



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



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

Mayo 2017

Edición 1- volumen 4

BOLETÍN

ACTUALIDAD FAMILIAR

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

MAGÍSTER EN DERECHO DE FAMILIA(S) Y DERECHO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA
ESCUELA DE POSTGRADO - UNIVERSIDAD DE CHILE

SUMARIO

Bienvenida	01
Noticias	02
Entrevista. Cámaras Gesell Jueza Paulina García Cárcamo	09
Agenda	11
Opinión Legislativa. Las excepciones al ingreso de escritos y documentos electrónicos y la justicia de familia Juez Pedro García Muñoz	12
Columna de Opinión. Abordaje de la violencia contra la mujer: un desafío en serio Fiscal Patricia Muñoz García	16
Novedades Editoriales	19
Comentario de Jurisprudencia. Comodato, precario y relaciones familiares Prof. Pablo Cornejo Aguilera	21
Recomendados en la web	24
Contrapunto. Responsabilidad civil en el Derecho Familiar Prof. Mauricio Tapia Rodríguez Prof. David Vargas Aravena	25
Reporte Jurisprudencia Corte Suprema Andrea Vargas Carrasco	30
Reporte Jurisprudencia Administrativa Belén Lama Gálvez	33

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

Editora

Andrea Vargas Carrasco

Colaboradores

Antonia Cociña Cholaky
Belén Lama Gálvez
Álvaro Mateluna Valdés

BIENVENIDA

Estimados lectores:

Es un honor presentar a ustedes el cuarto número del Boletín Actualidad Familiar. En esta edición contaremos con las siguientes secciones: Noticias, Entrevista, Agenda, Opinión Legislativa, Columna de Opinión, Novedades Editoriales, Comentario de Jurisprudencia, Recomendados en la web, Contrapunto, Reporte jurisprudencial de sentencias destacadas de la Corte Suprema y Reporte de jurisprudencia administrativa de temáticas relacionadas con el Derecho Familiar.

Este Boletín se trata de una publicación desarrollada en conjunto con el Programa de Magíster en Derecho de Familia(s) y Derecho de la Infancia y de la Adolescencia dictado por la Escuela de Postgrado de nuestra Facultad y esperamos contar en los siguientes números con la participación de los profesores de su Claustro y sus alumnos y egresados. A todos ellos bienvenidos.

Quiero agradecer nuevamente a nuestro Comité Editorial, compuesto por Francisco Ferrada Culaciati, Maricruz Gómez de la Torre Vargas, Gabriel Hernández Paulsen, Fabiola Lathrop Gómez, Mauricio Tapia Rodríguez y Ximena Tudela Jiménez; y a la valiosa intervención del profesor David Vargas Aravena, de la Jueza Titular del Primer Juzgado de Familia de Santiago, Paulina García Cárcamo, del profesor Pablo Cornejo Aguilera, del Juez Titular del Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Santiago, Pedro García Muñoz, de la fiscal Patricia Muñoz García quienes junto al profesor Mauricio Tapia Rodríguez han desarrollado interesantes colaboraciones. A todos ellos muchas gracias.

Prof. Cristián Lepin Molina
Director Boletín Actualidad Familiar



PRESENTACIÓN MANUAL “DERECHO FAMILIAR CHILENO” DEL PROFESOR CRISTIÁN LEPIN MOLINA, EDITORIAL THOMSON REUTERS

Multitudinaria fue la concurrencia a la presentación del manual “Derecho Familiar Chileno”, obra escrita por el profesor Cristián Lepin Molina y editada por la Editorial Thomson Reuters. Esta actividad, desarrollada en el auditorio Matilde Brandau de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile durante el día 29 de marzo de 2017, estuvo presidida por la Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesora Maricruz Gómez de la Torre Vargas.

Presentando la obra participó el Dr. Hernán Corral Talciani, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, quien comienza destacando la calidad de la obra, especialmente su sistematización y los capítulos referidos a los nuevos principios, el acuerdo de unión civil y la procedencia de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. Luego de analizar cada capítulo, compartió algunas reflexiones que

le generó la lectura de este libro. Específicamente, el análisis del concepto de familia, el cual criticó por considerar que no debe darse un concepto amplio, sino más bien reducirlo a lo que tradicionalmente se conoce como familia matrimonial. Asimismo, criticó el rol de los nuevos principios del Derecho de Familia, ya que el ampliar las facultades del juez de familia, generaría fallos discrecionales, aportando mayor inseguridad jurídica. Para terminar, elogió la obra, situándola entre las más relevantes del Derecho de Familia.

Asimismo, contó con la participación del Dr. Carlos Peña González, profesor de Derecho Civil de nuestra Facultad y Rector de la Universidad Diego Portales, quien también elogió la calidad de la obra, destacando su sistematización. Recalcó de ella especialmente el capítulo primero dedicado a los aspectos generales del Derecho Familiar, el análisis de los nuevos principios y el tratamiento del acuerdo de unión civil.

Destaca, además, el concepto de familia dado por el autor, el cual estima se condice con la realidad imperante en la actualidad chilena. También elogió el enfoque del autor al momento de analizar los efectos patrimoniales del Derecho de Familia, ello por la existencia de una lógica diversa a la utilizada en los demás capítulos de este libro. Así, y sobre el capítulo de Responsabilidad Civil en las Relaciones de Familia, destacó la apreciación de aspectos derivados de un raciocinio propio de la justicia distributiva.

Para terminar, situó igualmente esta obra entre las más relevantes del Derecho de Familia, invitando a leer la obra y debatir sobre las distintas problemáticas planteadas por el autor.

Por último, el autor de la obra, profesor Cristián Lepin Molina, expresó palabras de agradecimiento tanto para su familia, presente en la actividad, como para la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ambos fundamentales para la concreción de este proyecto.

Cabe destacar que esta obra se adjudicó fondos internos de apoyo a la investigación otorgados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile por resolución N° 364/2015 de Decanato.



CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO ACOGE RECURSO DE PROTECCIÓN EN CONTRA DE SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN POR HABERSE NEGADO ESTE A CELEBRAR AUC

Pareja chileno-dominicana recurre de protección contra el Servicio de Registro Civil

e Identificación, por haberse este negado a celebrar el acuerdo de unión civil de los recurrentes sobre la base de la situación migratoria de la contratante.

En efecto, los funcionarios del servicio recurrido impidieron la realización del acto al exigirle a la contratante cédula de identidad chilena – que no tiene –, y al exhibírsele el pasaporte, el funcionario advirtió que el documento carecía del estampado de ingreso a Chile, por lo que impidió llevar a efecto el contrato.

El fundamento de derecho planteado por el Registro radica en que los interesados en celebrar el Acuerdo de Unión Civil en Chile, deben cumplir con lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 20.830, que dispone que quienes deseen celebrar el acuerdo de-

ben acreditar su identidad ante el Oficial del Registro Civil con su cédula de identidad o instrumento identificatorio vigente. Sin embargo, no existe disposición alguna en esta materia que obligue a los no nacionales a gozar de visa o demostrar su situación migratoria regular en el país.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el referido recurso señalando que “el Estado tiene el deber de proteger y fortalecer la familia” y que “resulta injustificadamente discriminatoria la exigencia efectuada a quienes no son nacionales chilenos que se encuentran irregularmente en nuestro país de presentar cédula de identidad nacional o visa para celebrar un AUC (...)”.

(Fuente: Poder Judicial, 13 de marzo 2017)



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CONDENÓ A ITALIA POR NO PROTEGER A FAMILIA FRENTE A VIOLENCIA DEL PADRE

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Italia por no haber reaccionado

con rapidez y eficacia para proteger a una familia de la violencia del padre, la cual fue denunciada por una mujer ante los maltratos que recibía por parte de su esposo.

Al respecto, la afectada, de 53 años, había denunciado reiteradas veces el maltrato físico y psicológico que sufrió durante años a manos de su esposo. Sin embargo, la denuncia nunca encontró respuesta institucional y, en noviembre de 2013, el hijo de ambos, de 19 años de edad, mientras intentaba defender a su madre recibió de su padre, varias cuchilladas que provocaron su muerte.

En su sentencia, la Corte Europea sostuvo que Italia violó tres artículos de la Conven-

ción Europea para los Derechos Humanos y que, con ello, sus autoridades generaron una suerte de "impunidad" tras haber dejado en el limbo burocrático a la víctima y haber privado de efecto a sus denuncias.

Por último, y con ocasión de la sentencia, la presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados de Italia, Donatella Ferranti, declaró que "Las leyes existen, pero nos falta formar y sensibilizar a los operadores, a las fuerzas del orden, a magistrados y servicios sociales para que no subestimen la violencia contra las mujeres y los menores".

(Fuente: Diario Constitucional, 14 de marzo de 2017)



EN BARCELONA, JUEZ AUTORIZA A UNA MUJER A SOMETERSE A TÉCNICA DE FECUNDACIÓN IN VITRO CON ESPERMA DE SU MARIDO MUERTO

Un juez de primera instancia de Barcelona ha autorizado a una mujer a seguir el proceso de

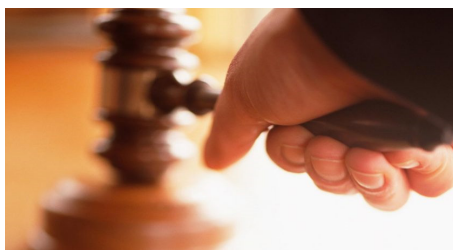
fecundación in vitro con espermatozoides de su marido fallecido. Frente a ello, fiscalía ha recurrido el fallo fundado en que no consta que el marido, si viviera, estuviera de acuerdo en este momento a la realización de esta práctica.

Sonia Álvarez, abogada de la demandante, ha explicado a la emisora RAC1 que "la Fiscalía dice que el permiso del marido era válido y correcto, pero plantea que si estuviera vivo ahora la relación no sería la misma" (...) "Si esto fuera así, los testamentos no serían nunca válidos", ha argumentado la abogada.

Asimismo, la letrada ha defendido que la mujer "como heredera universal, tiene derecho a decidir qué hace con este material gené-

tico. (...) Estaríamos con el absurdo que ella no puede usar (este material genético) por sí misma pero sí lo podría dar a otra mujer". Por ello, ha mantenido que "la ley estatal prevé la posibilidad de tener un hijo por técnicas de reproducción asistida después de la muerte de la pareja. Y la ley catalana también regula esta situación. Las dos leyes regulan sobre los efectos de esta fecundación, y vinculan el hecho de que en el registro civil ponemos el nombre y la paternidad del padre que ha muerto" (...) "El juez nos ha dado la razón, pero la fiscal nos ha dado unos criterios que no parecen demasiado correctos. Esto retrasará muchísimo el proceso", ha lamentado.

(Fuente: ABC, 22 de marzo de 2017)



FALLO INÉDITO: TRIBUNAL EN ARGENTINA DECRETA EL DIVORCIO APLICANDO EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y CONDENÓ A LA EX CÓNYUGE A INDEMNIZAR A SU EX MARIDO POR HABERLE SIDO INFIEL

En Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la

Segunda Circunscripción Judicial de la ciudad General Pico, dicta importante fallo que aborda la procedencia o improcedencia del reclamo en materia de daño moral ante divorcio motivado en infidelidad, tras vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Así, ante el caso, resolvió recurso de apelación decretando, además del divorcio, una condena para la ex cónyuge de resarcir al ex marido con una indemnización de \$40.000, más intereses, por haber incurrido en infidelidad durante el matrimonio. Funda su sentencia en que debe repararse

el daño moral ocasionado por un cónyuge como consecuencia de su infidelidad dado que, si bien el artículo 431 del Código Civil y Comercial de la Nación decreta como deber moral en el matrimonio la fidelidad (derogando, asimismo, las causales subjetivas de divorcio), también capta un interés relevante, ya que no hay duda de que este interés se relaciona directamente con el derecho a la dignidad, la armonía familiar, la integridad psíquica y moral, todos los cuales son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, por lo cual son dignos de amparo legal y deben ser resarcidos.

(Fuente: Thomson Reuters, 16 de marzo de 2017)



HOMBRE FUE CONDENADO A PRISIÓN POR NO PAGAR LA CUOTA ALIMENTARIA

La Justicia de Mar del Plata, Argentina, condenó a un hombre a 1 año y 6 meses de pri-

sión por no pagar la cuota alimentaria de sus dos hijos, ambos menores de edad.

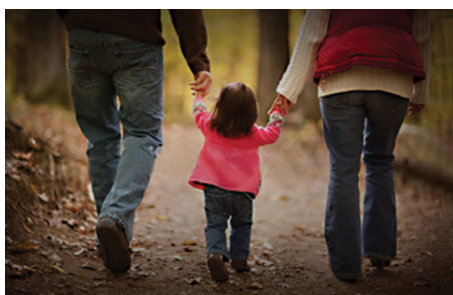
La mujer – de profesión peluquera, como el acusado – inició la causa en 2005 y el Tribunal de Familia resolvió fijar un monto de 400 pesos de pensión. Sin embargo, el hombre no cumplió con esta obligación, y como consecuencia de que la mujer también perdió su trabajo, ella y sus hijos quedaron en situación de calle durante el proceso judicial.

Este es el primer caso en Mar del Plata en el que se da esta resolución por el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar fijado por la ley 13.944.

Al respecto, la fiscal Graciela Trill declaró: *“hemos tenido varias denuncias, pero siempre se procura agotar la instancia natural, que es el Tribunal de Familia”,* y agregó: *“tampoco debemos crear falsa expectativa en la gente porque este es un caso inédito”.*

Si bien este delito es excarcelable, y el hombre cumplirá la pena en forma condicional, cabe destacar que la sanción dictada en el marco del juicio oral por el juez Leonardo Celsi dista de la multa económica que suele aplicarse en casos de esta índole.

