ENTREVISTA

FELIPE HARBOE BASCUÑÁN

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LAS ENTREVISTAS VIDEOGRABADAS Y OTRAS MEDIDAS DE RESGUARDO A MENORES DE EDAD VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

Es Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Central de Chile, abogado, fue jefe de gabinete de la Intendencia Metropolitana, Subsecretario de Carabineros en el Ministerio de Defensa Nacional, Diputado por el distrito Santiago Centro, y actualmente es Senador de la República de Chile por la octava región del Bío-Bío.

1. ¿CUÁLES SON LAS MEDIDAS PARA RESGUARDAR A LOS MENORES QUE CONTIENE EL PROYECTO DE LEY QUE REGULA LAS ENTREVISTAS VIDEOGRABADAS Y OTRAS MEDIDAS DE RESGUARDO A MENORES DE EDAD VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES?

Las medidas que contiene el proyecto de ley y que tienen por fin el resguardo de nuestros niños, niñas y adolescentes y la eliminación de los efectos nocivos de la victimización secundaria que hoy enfrentan como testigos o víctimas de delitos de connotación sexual, pueden resumirse en dos puntos centrales: la regularización del número de entrevistas a las que podrán ser sometidos los niños, niñas y adolescentes, tanto en el proceso investigativo como en la etapa judicial, y el contexto en el que deban realizarse, asegurándoles un espacio de pleno respeto y protección.

Respecto a la cantidad de entrevistas, el proyecto permite un máximo de dos instancias, una a realizarse en la fase investigativa, permitiendo que el Ministerio Público recabe los antecedentes necesarios para impulsar la investigación, y otra en la etapa judicial, con el objeto de permitir que el Tribunal conozca los hechos y forme su convicción. En cuanto a la forma de realización, el proyecto cuenta con el presupuesto necesario para implementar nuevas técnicas reconocidas a nivel internacional, como lo son la implementación de salas acondicionadas especialmente para recabar el testimonio del niño, niña y adolescente, protegiendo su privacidad, y la tecnología conocida como circuito cerrado, mecanismo que evita enfrentar directamente al imputado.

Si bien el centro del proyecto se dirige a las dos medidas señaladas, vale la pena destacar que esta iniciativa cuenta también con otros mecanismos importantes:

A modo de ejemplo:

• Plazos acotados: así, el proyecto impone al Ministerio Público un plazo máximo de 24 horas, contado desde la denuncia, para determinar las diligencias de investigación que se deban llevar a cabo y solicitar las medidas tendientes a proteger y asistir al menor de edad que haya sido víctima o testigo de un hecho delictual. Por otra parte, se propone que el plazo máximo para llevar a cabo la audiencia de juicio sea de 20 días contados desde la notificación del auto de apertura del juicio oral. El plazo general se extiende hasta los 60 días. También es importante mencionar que los tribunales con competencia en lo penal deberán dar preferencia en la programación de aquellas audiencias en que se traten materias relativas a víctimas menores de edad, o en las que deban intervenir como testigos.

• Principios de aplicación: el proyecto hace mención a los principios que deberán observarse en la interacción con el niño, niña y adolescente a través del proceso de investigación y juzgamiento de un delito. Así, se consagran expresamente principios como el interés superior del niño, la participación voluntaria y la prevención de la victimización secundaria.

• Se establece un conjunto de medidas de protección que el juez de garantía puede dictar, incluso antes de la audiencia de formalización. Así, se busca evitar la dilación innecesaria que acarrea finalmente la desprotección de nuestros niños, niñas y adolescentes.

2. ¿CUÁL ES EL OBJETIVO DE ESTE PROYECTO?

El objetivo central de este proyecto es asegurar a los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas o testigos de delitos especialmente complejos, como aquellos de connotación sexual, el cuidado, respeto y protección que se les debe al verse enfrentados a un proceso penal. No podemos permitir que tanto la etapa investigativa como la etapa judicial sigan siendo escenarios hostiles, perjudiciales y re victimizadores, donde nuestros niños, niñas y adolescentes deban soportar, además del sufrimiento inherente al haber sido víctima o testigo de conductas que atentan contra su integridad, prácticas tan perjudiciales como la toma repetida de declaraciones, el sometimiento a múltiples peritajes, esperas excesivas y espacios inadecuados para entregar su testimonio.

3. ¿EN QUÉ PROCESOS SE UTILIZARÁ ESTA HERRAMIENTA? ¿ÚNICAMENTE PARA CASOS DE DELITOS SEXUALES O SE PRETENDE EXTENDER A OTROS DELITOS?

Este tema fue ampliamente debatido a propósito de cuáles serían las implicancias de ampliar o restringir el catálogo de delitos a los que les será aplicable lo dispuesto en el proyecto. En un principio, el texto enviado por el Gobierno y aprobado en general por el Senado contemplaba no solo las hipótesis de lo que se conoce como delitos sexuales, sino también otros delitos relacionados, como la trata de personas y el delito de robo con violación. Posteriormente, y en virtud de una indicación sustitutiva presentada por el ejecutivo, el ámbito de aplicación fue restringido considerablemente, optando por incluir solo aquellos delitos contemplados los Párrafos V y VI del Título VII del Libro II del Código Penal. Finalmente, y considerando que existen figuras delictivas complejas que no solo constituyen un atentado contra la indemnidad sexual, sino que además lesionan otros bienes jurídicos que también merecen especial protección, se optó por un catálogo bastante más amplio de delitos, en donde se incluyen – además de los delitos de connotación sexual – conductas de homicidio, robo con violación, trata de personas, secuestro y sustracción de menores.

4. EN EL MISMO SENTIDO, ¿QUÉ OPINA RESPECTO DE LA SOLICITUD QUE REALIZA LA CORTE SUPREMA EN EL INFORME EMITIDO CON FECHA 5 DE OCTUBRE DE 2016, RESPECTO DE ESTE PROYECTO DE LEY EN CUÁNTO A *"NO HACER REFERENCIA A DELITOS CONCRETOS"*?

Efectivamente, la Corte Suprema señaló en el citado informe, no advertir la justificación de restringir el ámbito de aplicación de la ley a los delitos de connotación sexual, considerando que debe otorgarse un régimen de protección general a los niños, niñas y adolescentes en su vinculación con el proceso penal.

Creo que existen muchas otras circunstancias particularmente proclives a establecer espacios de agresión y re victimización, merecedoras por cierto de un tratamiento especializado en cuanto a la interacción que pueda generarse con los niños, niñas y adolescentes. No parece razonable excluir casos en que el niño niña o adolescente ha sido víctima o testigo de conductas especialmente violentas, como un robo con violación o un intento de homicidio, delitos que, por cierto, son capaces de acarrear consecuencias perniciosas en la integridad física y psíquica de cualquier persona. El ideal sería, como ya lo he expresado antes, la existencia de un régimen de protección integral que no limite la aplicación de las normas que contempla la iniciativa a solo ciertas hipótesis, situación que, a nivel institucional y presupuestario, debe ser objeto de evaluación.

> "El objetivo central de este proyecto es asegurar a los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas o testigos de delitos especialmente complejos"

El proyecto que se propone va en la dirección correcta, dando el primer paso e incluyendo un catálogo de conductas de considerable amplitud, sin descartar, por cierto, una apertura progresiva hacia otro tipo de situaciones que deban comprenderse en el estatuto de protección.

5. ¿QUIÉNES SERÁN LOS ENCARGADOS DE REALIZAR LA ENTREVISTA VIDEOGRABADA? ¿QUIÉNES PODRÁN PARTICIPAR EN ELLA?

El proyecto incorpora la figura de un entrevistador, adecuadamente capacitado, entrenado y certificado. Todo el proceso de acreditación, por su parte, queda entregado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y el entrevistador solo podrá realizar entrevistas en la medida que cuente con una formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada y declaración judicial a niños y niñas o adolescentes, y la mantención al día de su acreditación ante el Ministerio correspondiente. Respecto de este tema, es importante señalar que el proyecto contempla la idea de que tanto la entrevista investigativa como la declaración judicial sean practicadas por el mismo entrevistador, para así asegurar que el niño, niña o adolescente se sienta seguro, protegido, en un ambiente de confianza y contención, evitando así que deba interactuar con diversos actores que le sean ajenos. Por otra parte, se establece que la formación de entrevistadores se llevará a cabo mediante un *proceso continuo*, que contemplará la capacitación, supervisión y evaluación del desarrollo de las entrevistas y las competencias del entrevistador, lo que permite entender que la formación de los entrevistadores no es una mera capacitación, sino un proceso que incluye seguimiento en todas las etapas que lo componen.

6. ¿EL CONTENIDO DE LA ENTREVISTA VIDEOGRABADA ES RESERVADO? ¿PARA QUIENES SE ESTABLECE LA RESERVA?

Dado que el contenido de la entrevista videograbada es extremadamente sensible y ciertamente cuenta con detalles e información que no puede ser conocida públicamente, el proyecto ordena su protección absoluta, estableciendo que su contenido será absolutamente reservado y solo podrán acceder a él los intervinientes, los jueces de tribunales con competencia en materia de familia y los peritos que deban conocerlo con la finalidad de elaborar sus informes (artículo 22 del proyecto).

Para asegurar el resguardo efectivo, pero también asegurar las garantías del imputado, se permite la entrega de copia íntegra a las partes del proceso, pero no sin antes asegurarse de que se haya distorsionado suficientemente la voz e imagen del niño, niña o adolescente, a efectos que no pueda ser identificado por terceros ajenos a la investigación.

Por otra parte, se les prohíbe a los medios de comunicación social y a las personas que asistan a la audiencia, el fotografiar o filmar parte alguna de la declaración judicial o de la entrevista investigativa videograbada del niño, niña o adolescente que se reproduzca en el juicio, exhibir dichas imágenes o registros, o difundir datos que permitan identificar al declarante o a su familia.