(Fuente: Thomson Reuters, 23 de marzo de 2017)



HOMBRE FUE CONDENADO POR CONCEPTO DE DAÑO MORAL POR FALTA DE RECONOCIMIENTO DE UN HIJO CON DISCAPACIDAD

En Argentina, una mujer reclamó, por sí y en representación de su hijo menor, una indemnización por daño moral al padre de este úl-

timo, quien se mantuvo ausente durante el embarazo y hasta el fallecimiento del niño con motivo de una grave enfermedad.

La sentencia estimó que el progenitor, que desconoció a su hijo con discapacidad, omitiendo deliberada y permanentemente su rol paterno y generando una ilícita sobrecarga de tareas en la madre, debería a esta una indemnización por daño moral – en el caso, por 70.000 pesos argentinos –, pues si bien nadie podía exigirle que desarrolle afecto hacia su hijo, esa omisión resultó lesiva frente a las exigentes circunstancias que esa discapacidad impuso a la madre.

Agrega el fallo que la falta absoluta de asis-

tencia al hijo con discapacidad por parte del demandado importó un exceso intolerable en el ejercicio de sus derechos y actos de violencia de género hacia la madre que, como tal, es ilícita y pasible de ser indemnizada. Así las cosas, los sentenciadores estimaron que, si bien es cierto que no cualquier crianza monoparental de un hijo, en abstracto, genera un daño al progenitor que llevó adelante esa tarea, ello se configura en el caso, donde existió una omisión absoluta del rol paterno del demandado frente a su hijo con discapacidad, pues la exigencia era tan alta que los deberes de asistencia omitidos por aquel dan lugar a la posibilidad de calificar su actuación como ilícita.

(Fuente: Thomson Reuters, 31 de marzo de 2017)



EL 84% DE NIÑOS Y NIÑAS ADOPTADOS EL 2016 PERMANECIERON EN CHILE

Del total de niñas y niños adoptados durante el 2016, el 84% permaneció en el país, de acuerdo a la información entregada por el Departamento de Adopción del Servicio Nacional de Menores (Sename). De un total de

473 niñas y niños, 76 fueron adoptados por residentes en otros países, mientras que el número que permaneció en Chile quintuplica esa cifra, llegando a 397.

Entre estos niños, la mayoría de los adoptados por chilenos están en el rango de 0 a 3 años, mientras que casi todos los casos de adopciones internacionales son de niños de 4 años y más.

La institución ha referido que el promedio de espera de las personas, una vez que son declaradas idóneas para adoptar, es de un año. Ese periodo se reduce si están dispuestas a adoptar a un niño de 4 años o más, y aumenta para quienes desean adoptar a un niño de pocos meses.

En cuanto al número de adopciones, el Servicio ha referido que en los últimos años ha disminuido paulatinamente el total de adopciones, hecho que relacionan directamente con el número de niñas y niños que los tribunales de familia determinan como susceptibles de adopción, los que habrían bajado un 45% entre 2012 y 2016. Así, Mientras el 2012 los tribunales de familia declararon susceptibles de adopción a 680 niños y niñas, durante ese mismo año calendario hubo 605 adopciones. En cambio, el 2016 fueron declarados susceptibles de adopción 376 niños, y se realizaron 473 adopciones.

(Fuente: Sename, 5 de abril de 2017)



URUGUAY: JUEZA DETIENE ABORTO ANTE ACCIÓN DE AMPARO PRESENTADA POR EL PADRE

Insólito fallo de tribunal uruguayo que dio lugar a amparo del padre, suspendiendo el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo de un feto de 10 semanas de gestación que había iniciado la madre de 24 años de edad.

Uruguay despenalizó el aborto hasta las primeras 12 semanas de gestación en 2012, convirtiéndose en uno de los pocos países

en América Latina en permitirlo. Esta fue una de las medidas más destacadas que sacó adelante el gobierno del expresidente José Mujica (2010-2015).

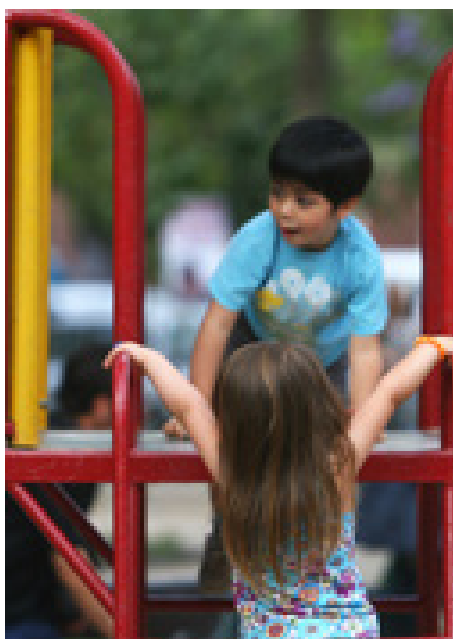
El fallo, dictado el martes 21 de febrero por la jueza del departamento de Soriano, Pura Concepción Book, establecía *"hacer lugar a la demanda de amparo, disponiéndose la suspensión por parte (de la institución médica) del proceso previsto en la Ley 18.987 respecto de (la madre) dirigido a la interrupción del presente embarazo atento a la falta de prueba por falta de registro en el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 3, inciso 1º de dicha ley"*. En él, la magistrada entendió que no se cumplió con un requisito de la norma que legalizó el aborto y establece que la mujer deberá *"poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso"*, situación que no consta en la historia clínica de la mujer. Así, estimó que *"la ley (de aborto) no puede entenderse e interpretarse como una operación matemática que con todo respeto parece que se pretende: vio al médico, vio al equipo, expresó razones - etapa que no fue asentada-, está dentro*

de las doce semanas = corresponde la interrupción del embarazo... Por eso debe de existir seriedad en la aplicación e interpretación de esta ley junto a todo el sistema jurídico nacional, so pena de que quienes son directamente perjudicados queden en estado de auténtico desamparo, en forma irremediable. Y entonces esto justifica la actuación inmediata de la justicia, a requerimiento del progenitor, que pide se protejan los derechos de su hijo y se adopten medidas de protección, pues de lo contrario se dejaría en la indebida indefensión los derechos del concebido".

Entre sus consideraciones finales, la magistrada agrega en el fallo que *"dado lo opinable y discutible que puede ser el tema, la suscrita quiere dejar expresado el profundo respeto desde el punto de vista humano y jurídico que por cada uno de los integrantes del proceso y de sus posiciones siente, y que la decisión a la que se arriba ha sido explicitada y fundada, sin perjuicio de mejor o diferente opinión, obviamente"*.

Frente al fallo, el abogado de la mujer confirmó a los medios locales que apelaría la decisión.

(Fuente: El País, 23 de febrero de 2017)



INGRESA AL CONGRESO NACIONAL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO NACIONAL DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADA DE NIÑOS Y NIÑAS (BOLETIN 11.176-07)

En conformidad con la agenda en materia de infancia que ha impulsado el actual Gobierno, el día 04 de abril del presente ingresó al Congreso Nacional el Proyecto de Ley que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de Niños y Niñas.

Este proyecto busca crear una institución cuyo principal objetivo consiste en diseñar, administrar y proveer prestaciones de protección especializada dirigidas a reparar y restituir el ejercicio de los derechos de niños y niñas que han sufrido determinadas vulneraciones. En este sentido, el proyecto tiene como fundamentos: a) la necesidad de contar con una institucionalidad que entre-

que protección especializada; b) protección reforzada del derecho de los niños(as) a su vida familiar; c) derecho de los niños(as) a ser oídos en los procedimientos de protección; y, d) mejora en la calidad de las prestaciones.

En este contexto, lo que se pretende con este proyecto es establecer una nueva institucionalidad en el ámbito de la infancia, teniendo en consideración las falencias que presenta el SENAME y las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño dirigidas a crear estructuras institucionales adecuadas para atender las necesidades de los niños(as) más vulnerables, como también a diferenciar la atención que se entrega a los niños cuyos derechos han sido vulnerados respecto de aquellos que se encuentran en conflicto con la ley penal.

(Fuente: Cámara de Diputados, 5 de abril de 2017)



DEFINICIONES RELEVANTES EN PROYECTO QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO: SOLO LOS MAYORES DE EDAD PODRÁN ACCEDER AL CAMBIO DE SEXO

El proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, fue impulsado mediante moción legislativa de los Senadores Sras. Pérez San Martín y

Rincón y Sres. Escalona, Lagos y Letelier, con fecha 07 de mayo de 2013.

Uno de los cambios significativos que planteaba el proyecto original consistía en el derecho de toda persona a cambiar su sexo registral ante el Registro Civil e Identificación de Chile. Sin embargo, en el mes de enero de este año, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, votó a favor de aquella indicación que excluye a los menores de edad de efectuar el trámite de cambio de sexo.

Esta decisión ha generado diversas reacciones tanto en el ámbito político como en las agrupaciones por la diversidad sexual.

En este sentido, la senadora Van Rysselberghe se mostró satisfecha con esta decisión,

asegurando que se ha logrado el convencimiento, escuchando a especialistas y a las propias organizaciones, de que lo mejor es que este cambio de sexo sea solicitado solo por personas mayores.

Por el contrario, el Vicepresidente de Organizando Trans Diversidades, Franco Fuica, señaló que *"nosotros no nos sentimos conformes con el sexo que nos asignaron desde que tenemos conciencia. No podemos ir tranquilos al colegio, sufrimos bullying de parte de los profesores y compañeros. Nos vamos de la casa a temprana edad porque no nos sentimos apoyados por nuestras familias. Por eso que los niños no estén considerados en esta ley, es un error"*

(Fuente: Diario Constitucional, 20 de enero de 2017)



INGRESA PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN EL POLOLEO (BOLETIN 11.135-18)

Con fecha 08 de marzo del año 2017, a través de moción legislativa presentada por el diputado Jorge Sabag Villalobos, ingresó proyecto de ley que pretende modificar el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, incluyendo como sujetos susceptibles de sufrir esta violencia relacional a quienes mantengan una relación de pololeo.

Dicha moción legislativa pretende soslayar la falta de regulación de conductas agresivas en el marco de relaciones afectivas que

no constituyan convivencia o no son consideradas relaciones de familia, carencia de la que se debe hacer cargo nuestro ordenamiento jurídico, considerando especialmente la inexistencia de una ley específica sobre violencia de género.

De esta manera, se propone que todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica que se produzca en el marco de una relación de pololeo sea sancionado en conformidad a la ley 20.066 y, en consecuencia, se garantice la protección de la víctima tanto en sede familiar como penal.

(Fuente: Cámara de Diputados, 8 de marzo de 2017)



¿LÍMITE DE EDAD PARA LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA? TRIBUNAL ITALIANO AUTORIZA LA ADOPCIÓN DE NIÑA DE 7 AÑOS CONCEBIDA MEDIANTE FECUNDACIÓN IN VITRO, AL CONSIDERAR QUE SUS PADRES SON DEMASIADO MAYORES PARA HACERSE CARGO DE ELLA

El día 13 de marzo de este año, el Tribunal de Apelación de Turín confirmó la sentencia del Tribunal de Menores que autorizó la adopción de una niña italiana de 7 años concebida mediante fecundación in vitro, al considerar que sus progenitores son demasiado mayores para ocuparse de su cuidado (actualmente de 63 y 75 años).

En su oportunidad, dicho tribunal de menores tomó conocimiento del caso a través de una denuncia efectuada en contra los padres por supuesto abandono de la niña. Sin embargo, a pesar de que los padres fueron absueltos de la referida acusación, se decidió quitarles la custodia de esta y entregarla a una familia de acogida.

Esta decisión se sustentó en que, a juicio del tribunal, existe una *"aplicación distorsionada de las enormes posibilidades que ofrece el progreso en materia genética"* y que la niña *"se quedará huérfana muy pronto y además, se verá obligada a cuidar a unos padres ancianos con posibles graves patologías o minusvalías"*.

Por su parte, la abogada de los padres no se mostró conforme con la confirmación del dicho fallo, manifestando que recurrirá al Tribunal Supremo para revertir la decisión.

(Fuente: El Mercurio, 13 de marzo de 2017)



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CONDENA A FRANCIA POR NO RECONOCER A HIJOS DE VIENTRES DE ALQUILER

Por tercera vez, y de conformidad con su jurisprudencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Francia por no

reconocer formalmente la inscripción en el Registro Civil de dos niños nacidos a través de vientres de alquiler.

Este caso aborda la oposición efectuada por parte del Fiscal de Nantes, en el año 2011, al registro de niños nacidos en Ucrania a través de vientres de alquiler y cuyos padres son de nacionalidad francesa. Dicha oposición se sustenta en que *"había indicios serios"* de que los niños hubieran nacido mediante *"un contrato de maternidad subrogada"*, lo que se encuentra prohibido en la legislación francesa.

Ante esta decisión, los padres acudieron ante el Tribunal Europeo de Derechos Hu-

manos, argumentando que esta falta de reconocimiento vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar, reconocido por el Convenio Europeo de Derecho Humanos.

Con fecha 19 de enero de 2017, en su sentencia, el Tribunal de Estrasburgo estimó que no se ha vulnerado el derecho de los demandantes a su vida familiar, pero sí se ha transgredido el derecho de los niños al respeto de su vida privada. En conformidad a ello, condenó a Francia por no reconocer a estos niños, y estableció, por cada uno, una indemnización a su favor de 5.000 euros por concepto de daño moral.

(Fuente: Diario Constitucional, 23 de enero de 2017)



VIETNAM: ENTRA EN VIGOR LA LEY QUE LEGALIZA EL CAMBIO DE SEXO

En noviembre de 2015, casi el 90% de los delegados de la Asamblea Nacional de Vietnam votaron a favor de la modificación del Código Civil que permite que cualquier

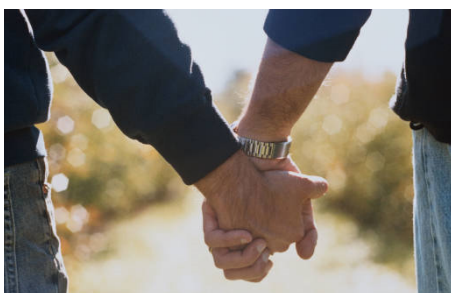
persona que desee cambiar su género pueda hacerlo, obteniendo una nueva documentación y facilitando el acceso a tratamientos médicos. Así, el 1 de enero del año en curso, la nueva legislación entró en vigor, convirtiendo a Vietnam en el sexto país de Asia (después de India, Nepal, Bangladesh, Pakistán y Tailandia), en permitir la reasignación y reconocer a las personas transgénero.

Según la ley anterior, la reasignación de género se limitaba estrictamente a aquellos que tenían defectos genitales o eran hermafroditas. Ahora, en virtud del Código Civil enmendado, toda persona que desee cambiar su género podrá hacerlo en el país y recibir nuevos documentos de identificación.

Una de las figuras clave en este acontecimiento, el Ministro de Justicia Ha Hung Cuong, dijo a los medios de comunicación locales que los cambios tenían por objeto *"satisfacer una necesidad real a un grupo de personas que está aumentando considerablemente en Vietnam"*.

"Estamos celebrando esta victoria no sólo para nuestra comunidad sino también para nuestro país. Vietnam se ha vuelto más tolerante e inclusivo", dijo Nguyen Hai Yen, director de proyecto en ICS (Instruct, Connect y Service), organización vietnamita que lucha por la igualdad de derechos de las personas LGBT.

(Fuente: Vietnamnet, 26 de febrero de 2017)



PERÚ: DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL SERÁ AGRAVANTE DE DELITOS

El Poder Ejecutivo peruano emitió, este 6 de enero, un Decreto Legislativo que fortalece la

lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y violencia de género. Así, la discriminación por sexo, orientación sexual e identidad de género son ahora agravantes para sancionar delitos de acuerdo al artículo 46 del **Código Penal**.

Conforme a la modificación del artículo 46 del Código Penal, *"se suma como agravante ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole"*.

Cabe mencionar que, previamente, el Código Penal señalaba como un agravante el *"ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole"* y no especificaba lo previamente descrito.

La norma modificada busca fortalecer la lucha contra el feminicidio, la violencia intrafamiliar y la violencia de género, y modifica artículos del Código Penal en otros temas vinculados, tales como las lesiones leves y graves.

(Fuente: La República, 6 de enero de 2017)



ESLOVENIA: PROMULGA NUEVA LEY DE FAMILIA

La Asamblea Nacional de la República de Eslovenia aprobó el día 22 de marzo del

año en curso, con 54 votos a favor y 25 en contra, la nueva Ley de Familia que viene a reemplazar la antigua ley del año 1976, la cual databa del periodo en que Eslovenia era parte de Yugoslavia. La nueva ley, que regula entre otras materias el matrimonio, la adopción y los beneficios sociales, tiene como principal novedad la definición de familia centrada en el niño. Así, el artículo 2 inciso primero de esta ley señala: "la familia es una comunidad de vida de un niño, no importando la edad del niño, con ambos o con uno de los padres, o con otra persona adulta, si este se preocupa por el niño y

tiene de acuerdo con esta ley determinadas obligaciones y derechos hacia el niño".

La ley mantiene el requisito de la diferencia de sexo entre los contrayentes para el matrimonio, ya que las uniones civiles entre personas del mismo sexo se encuentran reguladas en otra norma, la Ley sobre Uniones Civiles, aprobada el año 2016, en la cual se les da los mismos derechos que a los cónyuges con excepción de la adopción y de someterse a las técnicas de reproducción asistida.

(Fuente: Ministry of Labour, Family, Social Affairs and Equal Opportunities, 22 de marzo de 2017)



TRIBUNAL PERUANO RECONOCE PATERNIDAD A PAREJA QUE ALQUILÓ VIENTRE

Tribunal peruano ordenó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del mismo país que inscribiera a un matrimonio como padre y madre legítimos de dos menores que nacieron bajo la modalidad conocida como vientre de alquiler, pese a que la mujer

– hoy reconocida legalmente como madre – no gestó el embarazo ni aportó el óvulo.

En 2015, la pareja se sometió al método de la ovodonación (óvulo donado) y a la posterior implantación del cigoto en el útero de una amiga del matrimonio, quien aceptó llevar el embarazo, suscribiendo un acuerdo privado de útero subrogado.

El cigoto a implantarse sería formado por los espermatozoides del padre actual de los menores y los óvulos de una donante anónima. Al dar a luz a ambos mellizos, el médico tratante inscribió a la gestante como madre biológica en el Certificado de Nacido Vivo de los menores. El matrimonio inició entonces los procedimientos de rectificación de las dos actas de nacimiento, pero la entidad declaró improcedentes ambas solicitudes. "Se vulneró así el derecho a la identidad de los re-

cién nacidos, que es un derecho constitucional. Por ello, entablamos un juicio", explicó Chary Rodríguez-Cadilla, abogada de la pareja.

Es así que, en 2016, interpusieron una demanda de amparo ante el Juzgado Constitucional de Lima, quien ordenó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que anulara las actas de los mellizos y emitiera unas nuevas. En la sentencia, el juez de la causa, Hugo Velásquez sostuvo que, pese a que la Ley General de Salud establece en su artículo 7° que toda persona tiene derecho a hacer uso de las TERA "siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona", no existe una "expresa prohibición" de la norma frente a otros supuestos, como es el caso en juicio.

(Fuente: El Comercio, 17 de abril de 2017)



ALREDEDOR DE 60 EXPERTOS PROVENIENTES DE 13 PAÍSES DISTINTOS PARTICIPAN EN III CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE DE DERECHO DE FAMILIA

Entre el pasado 10 y 12 de mayo, en el Hotel Habana Libre de la ciudad de La Habana, se realizó con gran concurrencia el III Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Familia, en la que participaron alrededor de sesenta expertos de trece naciones distintas con el objeto de intercambiar criterios, re-

flexionar de conjunto y proponer soluciones sobre asuntos trascendentes del derecho que atañen a la actualidad y al futuro del Derecho de Familia.

La presentación estuvo a cargo de la presidenta de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, Olga Mesa Castillo, quien dio la bienvenida a los representantes de las trece naciones asistentes, entre ellas, Brasil, Nicaragua, Panamá, México, Puerto Rico, El Salvador, Ecuador, Argentina, República Dominicana, Estados Unidos, Costa Rica, Cuba y Chile.

El evento incluyó a la IV Escuela Ibero-latinoamericana de esta disciplina y otras afines y a la IX Conferencia Internacional de Derecho de Familia. En la misma, se trataron asuntos relacionados con los retos del Derecho de Familia ante el envejecimiento poblacional, la protección integral a la infancia en consonancia con los principios cardinales

de la Convención de los Derechos del Niño, la orientación sexual y la identidad de género, el derecho de alimentos, la atención a las personas con discapacidad, la solución armónica de conflictos familiares, entre otros, con el fin de intercambiar ideas sobre los avances y desafíos en esta área del derecho.

En el encuentro participó el Coordinador Académico del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesor Cristián Lepin Molina, quien expuso su ponencia titulada "El derecho del niño a ser oído en los procedimientos de familia. Una mirada desde la legislación chilena".

El Congreso contó con la asistencia de reconocidos catedráticos y profesionales especializados en esta materia, provenientes de España, Latinoamérica y Cuba, estando abierta también a profesionales y estudiantes de Derecho.



CÁMARAS GESELL

Jueza del Primer Juzgado de Familia de Santiago. Coordinadora de la Implementación de Salas Gesell en Tribunales de Familia desde junio a diciembre de 2013. Perteneciente a la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia

1. ¿CÓMO PARTICIPAN LOS NIÑOS EN PROCESOS DE FAMILIA?

Los niños/niñas/adolescentes en procesos de familia son nuestra principal preocupación y es nuestro objetivo central resguardarlos en sus derechos. Por ello, el Poder Judicial ha trabajado para darles el lugar y la importancia que se merecen en nuestros tribunales y, de esta forma, poder escucharlos, entrevistarlos, resguardar su defensa a través de la figura del curador *ad litem* y de hacerlos verdaderos partícipes de un procedimiento que finalmente incidirá de manera directa en su vida y bienestar. Así también lo expresa no solo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino nuestra legislación nacional a través de la Ley 19.968 en su artículo 16.

2. ¿QUÉ ES LO QUE SE HA HECHO PARA FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN PROCEDIMIENTO DE FAMILIA?

A partir del año 2011, y más fuertemente a partir del año 2013, el Poder Judicial trabajó ardua y conscientemente capacitando a un equipo de profesionales pertenecientes a las áreas de la psicología, informática, abogacía y jueces, para la implementación de las denominadas Salas Gesell, lo que implicó no solo un aspecto físico, sino enfatizar en la importancia que los jueces nos capacitemos para entrevistar a nuestros niños/niñas/adolescentes con las mayores y mejores herramientas y conocimientos a fin de velar por su bienestar.

3. ¿EN QUÉ CONSISTE UNA CÁMARA GESELL Y CÓMO FUNCIONA?

Es una habitación acondicionada que permite la observación de personas. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipo de audio-video para la grabación de lo que se quiera evaluar.

Fue creada por el psicólogo y pediatra estadounidense Arnold Gesell, para observar la conducta en niños sin ser perturbados o que la presencia de un tercero cause alteraciones.

Frente a este punto, es relevante hacer presente que esta Sala ha sido acondicionada y adecuada a nuestra realidad en los tribunales. Su uso no es para hacer terapia, sino para velar y resguardar de mejor manera la participación de nuestros niños/niñas/adolescentes en procedimientos judiciales a través de la entrevista reservada.

4. ¿PODRÍA EXPLICARNOS CÓMO HA SIDO SU IMPLEMENTACIÓN?

Se inicia una primera etapa en el año 2011 a través del "Proyecto Piloto en Juzgado de Familia de Melipilla", para luego continuar con su implementación estructural y de capacitación en una segunda etapa realizada en período 2012-2014, capacitando a un total de 123 jueces y 115 consejeros técnicos, a lo largo de 22 Juzgados de Familia del país.

El proyecto continúa su tercera etapa entre los años 2014-2015, finalizando así su implementación con los 27 Juzgados de Familia restantes.

Hoy, con orgullo podemos afirmar a la ciudadanía que nuestro Poder Judicial ya cuenta con Salas Gesell en todos los Juzgados de Familia del país, para dar una mejor atención a todos nuestros niños/niñas/adolescentes.

5. ¿CUÁLES SON LOS OBJETIVOS DE ESTE PROYECTO?

Existen dos principales objetivos, uno de carácter general, que tiene como enfoque el reducir la victimización secundaria; y otro de carácter específico, referido a la implementación de un lugar físico adecuado y acogedor para los niños/niñas/adolescentes que participan – la mayoría de las veces de manera involuntaria – de un procedimiento judicial, como, asimismo, se busca implementar una metodología de entrevista adecuada que finalmente resguarde el objetivo de carácter general y, de tal forma, no re-victimizar a nuestros niños a través de un proceso que debe orientar a conseguir el bienestar de los mismos.

6. ¿LA IMPLEMENTACIÓN DE ESTAS SALAS, EXCLUYE LA REALIZACIÓN DE LAS LLAMADAS “AUDIENCIAS RESERVADAS”?

En lo absoluto. La implementación de las Salas es un complemento más; una herramienta entregada a los Juzgados de Familia para ser utilizada conforme el criterio de cada juez/a y, por sobre todo, no olvidemos que estas “audiencias reservadas” están inmersas en el objetivo principal de las Salas Gesell, desde que igualmente se trata de entrevistas reservadas. Recordemos que los niños/niñas/adolescentes en procedimientos de familia – a diferencia de lo que ocurre en sede penal – no actúan como testigos, sino como sujetos principales del procedimiento, desde que los juzgados debemos resguardar y garantizar sus derechos.

Ahora bien, se entiende que las Salas Gesell se utilizarán con mayor éxito y mejor utilidad en aquellos procedimientos complejos, donde estemos en presencia de niños/niñas/adolescentes vulnerados en sus derechos y en evidente riesgo.

En el resto de los procesos más simples, o de menor complejidad, queda abierta la puerta para que dicha entrevista se realice en la

misma sala de audiencia, pero siempre prescindiendo de la presencia de las partes intervinientes, es decir, con la sola presencia de juez/a, consejero/a técnico/a, *funcionario/a* de acta y curador *ad litem*.

7. ¿CUÁLES SERÍAN LAS VENTAJAS DE LAS SALAS GESELL?

A través de ella no solo se garantiza a los niños/niñas/adolescentes la aplicación de su derecho a ser oído, sino principalmente, hacerlo en un espacio físico adecuado y no adultizado, en donde va a interactuar y a conectar sus emociones exclusivamente con una persona que será la que lo entreviste – pudiendo ser juez/a o consejero/a técnico/a –. El resto observará del otro lado del espejo – ya sea juez/a, consejero/a técnico/a y/o curador *ad litem* –.

Así, quien dirigirá la entrevista será solo una persona, lo que ayudará a darle confianza y tranquilidad a los niños/niñas/adolescentes, disminuyendo de esta manera las consecuencias emocionales, permitiendo una comunicación más fluida y con mayor tranquilidad al entrevistado/a, reduciendo la victimización secundaria y aumentando las verbalizaciones asociadas a temáticas familiares, permitiendo, además, observar de mejor manera su lenguaje corporal.

Por otro lado, al quedar registro de la entrevista a través de la video-grabación, podrá analizarse, en conjunto por los profesionales destinados a resolver el conflicto, en más de una ocasión, sin la necesidad de volver a citar al niño/a para una nueva entrevista y que deba reiterar su relato una y otra vez.

“al quedar registro de la entrevista a través de la video-grabación, podrá analizarse, en conjunto por los profesionales destinados a resolver el conflicto, en más de una ocasión, sin la necesidad de volver a citar al niño/a para una nueva entrevista y que deba reiterar su relato una y otra vez”

8. ¿PUEDEN LAS PARTES SOLICITAR SU USO? ¿EXISTE ALGÚN REQUISITO?