7. ¿LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN LA ENTREVISTA VIDEOGRABADA ES VOLUNTARIA? ¿QUÉ OCURRE SI EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE NO QUIERE PARTICIPAR?

Uno de los principios que recoge expresamente el proyecto es aquel que apunta a la participación voluntaria de la víctima o testigo en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento. Se prohíbe forzar su intervención, bajo ninguna circunstancia, situación que debe entenderse además en concordancia con la finalidad que busca este proyecto de ley. No debe olvidarse que una de las ideas centrales de la propuesta es justamente proteger al niño, niña o adolescente en su interacción con un proceso penal que muchas veces es hostil, revictimizador y perjudicial.

> "Uno de los principios que recoge expresamente el proyecto es aquel que apunta a la participación voluntaria de la víctima o testigo en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento."

Por otra parte, considerando que muchas veces la participación del menor en el proceso es un elemento clave para la investigación y eventual juicio, el proyecto contempla diversas medidas que aseguran la creación de un ambiente de protección, cobijo y respeto, en el caso de que decida efectivamente participar. Así, por ejemplo, y además de las salas especialmente acondicionadas y el sistema de circuito cerrado, se contempla la obligación de efectuar la declaración judicial en forma continua, en un único día – evitando la extensión temporal innecesaria que podría acarrear efectos re victimizadores – pero siempre considerando el interés superior del niño, niña o adolescente, pudiendo suspender la declaración las veces que sean necesarias a fin de asegurar su descanso.

8. ¿EN QUÉ ETAPA DEL PROCESO JUDICIAL SE REALIZA LA VIDEOGRABACIÓN? ¿ES OCUPADA DESDE LA PRIMERA INTERVENCIÓN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE?

Como ya se ha dicho anteriormente, el proyecto regula cuáles serán las condiciones en las que se realizarán las entrevistas videograbadas. Esta herramienta será utilizada tanto en la fase investigativa como en un eventual juicio, asegurando la realización de los fines propios de cada una de las etapas del proceso. La entrevista investigativa, es una técnica, no es una pericia, y tiene como finalidad que el Ministerio Público obtenga la información necesaria para la persecución penal mientras que la entrevista judicial, por su parte, es aquella que permitirá a los jueces conocer los hechos y formar su convicción. Ambas entrevistas dialogan en varios aspectos, pero el principal es que el entrevistador sea el mismo, lo que ayuda a que el niño, niña o adolescente tenga la confianza, la tranquilidad y el resguardo suficiente para entregar toda la información necesaria.

9. EN LA ETAPA JUDICIAL, ¿BASTARÁ CON ACOMPAÑAR ESTA ENTREVISTA VIDEOGRABADA, O SERÁ NECESARIO VOLVER A CITAR AL NIÑO A DECLARAR EN JUICIO?

La herramienta que contempla el proyecto es justamente la utilización del mecanismo de entrevista videograbada para la realización de la declaración judicial del niño, niña o adolescente. No debemos olvidar – como ya se ha mencionado – que el objeto de la entrevista videograbada en la etapa investigativa es distinto de aquel que busca la entrevista que se realiza en la fase de juicio. Por ende, el niño, niña o adolescente podrá ser citado nuevamente a declarar, pero las condiciones en la que se verificará la entrega del testimonio distan enormemente del contexto que hoy en día se presenta. A modo de ejemplo, el proyecto permite la reproducción de la entrevista investigativa en juicio solo en hipótesis restringidas y calificadas, y en todo caso, será requisito que el niño, niña o adolescente, víctima o testigo, haya declarado previamente en la audiencia de juicio o en la audiencia de prueba anticipada. Además, cuando fuere autorizada, la exhibición de la entrevista solo se realizará una vez que haya concluido dicha declaración.

10. ¿EXISTE UN PROCESO DE ACOMPAÑAMIENTO PSICOLÓGICO CON EL NIÑO POSTERIORMENTE A LA DECLARACIÓN VIDEOGRABADA?

Desde un punto de vista puramente formal, las maneras en que se brindará apoyo y recursos a los niños, niñas y adolescentes para el resguardo de su salud, tanto psicológica como física, están tratadas en el proyecto de ley en su artículo 28, referido a los protocolos de atención institucional; es decir, el proyecto de ley mandata su confección, pero no define el contenido de estos protocolos que, de todas maneras, deben considerar apoyo para los niños, niñas y adolescentes, tanto en la realización de las diligencias propias del proceso penal, como en un acompañamiento más integral. De tal forma, tanto a través de estos protocolos, así como de la redacción del reglamento y de la labor coordinadora del Ministerio de Justicia, el proyecto abre la posibilidad no solo de dar un uso efectivo a las redes que actualmente existen, sino también de perfeccionarlas. Las normas en cuestión potencian una visión sistémica de colaboración interinstitucional, que podrán incorporar no solo a los actores del sistema procesal penal, sino también a las distintas redes estatales existentes (por ejemplo, CAVAS, CAVI, etc.).

> "el proyecto abre la posibilidad no solo de dar un uso efectivo a las redes que actualmente existen, sino también de perfeccionarlas"

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es dable hacer presente que la última fase de la diligencia de la entrevista investigativa videograbada corresponde a una etapa de evaluación. En ella no solo se realiza el análisis de la información obtenida en cuanto a su mérito investigativo, sino también respecto de los cursos de acción en materia de protección y reparación del niño, niña y adolescente. Desde tal perspectiva, tanto el profesional de URAVIT, como el entrevistador mismo, contarán, por una parte, con información para tomar medidas adecuadas a cada caso y, por otra, con esa misma información podrán activar las redes necesarias de acompañamiento a los niños, niñas y adolescentes.

11. FINALMENTE, ¿QUÉ OCURRE CON LOS ANTECEDENTES RECOPILADOS Y CON LA ENTREVISTA? ¿CUÁNTO TIEMPO SE GUARDA UNA VEZ FINALIZADO EL PROCESO? ¿SE ELIMINA?

El proyecto de ley en su artículo 26 letra f) entrega al reglamento respectivo la fijación de estándares mínimos para la producción, almacenamiento, custodia y disposición de dichos registros, de tal forma, y no existiendo en el Código Procesal Penal una norma expresa que regule la materia, será lo que indique este reglamento lo que determine su conservación y eliminación posterior en el tiempo.

El reglamento del proyecto de ley deberá para aquello contemplar, no solo lo que sea relevante para los efectos del proceso penal propiamente tal, pues conforme la naturaleza de los delitos que son objeto de la ley, los respaldos de la entrevista investigativa videograbada podrían ser de utilidad para otras sedes judiciales (por ejemplo, Tribunales de Familia, en caso que el ofensor provenga del núcleo familiar), sino que también deberá considerar que estos registros serán utilizados para el proceso de perfeccionamiento de los entrevistadores que las llevaron a cabo (revisiones de entrevistas por autoridad y/o pares), así como eventualmente pueden –con los debidos resguardos y cautela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes– constituir material para procesos de formación y entrenamiento de los entrevistadores de las instituciones a las que pertenezcan.

PROYECTO DE LEY DE DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES

"Comentario al proyecto de ley que crea la defensoría de los derechos de la niñez (Boletín n°10.584-07)"

El 22 de marzo del 2016 el Ejecutivo ingresó a discusión parlamentaria en el Senado el proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (Boletín N° 10.584-07). Este proyecto se inserta, y así debe ser apreciado, en un proceso de reforma institucional en materia de infancia. En efecto, en septiembre del 2015 se presentaron en la Cámara de Diputados a tramitación legislativa dos proyectos de ley: el que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (Boletín 10.315-18), y el que crea la Subsecretaría de la Niñez (Boletín N° 10.314-06). La Presidenta de la República, el 5 de octubre del año recién pasado, en medio de los anuncios ante la crisis de Sename anunció que presentaría antes de fin de año – plazo que no se cumplió – el proyecto que crea una Servicio de Responsabilidad Penal Adolescente y que luego presentaría el proyecto que crea un Servicio Nacional de Protección de Derechos de la Niñez, lo que reemplazarían al actual Servicio Nacional de Menores. En otros momentos se han anunciado también otros dos proyectos: la reforma a la Ley Nº 20.084, de responsabilidad penal adolescente, y uno que reformaría la Ley Nº 19.968 sobre protección especial de infancia vulnerada y que derogaría definitivamente la Ley Nº 16.618, ley de menores. Como se puede observar, es una ambiciosa agenda legislativa de resultados aún pobres. El proyecto que más ha avanzado en su tramitación (el de sistema de garantías) concluyó una primera discusión en particular en la Comisión de Familia pero aún no es aprobado en la sala de la Cámara Baja. A su turno, el proyecto de Defensoría de los Derechos de la Niñez, pese a haber sido presentado en marzo del 2016 solo fue discutido en dos sesiones (9 y 16 de agosto de 2016) en la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes. Ha sido objeto de dos períodos de indicaciones (octubre 2016 y enero 2017) y acumula entonces 109 indicaciones, incluidas una docena del Ejecutivo. La Excma. Corte Suprema ya emitió en octubre de 2016 el informe que se le solicitó. La Comisión senatorial emitió un primer informe que se llevó a la Sala donde el 31 de agosto se aprobó en general la idea de legislar pero hasta la fecha (transcurrido 1 año de la presentación del proyecto) no ha iniciado la discusión en particular y no cuenta con urgencia.

ESTRUCTURA DEL PROYECTO

El Mensaje funda el proyecto en los compromisos internacionales que Chile ha asumido y en diversas observaciones que ha recibido. Asimismo plantea algunos de los diferentes modelos de derecho comparado pero luego, sin mucho soporte argumentativo, delinea la elección que el Ejecutivo hizo para nuestro país.

El proyecto está estructurado sobre la base de veintiún artículos permanentes y dos transitorios. Se compone de tres títulos: Objeto y funciones; Organización; y Personal y patrimonio.

Se plantea, en el primer Título, como objeto de la institución *"la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños y niñas que se encuentren dentro del territorio de la República"*. La Corte Suprema en su informe llama a corregir el universo de la infancia destinataria pues la expresión usada es errónea – por limitada – y corresponde más bien una del tipo *"niños y niñas sujetos a la jurisdicción del estado de Chile"*, como ya se observó respecto del proyecto de sistema de garantías de la niñez.

El artículo 3 se refiere a una doble dimensión institucional: autonomía, pero en coordinación con otras agencias estatales. El informe de la Corte Suprema es elocuente en favorecer la autonomía pero precisando con más nitidez sus contornos que quedan demasiado vagos en la actual redacción.

El artículo 4, es muy relevante pues contiene el listado de funciones y atribuciones de la Defensoría. Cabe hacer notar que en el corto plazo entre la presentación del proyecto y el momento actual, el ejecutivo ya ha introducido cambios al texto en esta materia y también – quizá el cambio más sustancial – en el nombramiento del Defensor.

Casi la totalidad de las funciones son propias hoy del Instituto Nacional de Derechos Humanos, y el texto legal que se propone no resuelve la duplicación de competencias, como, por ejemplo: la realización de visitas a "*los centros de privación de libertad, centros residenciales*

de protección y cualquier lugar en que un niño permanezca privado de libertad, reciban o no recursos por parte del Estado, sin perjuicio de las facultades de los demás organismos públicos competentes en la materia, con los que deberá actuar coordinadamente".

Coherente con el modelo asumido por el Ejecutivo el Defensor será un Ombudsman de la Niñez lo que desde ya genera una confusión terminológica no menor ya que en nuestro país hablar de defensor (penal o laboral) introduce la idea de un servicio de asistencia jurídica lo que no será el caso de esta agencia. Se proponen tres tipos de actuación judicial: hacer denuncias (norma algo superflua dado el deber del artículo 175 del Código Procesal Penal y del derecho de petición constitucional); que pueda excepcionalmente interponer querellas; y que pueda emitir informes como *"amicus curiae".* La Corte Suprema, valorando esta última posibilidad de actuación, recomienda mayor explicitación de la regulación para impedir confusión de roles (que ejerza en un mismo caso las tres posibilidades, por ejemplo).

En el breve debate en la Comisión fue clara la existencia de una fuerte posición crítica a la elección del Ejecutivo. Los senadores Walker, Letelier y Van Rysselberghe lamentaron la ausencia de defensa jurídica para la niñez vulnerada en sus derechos. La senadora Van Rysselberghe manifestó que "*actualmente los menores infractores de ley cuentan con defensa jurídica gratuita proveída por el Estado, protección que no disponen los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, por lo que no cuentan con representación judicial en tales procedimientos jurisdiccionales. En consecuencia, añadió, el punto debe ser revisado en el proyecto de ley en estudio, a fin de examinar la inclusión de tales atribuciones al Defensor"*[1]. El Presidente de la Comisión, Senador Patricio Walker, señaló que es un *"déficit actual de la institucionalidad de la niñez la no provisión de representación judicial de menores en materia de vulneración de derechos, por lo que el punto debe ser examinado, independientemente del modelo propuesto por el proyecto de ley en análisis"*[2]. Por último, el Senador Letelier planteó que, *"en lo referente a la representación judicial de los menores en situación de vulneración de derechos, señaló que debe debatirse acerca de la posibilidad de efectuar una descongestión de los casos y labores que llevan a cabo las OPD (Oficinas de Protección de Derechos) en las Municipalidades, analizando la opción de que las mismas sean llevadas a cabo por un organismo autónomo como el que en el presente proyecto se contempla, robusteciendo de ese modo la idea de contar con un Defensor de los Derechos de la Niñez"*[3]. La respuesta del Ejecutivo fue curiosa llegando a sostenerse por la Sra. Estela Ortiz, Secretaria Ejecutiva del Consejo Nacional de la Infancia, que *"para adoptar un modelo de Defensoría que provea de servicios de representación judicial se debe contar con un alto número de profesionales especializados en la materia, contingente con el que actualmente el país no dispone"*[4].

El Título II regula la figura del Defensor y de un Consejo Consultivo. Sorprende que el Ejecutivo haya cambiado en tan corto tiempo su perspectiva de originar el nombre del Defensor en el seno del Instituto Nacional de Derechos Humanos, luego de un proceso de concurso público y se lo entregue – vía una indicación – a la Comisión de Derechos Humanos del Senado. Además, en el texto original, el artículo 11 exigía como requisito "*e) Poseer una reconocida trayectoria en el ámbito de la defensa de derechos de los niños y niñas".* Luego se modifica por el ejecutivo a "*e) Poseer una reconocida trayectoria en el ámbito de los derechos humanos o en la defensa de los derechos de los niños y niñas".* Es decir, que podría asumir como Defensor de la Niñez un no experto en niñez. Esto constituye un abierto retroceso del proyecto.

El Título III estatuye cuestiones vinculadas al personal, el que estará regido por normas del Código del Trabajo y al presupuesto institucional.

Se adjunta al final un informe financiero del Director de Presupuestos que da cuenta que el número estimado de profesionales será de 11. Es, a todas luces, un guarismo sorprendentemente bajo en consideración a las tareas que se le han entregado a esta institución. Una lectura al escueto desglose de gastos no permite observar un ítem para realizar estudios lo que exige, entonces, que todos los informes y recomendaciones sean efectuados por un exiguo número de profesionales. Es curioso que una institución que en el mensaje se informa como tan relevante tenga menos recursos que una ONG.

COMENTARIOS FINALES

El proyecto debe ser apreciado en el marco del proceso general de reforma y, en ese sentido, es preocupante que la técnica legislativa elegida sea una sucesión cuantiosa de diversos proyectos pudiendo haber sido todos, o la gran mayoría, agrupados dentro de un Estatuto de la Niñez que ofreciendo mayores grados de coherencia facilitase la ingente labor legislativa.

En un segundo orden, existe numerosa evidencia – y la crisis del 2016 del Sename lo corrobora – de que los principales problemas se encuentran en un específico sector del sistema de infancia, el de la protección especial, al que esta nueva agencia es poco lo que aportará, a más de las visitas, las que hoy están siendo planificadas desde el Instituto Nacional de Derechos Humanos desde la asunción del actual Director Branislav Marelic.

Una magistratura de persuasión siempre es necesaria pero como la mayoría de la Comisión senatorial lo hizo botar, el déficit de aboga-

1. Informe de la Comisión Especial Encargada de Tramitar Proyectos de Ley Relacionados con los Niños, Niñas y Adolescentes, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, 23 de agosto de 2016, p. 28.
2. Ibíd. p. 29.
3. Ibíd. p. 30.
4. Ibíd. p. 31.

dos del niño, de defensores de sus derechos en el sistema de protección especial, y en otros sistemas (pienso en el educacional, por ejemplo) es urgente y aún más prioritario.

En un tercer orden de preocupaciones, la cantidad y magnitud de tareas no se condice con los recursos aportados. Podemos estar ante un nuevo caso de inflación de expectativas que luego no puedan ser satisfechas.

Finalmente, el texto debe regular adecuadamente la duplicación de competencias con el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

FRANCISCO ESTRADA VÁSQUEZ [5]
Mg. en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia
Universidad Diego Portales
Profesor de Derecho Civil
Facultad de Derecho Universidad Central

5. Correspondencia por este artículo a franciscojestrada@gmail.com

RECOMENDAMOS EN LA WEB

OBSERVATORIO NACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

La página web del Observatorio Nacional de los Derechos de la Niñez busca consolidar y desarrollar información confiable y sólida para el fomento de un análisis crítico y comprehensivo del estado de la situación de los derechos de niñas, niños y adolescentes en nuestro país.

Acá encontrarán recopilaciones e investigaciones, documentos, artículos y publicaciones, reflexiones sobre los derechos y análisis de datos e indicadores cuantitativos y cualitativos bajo los criterios de transversalidad y de desarrollo multidimensional durante las etapas del ciclo de vida en la niñez y adolescencia, de manera gratuita y digital. Además, en la sección biblioteca, cuenta con diversa normativa relativa a proteger la integridad y derechos de los menores, medidas contra la discriminación, ley de protección a los refugiados, etc.; publicaciones desarrolladas por organizaciones del estado; organizaciones internacionales; de la sociedad civil; y varias tesis y monografías alusivas al tema.

http://observatorioninez.consejoinfancia.gob.cl

2° PERIODO - 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 Culaciati; Prof. Cristián Maturana Miquel; Prof. Raúl Tavolari Oliveros; Dr. Carlos Pizarro Wilson; Dra. María Isabel Salinas Chaud; Mg. Ximena Tudela Jiménez; Dr. Joel González Castillo; Dra. María Francisca Elgueta Rosas; Mg. Gabriel Muñoz Bonacic; Dra. Aída 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); Tramitación electrónica en juicios de familia; 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. Evolucione y Perspectivas; Peritajes; Litigación en el Derecho de Familia(s); Proyecto de Tesis o Actividad Formativa Equivalente a Tesis

2° Periodo
Postulaciones en línea:
16 enero 2017 – 03 marzo 2017
https://postulacionpostgrado.uchile.cl/

Matriculas:
06 Marzo 2017 – 10 Marzo 2017

Comienzo de las clases:
20 Marzo 2017

Cupos limitados: 22 vacantes

Costo: Arancel 70 UF (semestrales)
Matricula $131.250.- (año 2017)

Dirección: Avenida Santa María N° 200, Providencia
Teléfono: +562 29785357
E-mail: mdfia@derecho.uchile.cl

ANTICONCEPCIONES FALLIDAS, HIJOS INDESEADOS E INDEMNIZACIONES POR MANUTENCIÓN

En el medio chileno, un estudio del Instituto Nacional de la Juventud dado a conocer en el año 2013 mostró que en el año 2012 un 87,5 % de la población de entre 15 y 29 años utiliza algún tipo de método anticonceptivo. Pero estos tratamientos no siempre consiguen los resultados esperados por los pacientes o consumidores que acceden a ellos, hecho que ha empezado a generar demandas de reparación de perjuicios en nuestro medio. La falla de un tratamiento que tiene como finalidad impedir la concepción de un hijo puede deberse a una deficiente ejecución por parte del facultativo; a un defecto del dispositivo o producto utilizado para evitar la concepción; o a la concurrencia de ambas circunstancias.