Evidentemente. Las Salas son una herramienta que el Poder Judicial ha puesto a disposición del usuario, y debiera todo juez/a darle prioridad a su uso, máxime si son las propias partes quienes lo solicitan.

Para ello no existe requisito alguno, pueden hacerlo por escrito y/o de manera oral en audiencia.

9. ¿EXISTE ALGÚN PROTOCOLO O INSTRUCTIVO PARA SU USO?

Como ya se ha señalado, su utilización no es de carácter obligatorio, pero sí se recomienda usarla en beneficio de nuestros niños/niñas/adolescentes.

En ese orden de ideas, nuestra Excm. Corte Suprema, por Tribunal Pleno, con fecha 30 de diciembre de 2014, a través de Acta 237-2014, reguló su implementación y uso a fin de garantizar un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oído de todos los niños/niñas/adolescentes en Tribunales con competencia en materia de familia.

“reguló su implementación y uso a fin de garantizar un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oído de todos los niños/niñas/adolescentes en Tribunales con competencia en materia de familia”

10. ¿LAS AUDIENCIAS EN SALAS GESELL SE GRABAN? DE SER ELLO AFIRMATIVO, ¿ES POSIBLES USAR ESTAS GRABACIONES EN AUDIENCIA?

La esencia de las Salas Gesell es que sean video-grabadas – en una sala de audiencia solo opera registro de audio, no de video, lo que adquiere mayor relevancia, por ejemplo, cuando el lenguaje corpo-

ral no se condice con el hablado –, de manera tal de guardar y custodiar registro de aquello para que pueda ser revisado las veces que juez/a o consejero/a técnico/a lo requieran y estimen necesario para una mejor y acertada resolución del conflicto en que se ven enfrentados los niños/niñas/adolescentes, o ser revisado igualmente por quien defienda sus derechos (curador *ad litem*).

Además, el uso de esta video-grabación permite facilitar el material a otras entidades que tengan por propósito igualmente resolver conflictos en que los mismos niños/niñas/adolescentes sean sujetos del proceso – tales como Ministerio Público, Ministros de Corte, otros jueces/as o consejeros técnicos – con la sola limitación de que debe entenderse que su carácter es reservado, por cuanto los niños/niñas/adolescentes han confiado parte importante de sus vivencias en estos profesionales, y al menos mi criterio como Jueza de Familia, es que dicho material no puede bajo ninguna circunstancia ser puesto a disposición o en conocimiento de las propias partes del proceso o de sus abogados. Estimo que quebrantar esta confianza al exponer el relato de los niños/niñas/adolescentes implicaría el mayor perjuicio hacia nuestros principales sujetos de protección, los niños/niñas/adolescentes.

“quebrantar esta confianza al exponer el relato de los niños/niñas/adolescentes implicaría el mayor perjuicio hacia nuestros principales sujetos de protección, los niños/niñas/adolescentes”

AGENDA

EXTENSIÓN

TERCERAS JORNADAS DE DERECHO FAMILIAR

Fechas: 21 y 22 de junio del presente año
Lugar: Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Chile
Mayor información: +562 2354 2152

SEMINARIO NUEVAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE FAMILIA, RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD Y ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

Fechas: 27 y 28 de julio del presente año
Lugar: Universidad Central de Chile de la ciudad de La Serena
Mayor información al e-mail: seminarioucen2017@gmail.com



LAS EXCEPCIONES AL INGRESO DE ESCRITOS Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS Y LA JUSTICIA DE FAMILIA

Comentario a la Ley que modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales N° 20.886

El 18 de diciembre de 2015 se publicó en el Diario Oficial la ley 20.886, que estableció la tramitación digital de los procedimientos judiciales, y que, en dos títulos y tres disposiciones transitorias, trata de “la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales”. El primero corresponde a los artículos 1 a 11; y el segundo, incorpora modificaciones al Código de Procedimiento Civil (artículo 12), y al Código Orgánico de Tribunales (artículo 13).

En las disposiciones transitorias, se regulan la entrada en vigencia de la ley, bajo la forma de la gradualidad, además de la aplicación de las disposiciones vinculadas a las causas iniciadas o por iniciarse a esa fecha, y de la no aplicabilidad de las reformas al CPC y COT a ciertas causas tramitadas en tribunales distintos a los comprendidos en el artículo 1° de la ley.

Esta ley sobre tramitación electrónica “se ha aprobado con visos de generalidad que no se condicen con el actual estado de avance de la modernización de los diversos procesos que rigen en nuestro país” (Silva, 2016), en algunos de los cuales rigen preferentemente la oralidad, como acontece en los procedimientos penales, laborales y de familia; y en otros, el procedimiento civil, que continua rigiéndose por el principio de la escrituración. En los procedimientos reformados, la tramitación electrónica se presenta solo como un medio de colaboración en la mayor expedición para la tramitación del procedimiento oral y no tiende a alterar o desviar en forma alguna el centro de atención de la audiencia para la resolución de los asuntos, pues aquellos se resuelven en audiencia como instituto procesal esencial.

Habiéndose establecido en la ley el marco según el cual debe materializarse la tramitación electrónica, aparece como razonable que todos los aspectos de carácter técnico se regulen por normas que no tengan un rango legal, dado que la constante evolución tecnológica amerita que ello no se haga a través de disposiciones dotadas de una mayor rigidez, posibilitando su continua y expedita armonización conforme con los avances científicos e informáticos que se experimentan permanentemente en estas materias.

PROCEDIMIENTO PARA EL INGRESO DE PRESENTACIONES ELECTRÓNICAS

El artículo 4° de la ley obliga el uso de la firma electrónica avanzada respecto de las resoluciones y actuaciones del juez, del secretario, del administrador del tribunal y de los auxiliares de la administración de justicia, los que serán personalmente responsables de la firma electrónica avanzada que se ponga a su disposición. Agrega la norma que ese dispositivo no puede ser compartido, ya que es de uso personal y de responsabilidad de su titular, a través del artefacto técnico denominado “token”.

El carácter obligatorio de la firma electrónica – que solo se hace extensiva por la ley a los jueces para la firma de las resoluciones judiciales – se justifica plenamente atendido el carácter de instrumento público que revisten sus resoluciones cuando se manifiestan en forma escrita, y al carácter personalísimo e indelegable que importa siempre la realización de semejantes actos jurídico procesales.

Para los abogados y demás usuarios no se exige la firma electrónica avanzada, sino la *firma electrónica simple*, consistente en la utilización de la Clave Única del Estado que es proporcionada y administrada por el Servicio de Registro Civil e Identificación, en un sistema que regula el Acta 37-2016 (art. 3), que podríamos resumir de la siguiente forma:

a) Establecimiento de una Oficina Judicial Virtual: La Corporación Administrativa del Poder Judicial pondrá en funcionamiento para el usuario una Oficina Judicial Virtual, compuesta por un conjunto de servicios entregados en el portal de internet del Poder Judicial, al que tendrán acceso los intervinientes que previamente se identifiquen con el uso de clase única: www.oficinajudicialvirtual.cl.

b) Clave Única del Estado: Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 1° del art. 5 de la ley, debe utilizarse la Clave Única del Estado, e ingresar con ella a la oficina judicial virtual. Así, el

usuario en general – los abogados o habilitados de derecho – se registrarán en los términos de este auto acordado para hacer uso de los servicios de ese soporte digital del Poder Judicial. Las presentaciones que se formulen en ella se entenderán suscritas por el usuario que las remite, *sin necesidad de contener su firma manuscrita*, entendiéndose la Clave Única del Estado como firma electrónica simple.

Dice la norma que, para el caso que la parte o interviniente no suscriba la primera presentación al tribunal con firma electrónica simple o avanzada, bastará la firma electrónica del abogado patrocinante para ser incorporada en la Oficina Judicial Virtual, debiendo regularizarse la situación en los plazos establecidos por la ley o en la primera audiencia fijada por el Tribunal. Pero, tratándose de la demanda, el no cumplimiento de lo anterior facultará al tribunal para proceder a su archivo.

El art. 5 de la ley previó, de manera excepcional, que cuando *las circunstancias así lo requieran* o se trate de *una persona autorizada por el tribunal por carecer de los medios tecnológicos necesarios*, los escritos podrán presentarse al tribunal materialmente y en soporte papel, por conducto del ministro de fe respectivo o del buzón especialmente habilitado al efecto. Los escritos presentados en este formato serán digitalizados e ingresados a la carpeta electrónica inmediatamente.

c) Presentación de documentos: El art. 6 de la ley distingue, respecto de los documentos, entre aquellos que son electrónicos y los que no lo son. Los primeros, o sea, los documentos electrónicos, deberán presentarse a través del sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial o, en caso de requerirlo así las circunstancias, se acompañarán en el tribunal a través de la entrega de algún dispositivo de almacenamiento de datos electrónicos. Tratándose, en cambio, de documentos no electrónicos en su formato original, podrán presentarse materialmente en el tribunal y quedarán bajo la custodia del funcionario o ministro de fe correspondiente.

JUSTICIA DE FAMILIA Y LAS EXCEPCIONES A LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA

Además de las dificultades que han existido referidas a la forma de entender constituido el patrocinio y el otorgamiento del mandato judicial en las modalidades indicadas en el art. 7 de la ley, que autoriza una nueva forma de constituir patrocinio y mandato judicial ampliando el contenido dado por el art. 6 del CPC y los artículos 1 y 2 de la ley 18.120 sobre comparecencia en juicio; a la subsistencia de algunas prácticas que importan suscribir físicamente ante el Ministro de Fe el texto respectivo y luego incorporarlo al sistema informático o simplemente hacer comparecer a los interesados a pesar de la suscripción de documentos con firma electrónica simple; y la exigencia de la incorporación de documentos por medio de Oficina Judicial Virtual para tramites altamente estandarizados a personas que escasamente tienen acceso a sistema digitales; hemos esti-

mado conveniente esbozar al menos dos aspectos jurídicamente relevantes en una aproximación analítica de la Ley de Tramitación Electrónica y su interrelación funcional con la justicia de Familia: a) *la extensión del principio de publicidad* y b) *las excepciones a la presentación de demandas o escritos por medios de sistema electrónico*.

El primero, *el principio de publicidad*, se establece como regla general, y no consiste sino en que todos los actos de los tribunales son públicos, disponiéndose, además, que los sistemas informáticos que se utilicen para el registro de los procedimientos judiciales deberán garantizar el pleno acceso de todas las personas a la carpeta electrónica en condiciones de igualdad, salvo las excepciones establecidas en la ley.

Dado lo anterior, se regula de manera especial, y con el carácter excepcional, que las demandas, las presentaciones relativas a medidas cautelares (incluso aquellas solicitadas en carácter prejudicial), y las correspondientes a otras materias cuya eficacia requiera de reserva, serán accesibles únicamente al solicitante mientras no se haya notificado la resolución recaída en ellas.

El pleno acceso al sistema informático se cumple, en lo normativo, por lo indicado en el art. 2 del Acta 37, y en lo informático, por las modalidades de búsqueda en el portal web, más no constituyen – por razones de seguridad – un sistema genérico de búsqueda por número de Rut. La reserva de antecedentes, enunciada en la norma reglamentaria en comento, viene de la mano de la ley, o – en un agregado necesario – de la disposición del juez, quien se ve enfrentado a una diversidad casuística imposible de prever, cuyo fondo esencial es la protección de la víctima o del niño, niña o adolescente o algún otro interés superior derivado de las relaciones de familia.

La ley no refiere expresamente esta última hipótesis, lo que clarifica el Auto Acordado, ratificando una modalidad de resguardo basada en las normas generales de protección, reserva y cuidado que el juez puede imponer a la parte o terceros en el proceso.

El art. 41 del Acta 71 de la Corte Suprema señala que las presentaciones que en virtud de los arts. 5 y 6 de la ley y art. 4 del Acta 37-2016 puedan realizarse materialmente, deberán contener la información básica para ser ingresadas al sistema de tramitación y asociadas a una causa, lo que verificará el funcionario designado. A continuación, deberán ser digitalizadas e incorporadas a la carpeta electrónica correspondiente, conforme a las políticas de digitalización adoptadas por el tribunal. Por su parte, los arts. 42 y 43 regulan las presentaciones urgentes y orales, las que deberán ingresarse el mismo día, autorizándose el uso de formularios, cuya aplicación debiera ser muy acelerada en materias de familias.

Al momento de *ingresar escritos*, y atendidas las materias vistas en Juzgados de Familia, existe la posibilidad de dejar como “*no publicables*” aquellos escritos que se ingresan al sistema (SITFA) y que deben tener la respectiva reserva, como lo es el caso de las causas que tratan de susceptibilidad de adopción o adopción propiamente tal.

Para dejar como publicable o no un escrito se debe seleccionar la opción al momento de ingresarlo. De dejar público un escrito que debiera ser reservado, existe la posibilidad de que el propio Juzgado lo modifique.

Formulario de ingreso de escritos. Campos visibles: Rol Interno (A), Participante (Ligantes), RIT, RUC, Carat., Parte que Presenta, Fecha Ingreso (05/02/2016), Hora (09:21), Tipo de Escrito (Abandono procedimiento). El checkbox 'No Pub.' está marcado y circulado en rojo.

Asimismo, al momento de *resolver algún escrito*, el funcionario y Juez tienen la opción de hacer o no visible en el portal la información contenida en esta, como se ve a continuación:

Formulario de Resolución. Fecha: 26/04/2017. Campos 'Est. Diario' y 'Doc. Res.' están marcados con checkmarks y circulados en rojo. Estado: Resolución Incompleta.

En *sentencias de adopción o susceptibilidad de adopción*, es el Juez quien debe tomar las medidas necesarias para que esta no sea publicada. Para ello, se debe marcar el cuadro de "Est. Diario" y marcar "Doc. Res" (documento reservado), a fin de que los datos no aparezcan a todo el público:

Formulario de Resolución Firmada. Fecha: 17/03/2017. Campos 'Est. Diario' (desmarcado) y 'Doc. Res.' (marcado) están circulados en rojo.