Lo anterior plantea problemas jurídicos tan importantes para la teoría de responsabilidad civil como el relacionado con la elección del régimen jurídico aplicable, o con la fijación de la carga de la prueba; pero ante todo nos enfrenta al problema que supone determinar si el nacimiento de un hijo sano puede ser considerado un daño en el seno del ordenamiento jurídico chileno.

En este contexto, cobra interés el análisis de un fallo emitido por el Juez de Letras de Ancud que adquirió fuerza de cosa juzgada el pasado 29 de enero de 2016, y que ordenó indemnizar los daños materiales y morales que se asociaron al alumbramiento de un niño por parte de una madre que había sido esterilizada en el hospital de Chiloé.

1. EL CASO BAHAMONDES CON SERVICIOS DE SALUD DE CHILOÉ 2016

En una breve síntesis de lo ocurrido, en el caso de referencia se demandó al Servicio se Salud de Chiloé para que se le indemnizara los daños que le habría ocasionado la falta de servicio en que incurrió el hospital. Según consta en autos, en marzo de 2010 la demandante dio a luz a una niña y, al finalizar la cesárea, se le debía practicar un procedimiento de esterilización para no tener más hijos, puesto que la situación económica de la paciente no se lo permitía. No obstante lo anterior, en diciembre de 2010 se confirmó, mediante una ecografía, que la demandante se encontraba embarazada nuevamente.

Tras verificarse que la intervención de esterilización referida había sido efectivamente pactada (referencia en ficha clínica), que la misma no se llevó a cabo, y que el tiempo que le debe dedicar a sus hijos producirá una disminución en las ganancias de la actora, el Tribunal de Ancud estimó prudente fijar prudencialmente el daño moral en la suma de $15.000.000 (quince millones de pesos). Apelado el fallo, el 4 de agosto de 2015 la Corte de Apelaciones de Puerto Montt aumentó la indemnización concedida a título de daño moral a la suma de $35.000.000 (treinta y cinco millones de pesos). Contra el fallo de la Corte se interpuso un recurso de casación en el fondo por violación del artículo 1698 del Código Civil y del artículo 38 de la Ley N° 19.966, que cuestionaba la existencia de la *falta de servicio* y el monto de la indemnización por daño moral respectivamente, pero este fue desechado por la Corte Suprema.

.

2. LESIÓN AL DERECHO A DECIDIR SOBRE EL PROPIO CUERPO COMO DAÑO INDEMNIZABLE

Casos como el que tratamos ahora son referidos por la doctrina anglosajona con el término *wrongful conception* (o *wrongful pregnancy*) y, a falta de una mejor expresión, en lengua castellana se ha utilizado la expresión *anticoncepciones fallidas*. Se trata de supuestos en los que los progenitores demandan los daños causados por *"la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de medidas anticonceptivas adoptadas"*[6]. La referencia al buen estado de salud con que nace el niño se hace para diferenciar este supuesto de aquellos conocidos en el ámbito anglosajón como *wrongful life y wrongful birth.*

Estos últimos refieren casos en que se produce el nacimiento de niños con malformaciones que no pueden ser imputados a una negligencia médica. Lo que se le reprocha entonces a los facultativos, es la omisión o tardanza en informar de la malformación, en tanto

6. MARTÍN-CASALS (2001), p. 2.

que ello habría privado a los padres de "decidir" si querían llevar a término o interrumpir el embarazo. En el *wrongful birth* la acción la ejerce la madre y se enfoca en la pérdida de la posibilidad de decidir; en el *wrongful life,* la acción la ejerce el propio hijo o la madre en representación del hijo, siendo el fundamento de la pretensión la circunstancia hipotética de que si el médico hubiera informado de manera oportuna el problema, tal vez el hijo no habría nacido y, por lo mismo, no experimentaría el daño moral que le supone vivir deformado o discapacitado. Como en Chile el aborto no está permitido, ni en estos casos, ni en aquellos que suponen el nacimiento de una criatura debido a la falla de intervenciones destinadas a interrumpir un embarazo, podría reclamarse indemnizaciones de perjuicios.

El supuesto que suscita nuestro interés *(wrongful conception),* prácticamente no ha sido estudiado por la doctrina chilena. Aun así, algunos autores se muestran proclives a indemnizarlo[7] y otros, como Hernán Corral, han negado que el nacimiento de un hijo pueda ser el presupuesto de una acción indemnizatoria[8]. En nuestra opinión, se trata de un supuesto que debe ser indemnizado de acuerdo con el ordenamiento jurídico chileno, entre otras razones, porque en la jurisdicción internacional de los derechos humanos a la que Chile se ha sometido, es pacífica la idea de que la paternidad/maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad, de forma tal que la decisión de ser o no madre (o padre) es parte del derecho a la vida privada; porque el Tribunal Constitucional chileno ha reconocido esta garantía (STC 1683-2011, C-51); y porque los intereses cautelados por esta garantía son aptos para ser protegidos por el Derecho Civil chileno mediante la recepción de un concepto suficientemente amplio de daño (daño como lesión de un derecho o interés legítimo).

> "Es curioso que la decisión reconduzca el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo al artículo 19 N°1 de la Constitución Política que "garantiza derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona", al tiempo que declara que "la ley protege la vida del que está por nacer."

Por lo anterior, no es el hijo lo que se considera un daño, sino los efectos que se producen en la esfera patrimonial como extrapatrimonial de los padres, que se puedan vincular causalmente con la afectación de la libertad para planificar la procreación. Y esto es precisamente lo que manifiesta el fallo que comentamos cuando en su considerando trigésimo séptimo refiere que:

"Es dable considerar que el hecho de decidir respecto del propio cuerpo como lo hizo la demandante en los hechos acreditados, constituye un derecho fundamental garantizado por el artículo 19 N°1 de nuestra Constitución Política de la República, el cual debe entenderse con los tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigente, esto es la Convención de Belem do Pará, y la Convención sobre la eliminación de todas la formas de discriminación en contra de la Mujer CEDAW, las cuales entienden que la decisión respecto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres son parte fundamental de deber de protección que tiene el Estado en cuanto a resguardar la vida e integridad de la persona, por cuanto la vulneración de este derecho constituye un perjuicio emocional y físico del cual debe hacerse responsable.

Así es como la demandante fue víctima de una grave vulneración de su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, siendo este derecho debidamente informado como consta en autos, pero que finalmente no fue acatado y respetado y acatado como fue su voluntad, por cuanto el personal médico, como se estableció, no realizó la intervención médica referida, actuando por sobre la decisión de la paciente, sin ninguna justificación que le eximiera, actuando de forma negligente respecto del actuar que les era exigido, de lo cual se estima que con independencia de los motivos íntimos que haya tenido la peticionaria para decidir someterse a una intervención que claudicaría irreversiblemente su opción de maternidad, el hecho de no haberse realizado esta produce como consecuencias fácticas probadas que la actora sea madre de un hijo no deseado en condiciones económicas escasas y siendo esta el único sustento familiar, razón por la que dicho perjuicio se encuentra acreditado(...)"

Es curioso que la decisión reconduzca el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo al artículo 19 N°1 de la Constitución Política que *"garantiza derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona",* al tiempo que declara que *"la ley protege la vida del que está por nacer"*. Tal vez el juzgador sintió la necesidad de advertir de inmediato que el ejercicio del derecho recién declarado de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, no permitía atentar contra la vida del que está por nacer... Aun así, resulta técnicamente más correcto y acorde con nuestra tradición jurídica que el derecho de autodeterminación se reconduzca a la garantía de la dignidad de la persona que se reconoce en el artículo 1 de la Constitución chilena.

No se trata del primer fallo que concede una indemnización por el deficiente funcionamiento de una intervención de esterilización en el país, pero sí es el primero del que tenemos conocimiento que fundamenta clara y contundentemente la indemnización de los perjuicios en la lesión del derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo (derecho de autodeterminación reproductiva). Se trata de una decisión correcta en este punto, que muestra paradigmáticamente la importante función declaratoria de derechos que

7. Cfr. MONDACA, A., AEDO, C. y COLEMAN, L. (2015).
8. CORRAL, H. (2012).

–junto a la función reparadora–, cumple el instituto de la responsabilidad civil. Queda ahora por ver la extensión y el contenido que la jurisprudencia y las leyes le irán atribuyendo a este derecho.

3. CIRCUNSTANCIAS ECONÓMICAS COMO PARÁMETRO DE AJUSTE DEL DAÑO MORAL

Otro aspecto que llama la atención del fallo es la manera en que se determinó la cuantía de la indemnización de perjuicios. Y es que habiéndose otorgado una indemnización por daño moral en primera instancia de $15.000.000 (quince millones de pesos), la Corte de Apelaciones aumentó la indemnización concedida a título de daño moral a la suma de $35.000.000 (treinta y cinco millones de pesos), *"valorando las consecuencias morales y económicas que tuvo la falta de servicio"*.