Pese a que se toman todos los resguardos necesarios, en ocasiones las sentencias han sido publicadas en el portal. Es por ello que el tribunal debe estar constantemente revisando este tipo de resoluciones, y los interesados advertir las incongruencias que se vayan presentando.

En cuanto al segundo tema, *las excepciones a la presentación de demandas o escritos por medios de sistema electrónico*, su aplicación

cobra vigencia en razón de las especiales materias que competen a la justicia de familia, derivadas no solo de las definiciones de la ley, sino que, además, de un conjunto de hábitos o prácticas donde no necesariamente se requiere la intervención de un letrado.

La regla contenida en el art. 5 de la ley es que los escritos se remiten *por vía electrónica a través del sistema de tramitación electrónica* del Poder Judicial, para cuyos efectos los abogados o habilitados en derecho se registrarán en los términos que se regulen en el *Auto Acordado* que la Corte Suprema dicte al efecto.

La norma indicada señala que, en casos excepcionales, los escritos podrán presentarse al tribunal materialmente, y en soporte de papel, por conducto del Ministro de Fe respectivo o del buzón especialmente habilitado al efecto. Tales hipótesis son dos:

a) Cuando las circunstancias así lo requieran: Esta es una situación de hecho que le corresponde sopesar al tribunal caso a caso, cuyo sentido precisa el Acta 37 en su art. 4 inciso 1 y 2, al indicar que se entenderá entre aquellas circunstancias que habilitan para la entrega presencial de demandas, escritos y documentos en el tribunal, la inaccesibilidad al sistema de tramitación electrónica, bien sea por problemas del servicio o de conectividad.

b) Cuando se trate de una persona autorizada por el tribunal por carecer de los medios tecnológicos necesarios: Únicamente en aquellos casos en que se admite la *comparecencia personal* de las partes se autorizará tramitar por esta vía, manteniéndose vigente esa autorización durante la tramitación de la causa y ante todos los tribunales que conozcan de ella.

El inciso cuarto del art. 6 de la ley dispone que, si no se presentaron las copias digitales de los documentos o títulos ejecutivos, o si existiere una disconformidad sustancial entre aquellas y el documento o título ejecutivo original, el tribunal ordenará, de oficio o a petición de parte, que se acompañen las copias digitales correspondientes dentro de tercero día, bajo apercibimiento de tener por no presentado el documento o título ejecutivo respectivo.

La excepción está contenida en el inciso final de la norma, que establece que, en casos excepcionales, cuando se haya autorizado a una persona para presentar escritos materialmente por carecer de los medios tecnológicos, no será necesario acompañar copias digitales. En este caso, los documentos y títulos ejecutivos presentados en formato que no sea electrónico serán digitalizados e ingresados inmediatamente por el tribunal en la carpeta electrónica.

LA CARPETA ELECTRÓNICA EN LA JUSTICIA DE FAMILIA

Los efectos uniformadores del Acta 98-2009 de la Corte Suprema, como instrumento administrativo que permitió la normalización de

la justicia de familia, ya entregaba elementos de adecuación de la intervención de personas en los procesos que ya se contenían en soportes digitales por aplicación del Acta 91-2007, de forma que, salvo en algunos casos, las modalidades de la tramitación digital de la Ley 20.886 han calzado claramente con una operatoria ya establecida.

En los Juzgados de Familia de Santiago existen, desde el año 2009, cuatro Centros de Apoyo, el Centro de Medidas Cautelares, el Centro de Ingreso de Demandas y Escritos, la Unidad Centralizada de Cumplimiento y el Centro de Atención de Asuntos de la Familia. Operadores han reportado que el primer impacto de la ley se observó en el Centro de Ingreso de Demandas y Escritos, ya que dejaron de recibir aquellos escritos físicos, bajando su carga de trabajo en a lo menos un 50%.

El Centro de Atención de Asuntos de la Familia es pionero del Poder Judicial, fue creado por la especial circunstancia de las materias que se ven en familia y la gran cantidad de usuarios que acuden a los cuatro Tribunales en Santiago, que abarcan la mayor cantidad de comunas del gran Santiago, y está destinado a informar y orientar a los usuarios, utilizando formularios tipos que son llenados por los propios funcionarios con un lenguaje más técnico y firmados luego de que el usuario este de acuerdo. Respecto a estas comparencias, son agregadas al sistema por funcionarios del Centro de Ingreso de Demandas y Escritos al SITFA. La ley solo disminuyó un porcentaje menor de la carga de trabajo de este Centro, lo que es demostrativo de que las excepciones tienen aplicación total en las materias propias de la justicia de familia, especialmente en materias como los alimentos, relación directa y regular, y temas de violencia o proteccionales.

En igual sentido, el Centro de Medidas Cautelares de Santiago contempla en su unidad de atención de público plantillas y prospectos tipo para registrar las solicitudes de víctimas, quienes deben acudir directamente al Centro, sin necesidad de enviarse por el portal web, usando plantillas o textos pre definidos. Si la causa está en tramitación y se solicitan medidas cautelares urgentes, o son atendidos directamente en audiencia o se registra la solicitud para ser incorporada directamente en el sistema informático.

De esta forma, las prácticas que se imponen a los usuarios de tribunales familia de usar el portal web en temas de urgencia, relevancia social, o bien altamente estandarizados, no resultan convenientes a la luz de las excepciones

“los esfuerzos más bien deben ir orientados en educar a las personas para revisar sus causas por el sistema”

que se han indicado y los esfuerzos más bien deben ir orientados en educar a las personas para revisar sus causas por el sistema, de forma de mantenerlos al día en su causa evitando la concurrencia innecesaria al Tribunal, más que exigir de antemano presentaciones en línea, las que serán una consecuencia posterior a una adaptación al uso de las herramientas informáticas.

El Poder Judicial, por tanto, en el caso de los Juzgados de Familia de Santiago, de Pudahuel y los Centros de apoyo, ya ha internalizado prácticas y modelos de trabajo que suponían cobijar a las personas que, por diversas circunstancias, no tienen acceso material a medios tecnológicos para acceder a un sistema digital, cobrando plena validez en esos casos las excepciones contenidas en la ley, cuya extensión necesariamente debe ser comprendida en los planes de trabajo anual a que se refiere el Capítulo IV del Acta 71-2016, en el art. 18 letra e).

“ya ha internalizado prácticas y modelos de trabajo que suponían cobijar a las personas que, por diversas circunstancias, no tienen acceso material a medios tecnológicos para acceder a un sistema digital”

La modalidad de proceso digital supone necesariamente, para algunas judicaturas, un ejercicio de criterio y entendimiento con un usuario que muchas veces no puede comprender a cabalidad la idea de proceso, o que afectado por circunstancias especiales – incluso violencia- está lejos de hilvanar ideas en soporte digital y requiere de una atención especialmente profesional y comprensiva que asegure la adopción necesaria de medidas de resguardo o protección al interés jurídico que le aqueja.

PEDRO ENRIQUE GARCÍA MUÑOZ
Juez Titular de Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Santiago



ABORDAJE DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: UN DESAFÍO EN SERIO

Escribir acerca de la violencia contra las mujeres en nuestro país parece algo sencillo. Pronunciar aquella expresión con disgusto y hacer anuncios de mejoras para la situación de las mujeres víctimas también. Pero lo cierto es que en Chile enfrentamos una realidad mucho más compleja que el mero uso de aquella expresión, que suele ser utilizada sin dotarla del contenido necesario y sin que implique, muchas veces, un compromiso real con su erradicación.

Parece necesario, entonces, iniciar estas líneas refiriendo lo que podemos entender por violencia contra las mujeres, considerándola como una de las expresiones más claras de la violencia de género. Así, las Naciones Unidas han definido la violencia contra las mujeres como “todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada” estimándose, por la Organización Mundial de la Salud, que un 35% de las mujeres del mundo, o sea, una de cada tres, ha sufrido violencia física y/o sexual por parte de su pareja o violencia sexual por parte de terceros durante su vida (Organización Mundial de la Salud, 2013).

De la sola lectura de este concepto podemos entender cómo Chile carece hoy de las herramientas de prevención, investigación, protección, juzgamiento y erradicación suficientes para hacer frente a una realidad dramática, que violenta, y que sigue siendo minimizada o invisibilizada.

“Chile carece hoy de las herramientas de prevención, investigación, protección, juzgamiento y erradicación suficientes para hacer frente a una realidad dramática, que violenta, y que sigue siendo minimizada o invisibilizada”

Desafortunadamente, nuestro país, a pesar de haber suscrito instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las For-

mas de Discriminación Contra la Mujer, CEDAW y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Belém Do Pará, no ha logrado integrar en la legislación interna, aquellas obligaciones contraídas, limitándose a tener como marco regulatorio central la ley que establece la violencia intrafamiliar N° 20.066, que, como se deduce de su propia denominación, da cuenta de una legislación “familista”, que encajilla y restringe la violencia a la que se ven expuestas las mujeres solo a aquellos actos cometidos en su contra por determinadas personas, con quienes mantienen ciertas relaciones de parentesco o de vínculo específico definido por la ley (art. 5 LVIF), sin permitir considerar, como objeto de persecución penal específico, todas aquellas formas de violencia contra la mujer que día a día se reproducen en nuestro país y cuya existencia no hemos sido capaces de erradicar.

No hay, entonces, un reconocimiento real de los derechos de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. Tampoco se les ha reconocido expresamente la calidad de “sujetas de derecho”, con sujeción a las normas internacionales. Así, a pesar de las obligaciones previstas por las Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que en su artículo 1° indica que “a los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en

“No hay, entonces, un reconocimiento real de los derechos de las mujeres a vivir una vida libre de violencia”

el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”, siguen existiendo normas que privan a las mujeres de esta exigible igualdad.

Si bien nuestra Constitución Política de la República efectivamente incluyó como principio fundamental la igualdad ante la ley para hombres y mujeres, lo cierto es que el cumplimiento específico del artículo 2° de la CEDAW tampoco es tal, toda vez que este exige que los Estados Partes condenen la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y se comprometan a “a) *Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio*”, siendo entonces la mera declaración constitucional del principio insuficiente si no se propician los mecanismos necesarios para que aquel tenga efectividad y las mujeres puedan ejercerlo de manera concreta y real.

Lo anterior se ratifica, además, al observar que tampoco se ha podido cumplir con efectividad el mandato de la Convención Belém Do Pará, que fija un marco de exigencias al Estado respecto a lo que debemos entender por violencia contra la mujer y, por tanto, impone las obligaciones asociadas a los actos que debemos prevenir, sancionar y erradicar, contemplando en su artículo 1° que, “*para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”. Mientras que en su artículo 2° refiere, expresamente, que entenderá por violencia contra la mujer aquella **violencia física, sexual y psicológica**: “*a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra*”.

Para concluir esta breve referencia a la regulación internacional, vale la pena consignar que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena, en el año 1993, *reconoció la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos*, instando a nombrar un Relator o Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer en la Declaración y Programa de Acción de Viena, lo que venía a reforzar, ya en esa época, la necesaria preocupación que los Estados debían tener por esta manifestación de la violencia de género.

Concluido este análisis, se hace aún más necesario preguntarse si en Chile hemos sido capaces de proteger adecuadamente a las mujeres de cualquier tipo de discriminación y de expresiones violentas cometidas en su contra, por el solo hecho de ser mujeres.

Parece evidente que, sin desconocer los avances y el trabajo intersectorial estatal realizado en este ámbito, no hemos logrado cumplir con el mandato. Al carecer nuestra legislación de una ley de protección integral que se haga cargo de proteger a las mujeres

de las distintas formas de violencia a las que se ven expuestas, sus derechos siguen siendo invisibilizados o minimizados, considerándose incluidos en expresiones proteccionales de la familia que promueven el desconocimiento de la violencia física, psicológica y sexual que se cometa en su contra por hombres con quienes no tengan un vínculo conyugal o de convivencia, o de otros tipos de violencia que deben enfrentar, como la obstétrica, la económica, la conexas, etc., perpetuando la concepción social de que estos hechos no debieran implicar la intervención del Estado, lo que se traduce, finalmente, en la imposibilidad de abordar la violencia contra las mujeres, en tanto violación de derechos humanos, con la integralidad, seriedad y responsabilidad que debiera involucrar.

Lo anterior hace comprender que el desafío que enfrentamos, todas y todos quienes nos hemos comprometido con esta causa, es difícil pero motivante, pues por una parte necesitamos promover, con sentido de urgencia, el cambio cultural que permita dejar de naturalizar todos los tipos de violencia contra las mujeres y, por otra, necesitamos instar por la generación normativa de una ley integral contra la violencia de género, que incluya todas las manifestaciones de violencia contra la mujer existentes y que, además, exija a los órganos del Estado que deben prevenir, investigar, intervenir, proteger y juzgar estos hechos, la formación especializada de sus miembros en violencia de género.

Lograr el cumplimiento de los dos objetivos previamente indicados constituye una meta ambiciosa, pero su ejecución permitiría impactar positivamente, por una parte, en la disminución de hechos de

“Al carecer nuestra legislación de una ley de protección integral que se haga cargo de proteger a las mujeres de las distintas formas de violencia a las que se ven expuestas, sus derechos siguen siendo invisibilizados o minimizados”

“necesitamos instar por la generación normativa de una ley integral contra la violencia de género, que incluya todas las manifestaciones de violencia contra la mujer existentes y que, además, exija a los órganos del Estado que deben prevenir, investigar, intervenir, proteger y juzgar estos hechos, la formación especializada de sus miembros en violencia de género”

violencia contra la mujer que hoy se siguen produciendo en razón de la concepción social vigente que, basada en los cimientos de nuestra sociedad patriarcal, considera que esas acciones no son ni jurídica ni socialmente reprochables y, por otra, que en aquellos casos en que no se logre evitar la ocurrencia de hechos de violencia contra la mujer, las mujeres víctimas dejen de ser cuestionadas, culpabilizadas, estereotipadas, discriminadas y vulneradas en sus derechos por los distintos operadores del sistema penal, permitiéndoles acceder, de manera efectiva, a la garantía fundamental de la justicia.