La declaración de que la indemnización por el daño moral debía considerar las circunstancias económicas fue objetada por el Ministro Pierry, quien era de la opinión de que la Corte Suprema debía conocer de oficio los autos, al considerar que se le había ocasionado un perjuicio a la recurrente al elevar el monto de la indemnización aduciendo fundamentos puramente económicos. Según el Ministro referido, ello no era procedente *"por cuanto lo económico no es constitutivo de daño moral"*.

Ciertamente la opinión del Ministro Pierry parece correcta, puesto que el daño moral en nuestro ordenamiento es concebido como un daño que protege intereses extrapatrimoniales. Y no puede negarse que el dictamen, hace referencias explícitas a criterios eminentemente patrimoniales cuando razona sobre la categoría del daño moral. Afirma, por ejemplo, que el embarazo hace que la demandante *"deba dedicarse al cuidado de sus hijos menores, además de los ya tenidos con anterioridad; que debe mermar su nivel de trabajo para hacerse cargo de éstos, lo que produce una disminución en sus ganancias dificultando su situación económica (...)"*, y todas estas consideraciones parecen más propias del clásico concepto de lucro cesante.

Probablemente debido a que el grueso de la indemnización se demandó en concepto de daño moral, y ante la posibilidad de dejar sin indemnización a la demandante, los juzgadores optaron por sopesar las consideraciones económicas en esta categoría. Sin embargo, tampoco explicitan los supuestos fácticos (sueldo que percibía la víctima, tiempo que estaría incapacitada para trabajar, etc.) de los que se valieron para fijar el *quantum* de la indemnización. Desde esta perspectiva, la decisión adolece de una evidente falta de fundamentación.

Ya hemos dicho que nos parece que el daño que se indemnizó en concepto de daño moral encaja mejor en la categoría de daño emergente o lucro cesante futuro, en cuanto se refirió al tiempo que la madre dejó de trabajar. Sin embargo, en estos casos se pueden pensar en otras partidas resarcitorias entre las que se encuentran (i) daño moral puro; (ii) los gastos del embarazo y el parto; y la controvertida partida de (iii) los gastos de crianza y manutención del menor.

4. ¿INDEMNIZACIONES POR GASTOS DE CRIANZA Y MANUTENCIÓN?

Los tribunales chilenos han tenido la oportunidad de enfrentar el problema de la indemnización de los gastos de crianza y manutención del menor. Así, en *Morales Castillo con Sociedad de Profesionales y Escudero Schiappacasse 2014* (CA Valparaíso, rol 2023-13), se concedió en primera instancia una indemnización en concepto de daño emergente por la suma de $872.759 (ochocientos setenta y dos mil pesos) que cubría los *gastos médicos, incluyendo el parto*, y las suma de $50.000.000 (cincuenta millones de pesos) en concepto de *daño moral,* no obstante se negó la partida que pretendía cubrir los gastos de manutención de la menor.

No obstante que finalmente la sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso (la Corte estimó que la obligación médica se había cumplido), respecto del problema que ahora enfocamos, el tribunal simplemente señalo en la parte resolutiva del fallo lo siguiente:

"En cuanto a la suma solicitada como pago de una pensión alimenticia y siendo esta una obligación que recae en los progenitores según las normas del Código Civil, no ha lugar"

Al respecto, cabe puntualizar que la parte no había solicitado el pago de una pensión alimenticia, sino que se le indemnizara los gastos de crianza y manutención en que necesariamente incurriría, y solo a efecto de la valoración de estos gastos recurrió a las normas que reglamentan las pensiones alimenticias.

En nuestra opinión, la argumentación del demandante es correcta. Lo anterior puesto que si se acepta que en los casos de anticoncepciones fallidas el daño se verifica jurídicamente por la lesión del derecho de la mujer de decidir sobre su cuerpo (autodeterminación), no hay inconvenientes teóricos para aceptar que esa transgresión puede producir tanto efectos morales como patrimoniales. En el caso, es la negligencia del prestador médico la que causa el nacimiento de una criatura y, dado que a ese hecho el ordenamiento jurídico asocia el nacimiento de una obligación patrimonial que pesará sobre la cabeza de los progenitores, no caben dudas que la actuación del facultativo es, al menos, una concausa de la obligación de alimentar que pesará sobre el patrimonio de los progenitores (artículo 321 N° 2 del Código Civil). Siendo una pérdida pecuniaria real y efectiva —precisamente en virtud de la obligación de alimentar—, cuyas circunstancias determinantes ya se produjeron, aunque se concretarán en el futuro , no vemos ninguna objeción de peso para que no se indemnice.

En el derecho comparado se observa una tendencia a indemnizar estos gastos. Por poner solo algunos ejemplos, son favorables a conceder la indemnización en países como Alemania [Bundesgerichsoof

9. ALESSANDRI, A. (2015).

(1980). BGHZ 76, 249; BGHZ 76, 259, 270; BGH, NJW 1997, 1638, 1640], Brasil [Supremo Tribunal de Justicia, 15 de marzo de 2016 (Recurso Especial Nº 1.452.306 – SP)], Australia [Brown v Dr. Thoo (2004)], no obstante que se observan importantes variaciones en cuanto a la naturaleza del daño reparado, los parámetros para su fijación y la forma de reparación. Así, si en la mayoría de los casos esta indemnización se ordena bajo el concepto de daño patrimonial, en Suiza se indemniza como un tort moral; si suele fijarse el monto en atención a gastos ordinarios de crianza, en Australia se tiende a la mantención del estilo de vida de la familia; y si ordinariamente se trata del pago de una suma única, en Brasil la reparación toma la forma de una pensión mensual.

En fin y, en síntesis, pensamos que a la luz del ordenamiento jurídico chileno se deben indemnizar (al menos en alguna proporción) los gastos de crianza y manutención del hijo inesperado como perjuicios patrimoniales propios de los padres, a título de daño emergente futuro. Ello permitirá objetivar una categoría que, en definitiva, arrojará seguridad sobre la forma como se deben acreditar y valorar las indemnizaciones que se deban por este tipo de perjuicios. Por último, nos parece que las normas que regulan los alimentos son un antecedente objetivo que puede servir de referencia para regular la forma y el quantum final de una indemnización que debe determinarse buscando siempre el interés superior del niño.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo (2015). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago.

- CORRAL, Hernán (2012). *"Aborto y esterilización fallidos: ¿el hijo como daño?"*, Derecho y Academia <consultado el 13 de julio de 2016>.

- CORRAL, Hernán (2013). Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters, 2ª edición, Santiago.

- MARTÍN-CASALS, Miguel y SOLÉ, Josep (2001). *"Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos"*, In Dret, <consultado el 15 de junio de 2016>.

- MONDACA, Alexis (2014). *"Responsabilidad civil por wrongful conception: incumplimiento del deber de cuidado del cirujano. Corte de Apelaciones, 2 de mayo de 2012, rol N° 373-11"*, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, Fundación Fernando Fueyo Laneri, pp. 351-369, Santiago.

- MONDACA, Alexis; AEDO, Cristian Y COLEMAN, Luis (2015): *"Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno"*, en Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 1, Editorial Thomson Reuters, pp. 19-56, Santiago.

HUGO CÁRDENAS VILLARREAL
Profesor Asistente
Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho Universidad de Chile

1.¿CUÁL ES SU APRECIACIÓN RESPECTO A LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY N° 20.680? [10]

Los aspectos que regula la Reforma son los deberes/facultades, sobre todo del padre no custodio, y la custodia compartida. Son equivocadas las críticas de alguna doctrina que señala que la Reforma debió establecer un listado claro de deberes y facultades conjuntos para ambos padres y propios del padre custodio y del padre no custodio (asistencia, cooperación y apoyo, supervigilancia y educación). La Ley N° 20.680 recurre a lo que en el Derecho comparado se denomina como "cláusulas generales", dejando la concreción de estos deberes y facultades a los jueces. En este sentido, la Reforma no es mala, pero ella exige una labor interpretativa de parte de jueces y operadores jurídicos que lamentablemente no se ha producido.

2. ¿QUÉ LE PARECE LA INCORPORACIÓN QUE HA REALIZADO LA LEY N° 20.680 DE LA INSTITUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO A NUESTRO ORDENAMIENTO?

La regulación es adecuada, aunque omitió referirse directamente al cuidado personal con oposición de un padre como régimen excepcional. Es verdad que la Reforma no contempla esta figura, pero no la prohíbe, por tanto, es labor de la jurisprudencia, recurriendo al principio del interés superior del niño, determinar cuáles son los supuestos excepcionales conforme a los cuales se puede decretar.

3. ¿CONSIDERA QUE ES PROCEDENTE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO EN AQUELLOS CASOS EN QUE HAYA SIDO SOLICITADO POR UNA DE LAS PARTES DEL JUICIO?

La objeción a dicha posibilidad se basa en que ella se habría contemplado en el Proyecto de Ley, pero en el Congreso la custodia compartida con oposición de un padre se habría dejado afuera. En realidad, esta objeción es muy débil por cuanto el nuevo artículo 224 del CC preceptúa: *"toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados,* ***participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos"***, por tanto, si es beneficioso para el niño el cuidado personal compartido, el juez deberá decretarlo. La oposición a ello fundanda en que el cuidado personal compartido es necesariamente de común acuerdo no tie-

1. ¿CUÁL ES SU APRECIACIÓN RESPECTO A LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY N° 20.680? [10]

Esta Reforma viene a incorporar el principio de la corresponsabilidad parental, que representó un cambio de paradigma, un cambio cultural, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza de sus hijos. Esta debe ser ejercida con independencia del tipo de cuidado personal que acordaron los padres o decretó el juez.

Lamentablemente, aún no ha sido completamente internalizado. Ni por los padres, cuando se produce un quiebre definitivo de la relación afectiva; ni por los jueces en la aplicación de la ley, ni por los operadores del derecho.

2. ¿QUÉ LE PARECE LA INCORPORACIÓN QUE HA REALIZADO LA LEY N° 20.680 DE LA INSTITUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO A NUESTRO ORDENAMIENTO?