Para hacerme cargo del segundo de los objetivos, me resulta necesario graficar, de un modo muy básico y sencillo, la necesidad de entender que en el funcionamiento del sistema de enjuiciamiento criminal las mujeres no son el problema, definitivamente el “culpable” es el sistema. Sostengo lo anterior por varias razones, pero solo hare referencia a las que considero tienen mayor incidencia, siendo estas:

“en el funcionamiento del sistema de enjuiciamiento criminal las mujeres no son el problema, definitivamente el “culpable” es el sistema”

a) El sistema, al carecer de operadores lo suficientemente especializados y conocedores de la fenomenología de la violencia de género, desconoce uno de los elementos centrales de análisis en relación con estas víctimas, qué les ocurre o les debe ocurrir para que logren, finalmente, tomar la decisión de denunciar la violencia.

b) Si las mujeres víctimas de violencia, a pesar del duro y muchas veces costoso proceso que involucra la denuncia, logran realizarla, lo que el sistema hace de manera usual a través de sus operadores, es cuestionarlas, minimizar sus dichos, normalizar sus vivencias y, en definitiva, volver a maltratarlas.

c) Si esas mujeres víctimas se están enfrentando a un sistema violento, su reacción natural, esperable de cualquier persona, es alejarse de este. Lo complejo de este alejamiento es que tiene, al menos, dos vertientes. Una alternativa es que se aleje del sistema pensando que “en realidad” su vivencia “no era para tanto” y que el sistema está pensado para cosas “realmente graves”, no para lo que “ella ha vivido”, pero decidida a que si vuelve a ser víctima de violencia denunciará y esperará saber si esta vez su vivencia tiene la suficiente gravedad para el sistema penal. Esta opción, dentro de lo complejo del escenario, parece no ser tan grave como la que a continuación describiré; finalmente esta víctima igual persistirá en su intención de denunciar y buscará verificar si esta vez “califica” para el sistema. Lo que puede pasar, y que constituye una alternativa que resulta aún más preocupante, es aquella que implica que el actuar del sistema genera en la mujer víctima una decepción e inseguridad tal respecto de la eficacia del sistema que, lisa y llanamente sus vivencias – únicas o reiteradas – de

violencia, las calla y guarda, impidiendo cualquier acción estatal que pudiera generar alguna protección a su favor, sumándose a la cifra negra de mujeres que viven sumidas en la violencia permanente pero que jamás se atreverán o volverán a denunciar.

d) El sistema demanda, prácticamente como un requisito básico para sostener la imputación en un proceso penal por violencia contra la mujer, la comparecencia de esta en la etapa de investigación y juzgamiento. Esta exigencia no debiera ser tal, menos si consideramos que nuestro Código Procesal Penal hace aplicable, tanto a los hechos comunes como a aquellos de violencia contra la mujer (regulados a través de la LVIF) una norma según la cual si el testigo (víctima) tiene una relación de parentesco con el imputado, o es conviviente de él, puede abstenerse de declarar. Esa falta de regulación específica para casos de esta naturaleza, en aquellos casos en muchas veces las víctimas temen, además, la reacción del agresor, presente en el juicio.

Es evidente que en relación con este aspecto crítico se requiere una modificación legal. Interesante resulta en este sentido lo que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, que permite que el juez acuerde, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, la adopción de medidas eficaces para que su testimonio y participación judicial sea protegido, protegiendo su identidad, o resolviendo que las actuaciones judiciales no sean públicas y que las vistas de los casos se celebren a puerta cerrada.

Los aspectos críticos analizados precedentemente dan cuenta de una realidad que, lamentablemente, se encuentra bastante extendida de nuestro sistema penal en su relación con las mujeres víctimas de violencia, por lo que ellos deben ser atendidos y resueltos con prontitud toda vez que, de no ocurrir, implicara incumplir, persistentemente, con el deber supra constitucional asociado a la sanción de este tipo de violencia, y a su abordaje sistémico evitando la impunidad.

Debemos avanzar, firme y decididamente, en lograr la implementación de las modificaciones legales que, transcurridos 16 años de vigencia de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, sean efectivamente capaces de satisfacer los estándares internacionales en derechos humanos respecto del tratamiento de la violencia contra la mujer, estándares que consideran, por cierto, la exigencia de especialización formal para todas y todos quienes se deban relacionar, cualquiera sea su rol, con las víctimas de esta violencia.

Para finalizar, solo quisiera relevar la intención que tienen estas líneas de llamar a una reflexión sobre nuestros desafíos como país, sobre nuestra necesidad de que las políticas públicas en materia de violencia contra la mujer pasen, efectivamente, del discurso a la acción, sobre la necesidad de que todos los organismos del Estado trabajen, conjuntamente, en la erradicación de la violencia de género sin atender solo a su sanción, promoviendo que todas y todos los ciudadanos de nuestro país tengan conciencia de género, que les haga comprender todo lo que involucra e implica este tipo específico de violencia, exigiendo a todo el que quiera o deba vincularse con víctimas de esta violencia la debida formación especializada

COLUMNA DE OPINIÓN

en la materia, logrando así brindarles a estas mujeres la atención, protección y apoyo que necesitan para evitar seguir naturalizando sus vivencias y, por supuesto, asumiendo con seriedad y responsabilidad que, para abordar la violencia contra la mujer, se necesitan recursos suficientes, no solo de las instituciones participes del proceso penal, sino que también de aquellas que deben intervenir en la reparación de las víctimas, que deben fortalecer y empoderar a las mujeres procurando sacarlas del círculo de violencia en el que se encuentran.

“El compromiso de todas y todos, con un país libre del flagelo de la violencia de género, es lo único que nos permitirá respetar los derechos humanos de todas y todos”

El compromiso de todas y todos, con un país libre del flagelo de la violencia de género, es lo único que nos permitirá respetar los derechos humanos de todas y todos.

PATRICIA MUÑOZ GARCÍA

Abogada de la Universidad Católica de Temuco
Magíster en Docencia Universitaria de la Universidad del Desarrollo
Gerenta de la División de Atención a las Víctimas y Testigos
Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile

NOVEDADES EDITORIALES

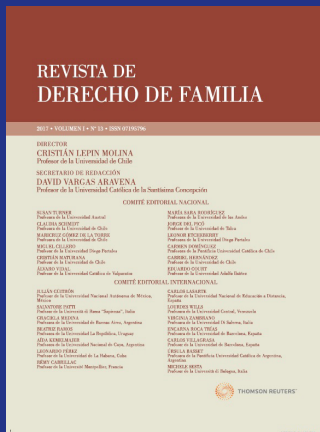
REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA N° 12, 2016

Director Prof. Cristián Lepin Molina, editorial Thomson Reuters.

Este número, de carácter regular, cuenta con tres secciones: Doctrina Nacional, que cuenta con los aportes del profesor Ricardo Pérez de Arce Molina, titulado “Improcedencia de la aplicación del apremio de arresto como apercibimiento para perseguir el cumplimiento de cuotas de compensación económicas impagas”; del abogado Cristián Riveros Silva, titulado “El artículo 206 del Código Civil, una mirada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” y del profesor Pablo Cornejo Aguilera, titulado

“Maternidad subrogada, interés del niño y orden público en materia de filiación internacional. Un difícil equilibrio”; Doctrina Internacional, que incluye los trabajos de la profesora de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), doctora. Graciela Medina, titulado “Principios del Derecho de Familia”, y de la profesora de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México), Sandra Ceballos Torres titulado “México y las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño-ONU. Crónicas de realidades y retos anunciados”. Para finalizar, la revista incluye la sección de Jurisprudencia, que recopila y sistematiza los fallos judiciales de Corte Suprema y Cortes de Apelaciones más relevantes del segundo semestre 2016.





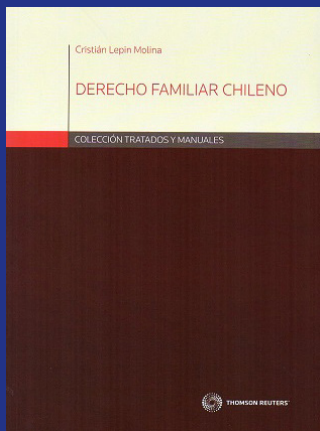
REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA N° 13, 2017

Director Prof. Cristían Lepin Molina, editorial Thomson Reuters.

El número monográfico de la Revista está dedicado a la Violencia Intrafamiliar, presentando seis artículos de Doctrina Nacional e Internacional, además de una selección de los fallos más destacados de la materia provenientes de nuestra Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Cortes de Apelaciones.

En Doctrina Nacional, encontramos los aportes de la magistrada Jessica Arenas Paredes, titulado "Femicidios en la Región Metropolitana durante el año 2014. Datos que configuran un

fenómeno"; del doctor Juan Pablo Mañalich Raffo, denominado "¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?"; de la doctora Lidia Casas Becerra, titulado "El concepto de violencia en los tribunales de familia"; del profesor René Núñez Ávila "La violencia intrafamiliar: cómo el Estado chileno debe superar las infracciones a los tratados internacionales"; y del magistrado Arturo Klenner Gutiérrez, titulado "La necesidad y obligación de cautela en violencia intrafamiliar". En Doctrina Internacional, para finalizar, se incluye el trabajo de la profesora de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de la Universidad Austral (Argentina), doctora Úrsula Basset, titulado "La violencia doméstica en escrutinio: entre teorías y realidad".



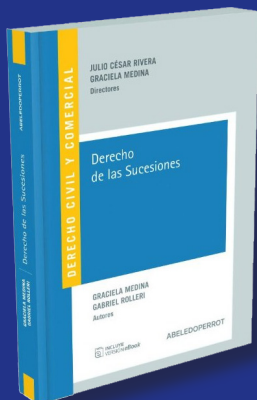
DERECHO FAMILIAR CHILENO

Autor Prof. Cristían Lepin Molina, editorial Thomson Reuters, 2017.

Esta obra realiza un completo análisis de los profundos cambios experimentados por la regulación de las relaciones familiares en las últimas décadas. Así, los constantes cuestionamientos al concepto de familia, la influencia de los derechos humanos, los postulados sobre la autonomía del Derecho Familiar, su regulación especial, los principios que gobiernan la disciplina y la judicatura especializada, dan cuenta de variaciones

no avizoradas por los tratadistas clásicos de esta materia, las que deben ser reflejadas en la dogmática jurídica, contribuyendo a la reflexión de los distintos operadores del Derecho.

La estructura de esta obra, en cada una de sus secciones, ha tratado de considerar la más reciente doctrina y jurisprudencia, con una especial aproximación a los aspectos procesales de la materia; y, con ello, modestamente aspiramos a poder entregar un texto que facilite el acercamiento de estudiantes, académicos, abogados y jueces de familia, al estudio del nuevo Derecho Familiar chileno.



DERECHO DE LAS SUCESIONES

Autores Dra. Graciela Medina y Prof. Gabriel Rrolleri, enmarcada en la Colección de Derecho Civil y Comercial, dirigida por los profesores Dr. Julio Cesar Rivera y Dra. Graciela Medina, editorial Abeledo Perrot, 2017.

Obra argentina que, a través de un análisis exegético, analiza todo el Derecho de las Sucesiones en la Argentina, comprendiendo su parte

general, los tipos de sucesiones, la capacidad, la cesión, la responsabilidad de los herederos y legatarios, entre otras materias relevantes; brindando, de una manera clara y práctica, en un solo tomo, los alcances de los cambios provocados por la reforma introducida por el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo que contribuye a que obra sea una publicación de consulta constante para jueces, abogados y estudiantes, a quienes brinda una mirada acabada de esta área del derecho.



COMODATO, PRECARIO Y RELACIONES

FAMILIARES. COMENTARIO SENTENCIA

CORTE SUPREMA ROL INGRESO

27.191-2015, DE 03 DE ENERO DE 2017

El proceso en que se dicta la sentencia objeto del presente comentario se inicia por una demanda de precario intentada por la dueña del terreno, quien solicita la restitución del mismo dentro de tercero día, afirmando que sus actuales ocupantes – entre los cuales se encuentra su hija – hicieron invasión del mismo desde comienzos de 2013, permaneciendo en el lugar por su mera tolerancia hasta la fecha de la interposición de la acción. En su contestación, los demandados controvierten este último elemento de la acción, exponiendo que en realidad ellos viven en el predio cuya restitución se persigue en virtud de un permiso concedido por la propia actora, sin haber convenido un periodo para su devolución, cuestión que implica afirmar la existencia de un título para la detentación del mismo, fundado en un contrato de comodato precario perfeccionado al momento en que efectuó la entrega del mismo.

Habiendo sido acogida la demanda por sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Illtma. Corte de Apelaciones de Valdivia, los demandados recurren de casación en el fondo ante la Excma. Corte Suprema, denunciando infringidos por artículos 2174 y 2195 del Código Civil, recurso que en definitiva fue acogido por resolución de fecha 03 de enero de 2017.

De esta resolución, existen al menos dos aspectos que resultan interesantes. El primero de ellos, referido a la forma en que la Excma. Corte desarrolla los contornos de una acción cuyo nacimiento se debe en gran medida a la práctica jurisprudencial. El segundo, de orden más bien práctico, a las cuestiones probatorias que están involucradas en esta clase de conflictos y a las vías a que pueden recurrir los abogados con miras a evitar los problemas de calificación jurídica. Cada uno de ellos será analizado en forma separada.

Es una cuestión generalmente señalada por la doctrina, que la acción de precario corresponde a un desarrollo jurisprudencial que ha permitido definir sus contornos (Rostián. 2013. 5 ss.; Orrego, 2015, 202 ss.). Pues bien, dentro de esta comprensión de la figura, existe un elemento que resulta determinante al momento de referirse a los requisitos para la interposición de la acción: pese a su ubicación sistemática, en el Título XXX del Libro IV del Código Civil, el pre-

rio ha sido entendido funcionalmente como acción protectora del dominio que puede intentar el dueño (legitimado activo) que se encuentra privado de la tenencia material de un determinado bien, en contra de la persona que se encuentra actualmente detentándolo (legitimado pasivo), sin contar para ello con un título que justifique su tenencia (pues en tal caso, la restitución del bien debe intentarse a través de la acción que corresponda según cuál sea ese título) y sin afirmar la calidad de poseedor sobre dicho bien (pues en tal caso, la acción que corresponderá intentar será la reivindicatoria).

Esta forma de comprensión de la acción tiene un correlato con los hechos que deben ser acreditados en el proceso, entendiéndose que quien intenta la acción tiene la carga de acreditar que es el dueño del bien cuya restitución demanda (para lo cual se valdrá normalmente de la presunción establecida en el artículo 700 inc. 2° CC, acreditando la posesión inscrita del bien raíz), en tanto que la existencia de un título que justifique la tenencia deberá ser acreditada por el demandado.

En los considerandos sexto a octavo de la sentencia en comento, la Excma. Corte retoma estas distinciones, separando, por una parte, las relaciones obligacionales que nacen de la cesión temporal y gratuita de un bien determinado, con cargo de restituirlo al vencimiento de un determinado plazo (comprendidas dentro de la figura del contrato de comodato) o bien, en cualquier tiempo, bajo la sola petición del comodante, al término de un servicio específico para el cual ha sido entregada, o en general, cuando no se ha pactado plazo alguno (comprendidas dentro de la figura, también contractual, del comodato precario); de aquellas donde no existe acuerdo de voluntades alguno que permita afirmar la existencia de un contrato, como ocurre en el caso del precario, en que la detentación constituye una mera situación de hecho. En este sentido, se afirma en los considerandos noveno y décimo de la sentencia en comento:

“Noveno: Que, por lo demás, la ley consagra una figura sui generis en el inciso segundo del citado artículo 2195 cuando preceptúa: ‘Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.’ Se

contempla así una simple situación de hecho, mediante la cual una persona sin anuencia del propietario y debido a su mera tolerancia o ignorancia, y sin título alguno que lo justifique mantiene en su poder una especie ajena determinada. Luego, salta a la vista que no desarrolla en un contexto contractual, ni configura una variante del contrato de comodato, desde que la tenencia material que lo identifica se halla desprovista de vínculo jurídico con el dueño del bien, de modo que reposa exclusivamente en la ignorancia o simple tolerancia.

Décimo: Que de ello fluyen de inmediato las principales diferencias entre el contrato de comodato, sea puro y simple o precario y, el precario en sí. Entonces, como se anticipó, no cabe duda acerca del carácter contractual de aquél y, como tal fuente de derechos y obligaciones, consistentes en la entrega de un objeto específico por el comodante al comodatario, con el designio que éste la emplee y después lo reintegre y, de éste, el propósito de recibir la cosa para luego retornarla; puede recaer en un bien ajeno; la acción para pedir la devolución es personal y sujeta a un plazo de prescripción. En cambio, en el precario, no media convenio, sino una mera situación de hecho no contractual, según se desprende del tenor del inciso segundo aludido, que habla de la 'tenencia' de cosa ajena 'sin previo contrato'; requiere que el actor sea dueño de la especie cuya restitución reclama y contiene una acción real, que deriva del derecho real de dominio y prescribe con arreglo al artículo 2517 del Código Civil".

Con todo, esta no es la única forma posible de concebir la institución en estudio. En este sentido, para poder sostener una segunda lectura de esta institución, basta considerar la ubicación sistemática que ocupa la figura del precario – en el mismo título en que se regula el contrato de comodato –, y el texto del artículo 2195 inciso 2° CC, que expresamente dispone que "*Constituye también precario...*" esta mera situación de hecho, haciendo referencia a la figura del [comodato] precario, regulada en el inciso primero de la misma disposición.

Sobre esa base, resulta perfectamente factible cuestionarse esta interpretación tradicional, como lo hace el profesor Atria (Atria. 2005. 29 ss.), entendiendo que el Código extiende una regulación contractual a una simple situación de hecho, en el entendido de que existe una semejanza suficiente con la figura del [comodato] precario, que justifica un sometimiento a las mismas reglas.

El interés que presenta este cuestionamiento no se circunscribe a una mera cuestión teórica acerca de cuál es la naturaleza de la figura. Por el contrario, es una discusión cuya relevancia práctica puede ser fácilmente advertida en casos como el resuelto en la sentencia en comento: como bien se puede apreciar, la invocación del comodato precario como un título para excluir la aplicación de las reglas del precario aparece como una cuestión formal, que en caso alguno implica desconocer que los demandados tienen la obligación de restituir e incluso, que dicha obligación debe ser cumplida en cualquier momento, ante la sola petición del comodante, sin contar los demandados con el beneficio de un plazo. Dentro de ese orden

de ideas, cabe preguntarse, ¿resulta en verdad determinante que la demanda se haya fundado en el inciso 2° del artículo 2195, en lugar de haberlo hecho en el inciso 1°?

Como se puede apreciar, la determinación de la naturaleza de la acción es una cuestión que tiene relevancia en la práctica, desde el momento que puede facilitar la labor del tribunal, en la medida que se reconozca que este último cuenta con facultades para revisar y corregir el fundamento normativo de la misma, en virtud del principio *iura novit curia*. Incluso, resulta llamativo que la Excm. Corte haya tenido presente este principio al momento de dictar la sentencia de reemplazo, exponiendo en el considerando segundo de la misma que "*...compete con exclusividad al organismo jurisdiccional practicar la calificación jurídica de los hechos en que se asienta la demanda y señalar el derecho aplicable, conforme con la máxima reconocida como iura novit curia, dado que en un conflicto como el actual, es preciso decidir el asunto sobre la base de la petición planteada y de su fundamento inmediato, con prescindencia de los pareceres propuestos por los contendientes*".

Considerando una segunda lectura de la institución, que la interprete dentro del ámbito de las relaciones contractuales, podría facilitar un ejercicio como el señalado, en la medida que el objeto pedido – la restitución de la propiedad detentada por un tercero – reconozca como causa de pedir la aplicación de las reglas del comodato precario, sea porque existe una relación contractual, sea porque el legislador así lo dispone, con miras a dotar de una regulación a una determinada situación fáctica. Sin embargo, no es una cuestión simple. Ni siquiera en el caso en comento. Esto, por cuanto un ejercicio como el señalado presenta importantes problemas desde la perspectiva de lo discutido durante el transcurso del proceso.

En efecto, baste para ello con considerar la influencia que tiene la actual concepción acerca del precario y las distinciones que suelen efectuarse en relación con las restantes figuras contractuales tratadas en el mismo título, no solo en la forma en que se resuelve el conflicto sometido al conocimiento del tribunal, sino también en la forma en que las partes plantean sus pretensiones y defensas, y respecto de todos aquellos hechos que se consideran como controvertidos. Sin ir más lejos, mientras en un proceso de restitución fundado estrictamente en las reglas del comodato precario corresponderá al demandante afirmar y probar la existencia de un contrato real – resultando superfluo el que sea o no dueño de la cosa –, en el contexto de un juicio de precario el hecho por excelencia que deberá acreditar es su calidad de dueño de la cosa cuya restitución demanda. Por lo tanto, es posible señalar que en un caso como el descrito, existe un serio riesgo de dictar una sentencia incurriendo en *ultra petita* y afectar el principio de congruencia procesal, garantía del debido proceso.

Precisamente, esta es una de las cuestiones que pudo haber considerado la Excm. Corte para efectos de invocar el principio *iura novit curia* y acto seguido rechazar la demanda por entender que estaba mal planteada por sustentarse en un estatuto jurídico inaplicable, pues los hechos asentados durante las instancias, acorde con lo

que se suele discutir en un juicio de precario, recayeron primeramente en cuestiones relacionadas con el dominio, a través de la prueba de la posesión inscrita; en un razonamiento que se encuentra acorde con lo resuelto por el máximo tribunal con fecha 1 de julio de 2011 (SCS Rol 7149-2010), donde la Excm. Corte casó una sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, por haber sido esta dictada en *ultra petita*, ya que el tribunal de alzada extendió su decisión a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, al acoger una demanda de precario argumentando que se acreditó entre las partes la celebración de un contrato de comodato precario, resultando en consecuencia procedente la restitución inmediata de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2195 inc. 1º del Código Civil, razonando sobre la base de una acción distinta a la intentada en autos, cuestión que implicó una alteración de la causa de pedir de la demanda. Siguiendo este mismo razonamiento, la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica resolvió acoger un recurso de apelación interpuesto por la demandada, en sentencia dictada con fecha 18 de junio de 2012 (SCA Arica. Rol. 137-2012), por considerar que no habiéndose acreditado la entrega de la cosa que perfecciona el contrato de comodato precario – siendo este un hecho controvertido –, corresponde rechazar la demanda, sin poder recurrir a la figura del precario, toda vez que en virtud del principio dispositivo y del resguardo del deber de congruencia, no procede que la Corte modifique la causa de pedir de la demanda, accediendo a una acción de restitución basado en las reglas del comodato, en circunstancias que no se ha invocado, ni acreditado la existencia de dicho contrato.

En los términos expuestos, resulta inconcuso que para la Corte la acción de restitución fundada en el comodato precario y la acción de restitución fundada en el precario son dos acciones diversas, con causas de pedir distintas, las cuales resultan hasta cierto punto, incompatibles entre sí: si existe un contrato de comodato que sirva de título que justifique la tenencia, nunca podrá hacerse lugar a la acción de restitución fundada en el artículo 2195 inc. 2º CC (Rostión. 2013. 66 ss). Por lo mismo, surge la siguiente interrogante: ¿cuándo estamos en presencia de un contrato de comodato?

En el caso *sublite* la respuesta a esta interrogante fue respondida por la Excm. Corte considerando el especial vínculo de parentesco que existe entre la demandante y la demandada: así, entendió que la demandante (madre) consintió en la toma del lote de terreno por parte de la demandada, produciéndose esta situación por su aquiescencia, cuestión que queda bien reflejada en el considerando décimo sexto, al afirmarse que “...el hecho que la actora haya consentido a los demandados hacer uso de la vivienda para residir en ella, si se observa la relación madre hija que media entre ambas, lazo parental que razonablemente presta asidero a la alegación de un consenso generador de la obligación de reintegro, incompatible con la simple aceptación pasiva al ingreso de los demandados...”, de manera que “...los demandados no permanecen en el recinto por un mero hecho, presupuesto constitutivo de simple precario, sino que en razón de una aquiescencia de la madre de la demandada y dueña del lugar” (17º). Sobre esa base, la Excm. Corte concluye en el considerando cuarto de la sentencia de reemplazo “que en desmedro de los dichos de la demandante, la toma del terreno por los demandados no puede

tildarse como un simple precario, acreditado como está que ella consintió que su hija habitara la casa y se la entregó para tales fines, sin fijar un plazo de restitución, afirmación que descarta de plano que la ocupación se llevara a cabo sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia de la dueña, como lo exige el requisito final de procedencia de la acción de precario”.

Como bien se puede apreciar, en los considerandos citados la Excm. Corte tiene por acreditada la existencia del contrato, recurriendo al vínculo familiar que une a las partes del mismo para efectos de calificar su voluntad, en una solución que resulta bastante compleja. En efecto, ¿basta que la ocupación de una propiedad se produzca por la aquiescencia de su dueño, para afirmar la existencia de un comodato?, ¿qué ocurre con la voluntad de la otra parte, en orden a celebrar el contrato?, o bien, ¿qué diferencia existe entre la aquiescencia o el consentimiento del dueño y su mera tolerancia? Finalmente, y más importante, ¿esa voluntad –incluso, entre familiares– puede sustituir a la existencia de la tradición de que habla el artículo 2174 CC? Estos problemas prácticos dan cuenta de hasta qué punto una lectura de la acción de precario dentro de las acciones reales es problemática, y constituyen un antecedente relevante a considerar dentro de su reposicionamiento sistemático, junto a las acciones personales del comodato.

Por lo pronto, queda una cuestión práctica de relevancia en duda: ¿qué hacer en caso que se ha permitido la entrada de un hijo, de un cónyuge o de algún ascendiente a una propiedad?, ¿qué acción intentar?

Pareciera que someterse a una de las dos opciones genera importantes riesgos debido a los eventuales problemas relacionados con las consecuencias de tener o no por acreditado el contrato en cada uno de los juicios. Frente a ello, pareciera que la opción más responsable des-

“la Excm. Corte tiene por acreditada la existencia del contrato, recurriendo al vínculo familiar que une a las partes del mismo para efectos de calificar su voluntad, en una solución que resulta bastante compleja”

“¿qué hacer en caso que se ha permitido la entrada de un hijo, de un cónyuge o de algún ascendiente a una propiedad?, ¿qué acción intentar?”

“pareciera que la opción más responsable desde una perspectiva forense es reconocer la incompatibilidad que existe entre ambas acciones e intentarlas en forma subsidiaria”

de una perspectiva forense es reconocer la incompatibilidad que existe entre ambas acciones e intentarlas en forma subsidiaria, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, interponiendo la acción de precario para el evento que el tribunal no tenga por acreditado el contrato de comodato en que se funda la acción principal. Lo anterior, por cuanto el inciso 2° de la citada disposición admite esta pluralidad inicial de acciones en la medida que se solicite sean resueltas "...una como subsidiaria de la otra" y a que, incluso, se trata de acciones que se encuentran sometidas al mismo procedimiento.¹

1. En este sentido, v. Orrego, pp. 245 y ss.: "en cambio, el comodato precario y el precario no difieren, en cuanto al procedimiento aplicable al juicio en que se demande la restitución o entrega de la cosa. Por mandato del art. 680, N°6 del CPC., se aplicará al juicio de comodato precario el procedimiento sumario. A su vez, se ha entendido que el juicio de precario se tramita también de acuerdo a las normas del juicio sumario, por considerarlo subsumido en la regla general del citado art. 680, inc. 1, [...]".