Muy positivo. Entendiendo que el cuidado personal compartido, adoptado por nuestra legislación, es aquel en que el niño, niña o adolescente reside de manera principal en el domicilio de uno de los padres, compartiendo ambos las decisiones y distribuyéndose de modo equitativo las tareas correspondientes al cuidado personal (visitas al médico, ayuda de las tareas escolares, recreación, etc.). Es muy conveniente para el hijo o hija, porque privilegia el interés de éste por sobre las disputas de los padres. Con el cuidado personal compartido se cumple su derecho a mantener una relación parental con ambos padres, sin perjuicio de la responsabilidad de ambos en la crianza, formación y educación, aun cuando estén separados o divorciados. Hay que señalar que corresponsabilidad no es lo mismo que cuidado personal compartido. El primero es un principio y el segundo, un régimen legal de cuidado personal.

3. ¿CONSIDERA QUE ES PROCEDENTE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO EN AQUELLOS CASOS EN QUE SE HAYA SIDO SOLICITADO POR UNA DE LAS PARTES DEL JUICIO?

El artículo 225 del Código Civil supone una crisis familiar. Posiblemente, graves desavenencias han llevado a los padres a interrumpir o poner fin a la vida en común junto a sus hijos. El cuidado personal compartido no resulta fácil, porque existen rencores propios

10. Ley que introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, publicada el 21 de junio 2013.

ne asidero en nuestra actual legislación desde que el gran criterio para decidir casos difíciles es el interés superior del niño. Si los jueces no recurren a dicho principio en estos casos no tiene ningún sentido seguir señalando que es el gran principio integrador del derecho de la infancia. Por otra parte, el señalar que el artículo 224 CC establece el principio de corresponsabilidad y que ello no tiene ninguna incidencia concreta en la regulación del cuidado personal –como ha señalado alguna doctrina– es impedir aplicaciones específicas y concretas de los principios de la infancia e ignorar que dichos principios no son simples declaraciones programáticas. Los principios determinan la forma de aplicar el derecho de la infancia.

4. DE ACEPTAR QUE SEA PROCEDENTE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO, ¿CUÁLES CONSIDERA QUE SERÍAN LAS VENTAJAS?

Es procedente de forma excepcional en nuestra actual legislación, desde que el juez tiene efectivamente las herramientas para declararla. Es más, es un imperativo legal desde que, si bien la Convención sobre los Derechos de los Niños no impone como regla general el cuidado personal compartido, pero obliga a los Estados a hacer lo mejor en beneficio del niño, y pueden haber casos –aunque sean excepcionales– en que ello sea lo más beneficios para el niño. Naturalmente, el juez deberá velar porque la prueba rendida en el proceso pueda llevarle a dicha conclusión. Se lo señalo de forma más clara: imagínese que un niño dice que quiere el cuidado compartido, que ello se desprenda claramente de los informes psicológicos y asistenciales (como si ambos padres tienen habilidades parentales y marentales que indican que sería conveniente la custodia compartida) o bien que un adolescente de 14 años señala que quiere un cuidado personal compartido, ¿el juez no puede declararlo simplemente porque la ley no lo establece de forma expresa o porque en el Congreso dejó fuera del Proyecto de Ley tal posibilidad? Ello iría en contra de nuestra normativa actual y una interpretación armónica con la Convención sobre los Derechos de los Niños. El juez es garante de que, procesalmente, la prueba que efectivamente se rinda, permita tomar la decisión más adecuada conforme al interés superior del niño.

5. POR OTRO LADO, ¿CUÁLES CONSIDERA QUE SERÍAN LAS DESVENTAJAS DE LA PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO?

No tiene desventajas, desde que se debe establecer conforme al interés superior del niño. El punto es importante, porque el señalar que tiene desventajas o ventajas en sí mismo se refiere a la posibilidad de establecerlo como régimen legal supletorio, aspecto que efectivamente nuestra legislación impide. Por otra parte, los argumentos sobre "el niño maleta" deben desecharse. No existen estudios que lo avalen y la evidencia internacional es más bien la contraria desde que el cuidado personal compartido, como régimen legal supletorio, es de general aplicación en varios países de un conflicto, más cuando la crisis se debe o se responsabiliza a uno solo de los padres.

En este contexto, la regulación del cuidado personal compartido es una posibilidad que atañe de manera exclusiva al acuerdo entre los padres. Solo puede establecerse por convención y no puede ser sustituido por una resolución judicial.

El inciso 4° del artículo 225 prescribe que, haya o no haya acuerdo, el juez podrá atribuir el cuidado del hijo o hija al padre que no lo tiene, o bien radicarlo de manera exclusiva en uno de ellos (si existiera por acuerdo alguna forma de ejercicio compartido) cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo o hija lo haga conveniente. Esta norma ofrece solo estas dos posibilidades, sin contemplar que el juez pueda imponer el cuidado personal compartido.

4. DE ACEPTAR QUE SEA PROCEDENTE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO, ¿CUÁLES CONSIDERA QUE SERÍAN LAS VENTAJAS?

No considero que tenga ventajas.

5. POR OTRO LADO, ¿CUÁLES CONSIDERA QUE SERÍAN LAS DESVENTAJAS DE LA PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL?

No a todos los padres puede concederse el cuidado personal compartido. Para que el régimen funcione, es necesario que haya una relación entre los padres con ausencia o bajos niveles de conflictividad. Hay que evitar que los hijos presencien gritos, insultos o maltratos. Además, siempre el cuidado personal debe concederse evaluando qué es lo más beneficioso para el hijo o hija.

Si los padres no han podido ponerse de acuerdo para pactar el cuidado personal compartido, difícil va a ser compartirlo contra la voluntad de uno de ellos.

Debemos preguntarnos, ¿qué ocurre cuando se le impone al padre, que no tiene interés en asumirlo, un cuidado compartido? ¿Va a asumir el cuidado pese a no querer o decide no asumirlo? ¿Qué pasa con los alimentos? Esta incierta situación puede provocar problemas económicos para aquel de los padres que asume el "cuidado personal compartido" solo.

Además, puede ocurrir que uno de los padres acepte el cuidado personal compartido sin ánimo de cumplirlo, con la sola intención de evadir el pago de la pensión alimenticia.

En resumen, para llevar a cabo este sistema de cuidado compartido se requiere que ambos padres estén convencidos de querer compartir la crianza y educación de los hijos, que exista una buena relación entre ellos y una situación económica similar, que permita al hijo o hija tener un espacio y sus pertenencias en casas distintas.

(Puerto Rico, Francia, Estados Unidos, Reino Unido, Italia, etc.), por tanto, en estos países –si se entiende que esta figura tiene desventajas– se estarían violando los derechos de la infancia. Además, el rechazo al cuidado personal compartido como régimen legal y supletorio –e incluso al cuidado personal compartido como régimen excepcional– se basa en estudios freudianos de los menores del siglo pasado (que se centran en la precariedad y la necesidad de contener al niño, que llevaban a elegir a un padre como custodio y a alejar al otro, como una consigna en beneficio del niño). En cambio, el derecho de la infancia y la psicología moderna se centran en una mirada integral del niño. Esta mirada exige la participan de ambos padres, estén o no separados, en la crianza y educación de los hijos en los términos imperativos que establece, por lo demás, nuestra actual legislación. La idea es que si ambos padres participan con sus habilidades parentales/marentales en la formación del niño, éste se desarrollará de forma más integral, que si el proceso de crianza y educación se centra en uno de los padres.

6. ¿QUÉ HA SEÑALADO LA DOCTRINA RESPECTO A LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO? ¿Y LA JURISPRUDENCIA?

En realidad, las sentencias de la Excma. Corte Suprema que me ha correspondido analizar, no son definitorias respecto de la custodia compartida con oposición de un padre, por cuanto, a pesar que desarrollan argumentos en su contra, en realidad se refieren a la custodia compartida como régimen general. En este sentido, sería muy positivo que nuestra Excma. Corte Suprema revise vía casación de oficio la forma en que se está llevando la prueba en primera instancia, por cuanto la manera en que se están fijando los puntos de prueba atentan contra el interés superior del niño y el claro tenor de los artículos 224 incisos 2 al 4 y 229 CC, que deberían ser las normas "decisoria litis". La Corte Suprema debe velar porque la prueba se rinda conforme a los deberes y facultades conjuntos e indistintos, que se desprenden de los artículo 224 y 229 del CC, y analizar si procede excepcionalmente la custodia compartida con oposición de uno de los padres, por cuanto la mayoría de las veces la prueba rendida y especialmente los informes periciales no se refieren a estos aspectos. Ello conduce a que el juez malamente puede resolver conforme a los criterios que la ley establece y al interés superior del niño.

Para finalizar, en una mirada completa de este fenómeno, lo que la Ley N° 20.680 estableció fue un sistema de custodia conjunto a través de la regulación del contenido de la relación directa y regular. Los tribunales hoy tienen que ocuparse de determinar un contenido mucho más amplio de relación directa y regular. Fíjese que la ley en la actualidad exige que ambos padres participen en la crianza y educación de los hijos en forma activa, equitativa y permanente (artículo 224 CC), y los incisos 2° a 4° del artículo 229 del CC van aún más lejos al establecer que: *"se entiende por relación*

6. ¿QUÉ HA SEÑALADO LA DOCTRINA RESPECTO A LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO? ¿Y LA JURISPRUDENCIA?

Doctrinariamente, se ha señalado que el juez carece, según la regla de la Reforma, de facultades para asignar el cuidado compartido en ausencia de acuerdo entre los padres. Se considera objetable esta norma porque priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres y facilitar la participación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos[11].

De la jurisprudencia revisada puedo señalar que las sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional consideran que el juez no tiene facultades para atribuir el cuidado compartido en ausencia de acuerdo entre los padres.

"Que, en consecuencia, los sentenciadores del fondo no han infringido dicha disposición al decidir que el régimen de cuidado compartido no puede ser regulado por vía judicial a través de una sentencia, sino que solo por acuerdo de los padres. Además, como la reforma introducida por la Ley N° 20.680 al Título IX, Libro I, del Código Civil, en lo que interesa, persigue reforzar la idea que los padres deben asumir de manera plena la responsabilidad que les cabe en la crianza, educación y establecimiento de los hijos, vivan juntos o separados, estableciendo que el principio de corresponsabilidad es un imperativo legal en todos los regímenes de cuidado personal una vez cesada la vida en común, con la finalidad que los padres asuman la responsabilidad de velar por el interés de sus hijos para procurar su mayor realización espiritual y material posible, no se ha conculcado la normativa consagrada en la Convención de los Derechos del Niño. Tampoco la de los otros tratados ya que no se ha discriminado en favor o en contra de un progenitor al rechazarse la demanda por el motivo ya señalado" [12].

Otra sentencia del máximo tribunal establece: *"(...) que no cabe sino concluir, que en ninguna parte del artículo 225 ya citado e invocado por el demandante como norma fundante de su acción, se establece que el juez pueda entregar o declarar siquiera el cuidado personal compartido"*[13], siendo la única excepción, el caso contemplado en el artículo 21 de la Ley N° 19.947, en que el juez puede pronunciarse aprobando tal régimen que los padres acuerden y le presenten con su solicitud de divorcio de común acuerdo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"cabe señalar que no resulta antojadizo ni irracional que el legislador haya supeditado la procedencia del cuidado personal compartido a la existencia de un acuerdo entre los padres, que compartirán la custodia, previendo la ley dicha forma de cuidado personal sólo si hay acuerdo entre ellos, cuestión que emana nítidamente no sólo del inciso 3° del artículo 225 del Código Civil, sino que también de sus incisos primero y cuarto. Lo anterior, por cuanto, como ya hemos visto, el artículo 225*

11. TAPIA, M. (2014) pp. 17-18.
12. Corte Suprema, sentencia Rol 4889-2015, 10 de noviembre 2015, considerando 7°.
13. Corte Suprema Sentencia Rol 3335-2015 de 27.10.2015. Considerando 4°.

directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades (...)

(...) el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana". Si estas normas se contraponen con lo establecido por nuestros tribunales como relación directa y regular "ordinaria" de forma concreta no podemos sino señalar que hay una gran falencia en nuestra jurisprudencia, que eventualmente pudiera generar responsabilidad civil para los jueces o el Estado de Chile en el futuro.

del Código Civil supone que los padres viven separados, por lo que, de no existir acuerdo, no resulta difícil avizorar que no hará suficiente coordinación para que el niño no se vea menoscabado por una alternancia consentida por ambos progenitores, no pudiendo razonablemente el juez imponer el cuidado compartido contra la voluntad de uno de ellos"[14].

Bibliografía

• TAPIA, Mauricio (2014). "*Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley N° 20.680)",* en Revista de Derecho de Familia N°1, Editorial Thomson Reuters, Santiago.

RODRIGO BARCIA LEHMANN
Doctor en Derecho
Profesor Titular
Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS
Vicedecana y Profesora de Derecho Civil
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho Universidad de Chile

14. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 2699-14 de 16.06.2015, Considerando 7°.

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA N° 11, 2016

Director Prof. Cristián Lepin Molina, editorial Thomson Reuters.

Este número, de carácter monográfico, está dedicado a la Constitucionalización del Derecho Familiar. Siendo tan importante este proceso, parece necesario realizar un estudio y análisis de sus aspectos más relevantes. Para ello, en esta oportunidad se presentan seis artículos de doctrina nacional e internacional, además de una selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Doctrina Nacional, encontramos los aportes del profesor Gabriel Hernández Paulsen "Familia y derechos humanos en el ordenamiento chileno", el profesor Mauricio Tapia Rodríguez "El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", el profesor Pablo Cornejo Aguilera "El matrimonio y sus desafíos desde la Constitución", y por último, el profesor Cristián Lepin Molina, en conjunto con la investigadora del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Andrea Vargas Carrasco, con el artículo "Familia y Constitución".

En Doctrina Internacional, se incluyen las contribuciones del doctor Michele Sesta, "Las relaciones familiares del derecho constitucional italiano", y del doctor José Ramón de Verda y Beamonte, "Constitución y uniones de hecho".
Para finalizar, en la sección de Jurisprudencia, se incluye una selección de los fallos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y contiendas de competencia más destacados del Tribunal Constitucional desde la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, reconociéndose en ellos materias tales como matrimonio homosexual, divorcio por cese de la convivencia, divorcio por culpa, procedencia de apremios en materia de compensación económica, violencia intrafamiliar, autorización judicial para salir del país, acciones de filiación, cuidado personal, designación de curador y procesos sobre infracción a la ley penal.

TERCER TRIMESTRE AÑO 2016

1. ACTO DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD ES IRREVOCABLE Y CORRESPONDE RECHAZAR SU NULIDAD SI NO SE ACREDITA LA EXISTENCIA DE ALGÚN VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD DE RECONOCER A LA NIÑA

"Que los sentenciadores efectuaron una correcta interpretación de las normas jurídicas pertinentes al caso, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 del Código Civil, el acto de reconocimiento es irrevocable, otorgando la ley la posibilidad de solicitar su nulidad, por vicios de la voluntad en el plazo de un año desde su otorgamiento o, en el caso de fuerza, desde el día en que cesó, para lo que es necesario que se acrediten los elementos que configuraron el vicio de la voluntad alegada, lo que no ocurrió en la especie, no existiendo infracción alguna a lo dispuesto en los artículos 16 y 32 de la Ley N° 19.968 al no haberse probado los presupuestos de hecho en que se sustentó la demanda. Asimismo, no existe infracción a lo dispuesto en el artículo 202 del Código Civil, desde que la demanda resultó rechazada en atención a la no configuración de los elementos propios de los vicios del consentimiento invocados, sin perjuicio de lo referido en torno a la prescripción de la acción.

Finalmente, se descarta la vulneración de los artículos 7, 8 y 16 de la Convención de los Derechos del Niño, desde que al rechazar la demanda se protege el derecho de la identidad de la menor, al mantener la paternidad originada por el acto de reconocimiento al momento de la respectiva inscripción".

(Considerando quinto, CL/JUR/6330/2016)

2. LOS ACTOS REALIZADOS POR EL CÓNYUGE CULPABLE, PARA QUE HAGA PROCEDENTE EL DIVORCIO, DEBEN PROVOCAR UN ESTADO DE CONMOCIÓN Y DISTURBIO TAL, QUE LE IMPIDA A LA VÍCTIMA SOPORTAR DE MANERA RAZONABLE LA CONVIVENCIA CON EL CÓNYUGE INFRACTOR

"Pues bien, el artículo 54 de la Ley N° 19.947, en su inciso primero, exige, además de la violación grave de los deberes y obligaciones matrimoniales, que tal infracción provoque entre los cónyuges un quiebre de tal entidad que haga imposible recuperar el vínculo matrimonial, impidiendo la vida en común, pues tal transgresión la ha tornado intolerable. Aquello significa que los actos realizados por el cónyuge culpable, para que haga procedente el divorcio, deben provocar un estado de conmoción y disturbio tal, que le impida a la víctima soportar de manera razonable la convivencia con el cónyuge infractor".

(Considerando noveno, CL/JUR/6728/2016)

3. PARA EFECTOS DE CALCULAR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA NADA IMPIDE CONSIDERAR UN PLAZO SUPERIOR AL DE LA CONVIVENCIA MATRIMONIAL PERO INFERIOR AL DE LA DURACIÓN DEL MATRIMONIO

"Que en relación al primer capítulo de nulidad invocado, esto es, la errónea interpretación de los artículos 62 y 65 de la ley señalada, es necesario indicar que el artículo 62, establece los supuestos que el juez debe tener en cuenta para determinar la existencia de menoscabo económico y de la cuantía de la compensación, entre ellos tal como lo afirma el recurrente debe considerar especialmente la duración del matrimonio y de la vida en común, no hay una imposibilidad para el juez de fijar otro término diferente que no sea en todo caso mayor a la duración del matrimonio que aún existe entre las partes, el juez en la sentencia especifica que tomará en cuenta un plazo que no sobrepasa al del matrimonio, pero que va más allá de la vida en común, ya que la mujer quedó al cuidado de los hijos y en particular en este caso al cuidado de un recién nacido, lo que por cierto, pone en duda al menos la posibilidad de ingresar plenamente al mercado laboral; si el juez, de acuerdo al artículo 62 de la Ley N° 19.947, pudo fijar como plazo el día de hoy, en que aún existe matrimonio entre ambos, no es contrario a la norma fijar un plazo menor que se relacione al cuidado de los hijos menores y que sea inferior al plazo del matrimonio, la sentencia lo fija hasta el año 2011, fecha en que el último de los hijos cumplió la mayoría de edad, demás está señalar que no es un plazo arbitrario fijado por la jueza, de lo contrario en la sentencia está fundamentado por qué toma en cuenta un término más largo que el de la vida en común".

(Considerando cuarto, CL/JUR/6813/2016)

15. Los considerandos han sido extractados de forma textual solo en la parte relevante, y referidos con el identificador Thomson Reuters.

4. NEGATIVA PARA CONCEDER HORA PARA CONTRAER MATRIMONIO DEL SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN SE ENCUENTRA AJUSTADA A DERECHO RESPECTO DE SOLICITANTES QUE NO COMPRUEBEN SU RESIDENCIA LEGAL

"Que en el fundamento segundo del fallo en alzada se hace constar que la negativa del organismo público no obedeció propiamente a la falta de cédula de identidad sino a la condición de residente irregular de uno de los pretendidos contrayentes, ya que el ciudadano extranjero ingreso al país en forma ilegal, específicamente por un paso no habilitado y, por lo mismo, no tiene una residencia legal.

La sola falta de cédula de identidad no ha sido considerada por esta Corte como impedimento a los extranjeros residentes en condiciones normales para contraer matrimonio en Chile, como lo demuestra lo obrado y resuelto en los autos Rol N° 19.634-2016, de este tribunal".

(Considerando séptimo, CL/JUR/6891/2016)

5. AUN EN CASO DE LOS ALIMENTOS DEBIDOS A LOS DESCENDIENTES, LA PENSIÓN ALIMENTICIA SE SUJETA A LA MANTENCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTEMPORÁNEAS A SU ACUERDO O PRONUNCIAMIENTO

"De este modo, la limitación referida a los descendientes, en cuanto a que la obligación de alimentos se extiende hasta los 21 años, o a los 28 en el caso de aquel alimentario que estudia una profesión u oficio, no se circunscribe sólo a dichos supuestos objetivos, desde que siempre es posible su revisión en el caso que se modifiquen las condiciones de base que la justificaron, de manera que la pretensión del demandante de que sea decretado el cese de los alimentos que paga en favor de su hija recurrente, debe decidirse aplicando la referida condición, esto es, considerando las circunstancias actuales de las partes, en razón de los criterios legales para su procedencia y determinación, de proporcionalidad, posibilidad, y necesidad de los alimentos para los fines que le son propios".

(Considerando octavo, CL/JUR/6953/2016)

6. SI BIEN LA OPINIÓN DE LA NIÑA ES IMPORTANTE, ELLA NO ES VINCULANTE PARA EL JUEZ Y POR SÍ SOLA NO EQUIVALE A LO QUE SE DEBE ENTENDER POR INTERÉS SUPERIOR

"Que respecto a los parámetros o criterios que se recogen en el artículo 225-2 del Código Civil y que son atingentes al caso, además de la prueba rendida en autos se puede llegar a las siguientes conclusiones: ... c) En cuanto a la opinión de la menor, otro punto, que el recurrente destaca como un error de los jueces del fondo, hay que señalar que es efectivo que A. sostuvo que no quería volver a Estados Unidos y que por lo tanto quería vivir con el padre; es necesario entonces, entender que la menor sí fue oída por la jueza y que ella se hizo cargo de lo que la menor solicitaba y explicó y razonó, por qué debía fallar en contra de su opinión. No es posible, desconocer que la menor no guarda buenos recuerdos de su estadía en Estados Unidos y como tal ve la solución a ese problema quedándose con el padre. Tampoco se desconoce que ella siente una gran afinidad con el padre, sin embargo es cierto que dentro de las características del padre está el manipular la información y las relaciones humanas, por lo cual la jueza llegar a la conclusión, que no es posible distinguir si efectivamente eso es lo que la niña quiere o lo que el padre le ha transmitido y debido a las conclusiones de los peritajes sostiene que se protege mejor el interés superior de la niña, decidiendo que viva con la madre y hermanos.

Si bien la opinión de la niña es importante, ella no es vinculante para el juez y por sí sola no equivale a lo que se debe entender por interés superior, además que en este caso preciso se justificó la razón porque no se fallaría de acuerdo a lo que la niña había manifestado, en ciertos casos el paternalismo es justificado por la doctrina, sobre todo cuando la niña no está en las mejores condiciones para decidir, sintiendo la presión excesiva de uno de los padres".

(Considerando quinto, CL/JUR/6960/2016)

7. DEBE COMPATIBILIZARSE EL DERECHO DEL PADRE DE TENER UNA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR CON SU HIJO, Y LA PROTECCIÓN, SEGURIDAD Y CUIDADO DEL MISMO

"Que los sentenciadores efectuaron una correcta interpretación de las normas jurídicas pertinentes al caso, no evidenciándose las infracciones denunciadas, toda vez que compatibilizaron el derecho de todo padre de relacionarse en forma directa y regular con sus hijos con la necesidad de mantenerlos en un contexto de protección, seguridad, contención emocional y cuidado, a partir de un régimen restringido y en presencia de profesionales idóneos, lo que garantiza un proceso de revinculación con su padre y respetando su bienestar y desarrollo emocional y psicológico".

(Considerando quinto, CL/JUR/7394/2016)

8. LA DISCUSIÓN SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DEBE CENTRARSE EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

"Que, la reforma introducida por la ley 20.680, junto con eliminar la preferencia legal que establecía el artículo 225 del Código Civil en favor de la madre, en la atribución del cuidado personal del hijo menor de edad en caso de separación de los padres, centró el foco en el interés superior del niño, haciendo girar el debate en torno a los elementos que permiten dilucidar con cuál de los padres el hijo estará mejor y logrará el pleno desarrollo de su personalidad y disfrute de los derechos esenciales. De esta manera, estableció que, sea que hubiere existido acuerdo de los padres o el hijo (a) hubiere continuado bajo el cuidado de aquel con quien estuviere conviviendo a la fecha de la separación, 'cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres o radicarlo en uno solo de ellos...'".

(Considerando quinto, CL/JUR/7985/2016)

9. NO PROCEDE REBAJA DE ALIMENTOS SIN HABER VARIADO LAS CIRCUNSTANCIAS EXISTENTES AL MOMENTO DE ACORDARSE LA PENSIÓN

"Que, por último, se debe tener presente que, de acuerdo a lo que previene el inciso 1° del artículo 332 del Código Civil, los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda, y como se tuvo por acreditado que las condiciones domésticas de las partes existentes al momento de arribar al acuerdo conforme al cual la madre asumió la obligación de pagar una pensión de alimentos en favor de sus dos hijos, no han variado, unido al hecho que también se dio por probado que las necesidades actuales de aquéllos aumentaron, presupuestos fácticos inamovibles para esta Corte, según lo dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, los jueces del fondo no han podido incurrir en error de derecho al desestimar la demanda; razón por la que el recurso debe ser desestimado".

(Considerando sexto, CL/JUR/7986/2016)

10. DETERMINACIÓN DEL QUANTUM DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA CONSTITUYE UNA FACULTAD PRIVATIVA DE LOS JUECES DE INSTANCIA

"Tal como ha sido reiteradamente señalado por esta Corte, sólo los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar los hechos de la causa, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie, si bien se acusa infracción al artículo 32 de la Ley 19.968, lo cierto es que la crítica se concentra en la regulación del monto de la pensión, omitiéndose presentar los atentados a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente aceptados, lo que equivale a no atacar la aplicación del precepto, como quiera que en esta clase de recurso el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil no sólo exige que el libelo objetor mencione determinadamente las normas que juzga conculcadas sino, lo que más le importa, que desarrolle la forma en que ésa se produce".

(Considerando sexto, CL/JUR/8396/2016)

11. CORRESPONDE RECHAZAR DE PLANO ACCIÓN PAULIANA EJERCIDA EN JUICIO DE DIVORCIO, COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y ALIMENTOS POR ESTIMARSE QUE LA ACTORA NO TIENE LA CALIDAD DE ALIMENTARIA

"Resulta correcta la decisión del tribunal de alzada de desestimar la acción revocatoria, desde que el artículo 5 de la Ley N° 14.908 exige para su procedencia que el acto impugnado haya sido celebrado por el alimentante; que el o los terceros que intervinieron en dicho acto se encuentren de mala fe; y que su finalidad específica haya sido disminuir el patrimonio del alimentante en perjuicio del alimentario, presupuestos aquí imposibles al no tener las partes las calidades de alimentante y alimentario contempladas en la ley".

(Considerando sexto, LP 141846)

12. ACCIÓN DE PROTECCIÓN NO ES VÍA IDÓNEA PARA OBTENER RECONOCIMIENTO DE LA CALIDAD DE HEREDERA DE LA ACTORA DADO QUE NO CONSTITUYE UNA INSTANCIA DECLARATIVA DE DERECHOS

"Que dando cuenta lo anterior de una controversia que se refiere a la calidad de heredera de la actora, materia ésta que no corresponde dilucidar por la presente vía cautelar de urgencia que no constituye una instancia declarativa de derechos sino de protección de aquellos que siendo indubitados se encuentren afectados por alguna acción ilegal y arbitraria, presupuestos que en autos no concurren, no cabe sino concluir que el presente recurso no está en condiciones de prosperar, sin perjuicio de otros derechos que puedan asistir a la parte actora".

(Considerando cuarto, CI/JUR/8215/2016)

ANDREA VARGAS CARRASCO
Investigadora
Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

DICTÁMENES

- **DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

N° 4817. Dirección del Trabajo. No resulta jurídicamente procedente extender el beneficio del fuero maternal establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo a la trabajadora quien, a través de un proceso de mediación aprobado por un Tribunal de Familia, obtuvo el cuidado personal de una menor de edad.
Fecha: 23 de septiembre de 2016
Cita en línea: http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-110277.html

N° 4968/078. Dirección del Trabajo. El permiso postnatal parental contemplado en el artículo 200 otorga a quien tenga a su cuidado un menor de edad, ya sea por habérsele entregado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la Ley N° 19.620, en un proceso o solicitud de adopción, no contempla un aumento en el número de días cuando la adopción involucra a más de un menor. Este permiso se impetrará desde que se haya otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal y gozará de fuero, a contar de la dictación de la sentencia respectiva.
Fecha: 05 de octubre de 2016
Cita en línea: http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-110317.html

N° 4940. Dirección del Trabajo. Los beneficios pactados en un instrumento colectivo para los dependientes que celebran el contrato de matrimonio se deben hacer extensivos a los trabajadores que realizan acuerdo de unión civil regulado en la Ley 20.830.
Fecha: 05 de octubre de 2016
Cita en línea: http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-110337.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 inscríbase 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

LEX