BIBLIOGRAFÍA

- Atria Lemaître, Fernando (2005), "Derechos reales", *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*.
- Orrego Acuña, Juan Andrés (2015), *Los contratos reales*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Finis Terrae.
- Rostián Casas, Ignacio (2013), *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.

PABLO CORNEJO AGUILERA
Profesor de Derecho Civil
Universidad Alberto Hurtado

RECOMENDAMOS EN LA WEB

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA, NÚMERO 5.TER (EXTRAORDINARIO), DICIEMBRE 2016



Revista semestral internacional del Instituto de Derecho Iberoamericano, dirigida por el Dr. José Ramón de Verda y Beamonte, la cual publica artículos doctrinales originales sobre materias de actualidad y relevancia en el ámbito del Derecho Privado, dirigida a juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.

En este número se recoge el análisis de autores y profesores de países como España, Portugal, Italia, Argentina y Chile, entre los que destacan los comentarios de María Fabiana Compiani, Marcelo Barrientos Zamorano, Pablo Girgado Perandones, Giovanni Berti De Marinis, María Inés de Oliveira Martins, etc.

<http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/AJI-n%C2%BA-5-Ter2.pdf>



1. ¿CONSIDERA PROCEDENTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO FAMILIAR CHILENO?

La pregunta es amplia. Me referiré a eventuales hipótesis de responsabilidad civil por incumplimientos de deberes conyugales que den lugar al divorcio por culpa.

El recordado y querido profesor René Ramos Pazos afirmaba que en este ámbito

de la regulación de las relaciones interpersonales se encuentran obligaciones o deberes de contenido eminentemente ético – como ocurre con los deberes conyugales personales, tales como la fidelidad o la cohabitación –, cuyo cumplimiento queda entregado esencialmente a la consciencia de las personas y a sus modelos de relación familiar “porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social”.

La lúcida afirmación del profesor Ramos Pazos parte de una constatación: la ley no puede obligar a las parejas a seguir queriéndose, a quererse de una determinada forma o impedir que uno de ellos dirija su amor hacia un tercero.

Por esto, los deberes conyugales de contenido netamente personal (como la fidelidad o la cohabitación) no son susceptibles de cumplimiento forzado o de indemnización de perjuicios por incumplimiento (responsabilidad civil). Son deberes jurídicos, desde el momento en que se encuentran en la ley, pero su contenido es eminentemente ético, tal como afirmaba el profesor René Ramos.

Lo anterior es sin perjuicio de que estos deberes conyugales tengan asociados otros efectos jurídicos, descritos específicamente en la ley, para el caso de inobservancia. La ley, por ejemplo, no puede obligar a las parejas a guardarse fe (porque es una cuestión que va más allá de su función y de sus posibilidades), pero sí permite poner término al vínculo por divorcio si la infidelidad es grave y reiterada, o a pedir la separación judicial en tales casos.

Todos esos efectos jurídicos del incumplimiento de deberes matrimoniales están específicamente descritos en la legislación. Ellos responden a principios, reglas y modelos de sanciones apropiados para el derecho de las familias y que difieren radicalmente de aquellos previstos para el derecho civil patrimonial (como la responsabilidad civil), que no resultan aplicables de manera supletoria.



1. ¿CONSIDERA PROCEDENTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO FAMILIAR CHILENO?

Si. Creo que las normas de responsabilidad civil, sus principios y reglas, comprenden todo el ordenamiento jurídico, incluido el derecho familiar.

2. ¿CUÁLES SERÍAN LOS ARGUMENTOS PARA ACEPTAR O RECHAZAR LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL?

Soy partidario de aceptar la aplicación de las normas de responsabilidad civil al Derecho Familiar ya que, como he señalado, creo en la existencia de un principio general de responsabilidad, fundados en reglas tales como *alterum non laedere*, de indemnidad e integridad del daño, que inunda todo nuestro ordenamiento jurídico, incluido el derecho de familia, en la medida en que concurren los requisitos para ello, y no estemos frente a un escenario especialmente excluido o restringido de dicha aplicación (como acontece en el caso de los esponsales).

En este sentido, al revisar nuestro Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, y el resto del ordenamiento jurídico nacional en materia de derecho de familia, constatamos que no existe ninguna regla general que excluya la aplicación de las normas de responsabilidad civil a esta materia.

Así, y entendiendo que los deberes y derechos del ámbito del derecho de familia son verdaderos deberes y derechos jurídicos, sostengo que en el caso de que se incumpla un deber jurídico familiar, causando daño a otro, se deben seguir las mismas reglas que en el resto del ordenamiento jurídico, debiendo, en consecuencia, el infractor reparar el daño causado.

Además, el hecho de que los deberes y derechos jurídico familiares tengan un fuerte componente ético-moral, o no sean susceptibles de coercibilidad o posibilidad de cumplimiento compulsivo, no les priva de su juridicidad, ni con ello de su calidad de obligación jurídica. Consecuencia de esta afirmación, es que frente al incumplimiento de dichos deberes se producen efectos jurídicos, y si de ellos se causa un daño, no existe impedimento para aplicar el principio general de responsabilidad que obligue a su reparación.

De la misma forma, el hecho que estemos frente a deberes jurídicos imposibles de perseguir su cumplimiento forzadamente desde su inicio, no niega ni impide el ejercicio de la acción indemnizatoria, ya que esta situación no es exclusiva de los deberes jurídico familiares, sino que también se extiende a otros casos, como se observa en todas las obligaciones de hacer *intuito personae*, sin que por ello se les prive de su juridicidad o de la acción resarcitoria en caso de incumplimiento.

2. ¿CUÁLES SERÍAN LOS ARGUMENTOS PARA ACEPTAR O RECHAZAR LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL?

Son varios los argumentos que se ha esgrimido para aceptar y rechazar la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales.

Para aceptarla, se ha sostenido, en esencia, lo siguiente: el principio *alterum non laedere*; que los deberes conyugales serían obligaciones de pleno valor jurídico; que la especialidad del derecho de las familias, y las sanciones y efectos específicos que describe, no serían un obstáculo a la aplicación supletoria de las reglas de la responsabilidad civil; que la función reparatoria de la responsabilidad civil, y el principio de reparación integral del daño, debería conducir a indemnizar estos perjuicios considerando que la indemnización no es una sanción; que la misma aplicación de la responsabilidad civil al interior de la pareja permitiría, mediante su función preventiva, impedir la relajación de los comportamientos; que al interior de la familia se vislumbra con mayor necesidad la exigibilidad de comportamientos diligentes; y, por último, que la indemnización de perjuicios restituiría un valor al compromiso – en principio indisoluble – adquirido por el matrimonio.

Por su parte, los argumentos en contra pueden sintetizarse en los siguientes: las familias se constituyen por vínculos de cooperación y solidaridad que se debilitarían si se abre la puerta a las demandas de indemnización; el derecho de las familias responde a principios que se le son propios, donde no tendrían espacio estas figuras patrimoniales; el derecho de las familias ha establecido sanciones específicas para el incumplimiento de sus deberes, por lo que gravar a los familiares con la indemnización envolvería una doble sanción; si los deberes familiares no son susceptibles de cumplimiento forzado en naturaleza, no pueden ser objeto de una indemnización de perjuicios; existen molestias en la convivencia familiar que deben ser toleradas y permitir el ejercicio indiscriminado de la acción de perjuicios abriría la puerta para que casos de bagatela y sin mayor sustento jurídico se comenzaran a ventilar, provocando una sobrecarga innecesaria del sistema judicial; que se desincentivaría el matrimonio, producto de que los futuros contrayentes podrían verse expuestos no solo al divorcio sino también a acciones de indemnización; entre varios otros argumentos.

3. ¿CÓMO SE RELACIONARÍAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA Y LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL?

Tanto el matrimonio como la filiación se refieren a relaciones interpersonales que presentan una particularidad diversa a aquellas meramente patrimoniales, derivadas de los acuerdos (contratos), de los derechos reales (propiedad) y de los ilícitos civiles (responsabilidad extracontractual). Por ello, en la clásica tipología de los vínculos jurídicos efectuada por Domat, existe una oposición absoluta entre aquellos que provienen de relaciones “naturales” (emanadas del matrimonio y la filiación), y los restantes vínculos jurídicos.

Los vínculos emanados del matrimonio y de la filiación se fundan en realidades afectivas y biológicas particulares. Los cónyuges están unidos por afinidad sentimental (al menos, se supone, en la mayoría

De esta manera, existiendo un daño o perjuicio causado por incumplimiento de un deber jurídico familiar, se deben aplicar las normas de responsabilidad civil, a la cuales precisamente les atribuimos una finalidad resarcitoria, compensatoria o satisfactoria, según sea la naturaleza del daño causado: patrimonial o extrapatrimonial.

Por último, entendemos que esta posición es coherente con las reformas introducidas en nuestro derecho de familia, las que han producido una extensión del carácter contractualista de sus instituciones, lo que obliga a reinterpretar sus principios y límites conforme a la nueva concepción de la familia, la cual, hoy en día, pone su acento en la persona, en términos tales que la familia no significa la pérdida o renuncia de sus derechos individuales, hecho que es coherente con la protección que entrega la Constitución a la persona.

3. ¿CÓMO SE RELACIONARÍAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA Y LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL?

Como hemos señalado, hoy en día el centro del derecho es la persona, a quien se le reconocen derechos y protección, siendo la familia un medio para el desarrollo de esa persona, cuyos miembros se encuentran en un plano de igualdad.

Si bien al interior de la familia se reconoce que existe una autoridad paterna hacia los hijos, esa autoridad se ejerce en un plano de igualdad con respeto a los derechos que les asisten a los hijos como persona, al igual como acontece con los cónyuges, convivientes civiles, o pareja, eliminando toda prerrogativa o superioridad del uno sobre el otro.

Lo anterior significa que el hecho de pertenecer a una familia no conlleva una renuncia de sus derechos como persona, no crea un campo de inmunidad familiar que permita que sus miembros se puedan libremente dañar. Hoy en día, cuando el centro del derecho es la persona, los derechos que a ella se le reconocen son, y deben ser, protegidos también al interior de la familia, por lo que, si uno de sus miembros causa daño a otro, este tiene la obligación de resarcir el daño causado de la misma forma como lo tendría con cualquier persona, ya que los derechos de la persona no se renuncian, no se restringen, ni limitan por pertenecer a una familia.

4. ¿DE CONSIDERARSE PROCEDENTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA, BAJO QUÉ ESTATUTO CONSIDERARÍA LA RESPONSABILIDAD, CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL?

Admitida la responsabilidad civil al derecho de familia, sostenemos que los daños causados por incumplimiento de los deberes jurídicos familiares, de sus obligaciones jurídicas, se deben resarcir a través de la responsabilidad civil contractual, apoyados en que dichas normas no solo son aplicables cuando la obligación vio-

de los casos), las relaciones entre padres e hijos se sustentan en su parentesco biológico y también en el afecto recíproco.

Eso hace que sus principios sean diversos a los que gobiernan las relaciones patrimoniales. Las relaciones entre cónyuges, como las relaciones entre padres e hijos, se fundan, en esencia, en los principios de igualdad, de solidaridad familiar, de respeto recíproco y de protección del interés superior del hijo y del cónyuge menos favorecido. Así, por ejemplo, las relaciones al interior del matrimonio se estructuran en el respeto recíproco, la igualdad entre cónyuges y la protección del cónyuge pobre. Así también las relaciones filiales se basan en la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en el respeto que deben los hijos a sus padres, en la solidaridad familiar (que obliga a los padres a educar y criar a los hijos y a estos, por su parte, a mantenerlos en la ancianidad) y en el interés superior de los niños.

Como se entiende, es una realidad antropológica bastante peculiar la que subyace en estos principios: la familia es un grupo de personas unidas no por impulsos egoístas a través vínculos ocasionales, sino por afinidades y afectos con vocación a prolongarse toda la vida.

Los principios propios del derecho de las familias hacen que este ámbito tenga reglas y sanciones distintas a las patrimoniales (a cuya esfera pertenece la responsabilidad civil).

Al interior del derecho de las familias los instrumentos jurídicos que el ordenamiento dispone para regular dichas relaciones responden a reglas que permiten prevenir y solucionar los conflictos familiares, junto con normar de forma no discriminatoria los derechos y proteger a quienes no pueden hacerlo (a los menores de edad y al cónyuge menos favorecido). Asimismo, el derecho de las familias reserva efectos o sanciones civiles específicos para el incumplimiento de deberes familiares, y, en ocasiones, incluso tales sanciones no existen o son atenuadas. Tales sanciones están taxativamente descritas en el ordenamiento jurídico y se regulan de manera diferenciada para cada tipo de deber. Así, por ejemplo, en materia de deberes conyugales, la infracción del deber de cohabitación o fidelidad es el divorcio o la separación judicial, siempre que constituya una violación "grave" de tales imperativos.

4. ¿DE CONSIDERARSE PROCEDENTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA, BAJO QUÉ ESTATUTO CONSIDERARÍA LA RESPONSABILIDAD, CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL?

Como se entiende, no estoy de acuerdo con esa procedencia, pues su extrapolación desde el derecho patrimonial parece una tarea imposible. Esto porque, aun los partidarios de esta extensión coinciden en que deberían en todo caso reunirse los requisitos generales de la responsabilidad civil (dolo o culpa, daño y causalidad), pero tal reunión resulta en extremo dificultosa.

Ante todo, existen efectivamente problemas de calificación de esta responsabilidad. Si bien es indiscutible que el matrimonio es un contrato civil, resulta paradójico que se afirme por la mayoría que

lada tenga un origen contractual, sino siempre que exista entre las partes un vínculo obligacional preexistente a la propia afirmación de responsabilidad, cualquiera sea su fuente.

Sobre el particular, lo primero que debemos señalar, es que la responsabilidad civil puede ser clasificada de distintas formas siguiendo distintos criterios, como por ejemplo, atendiendo a la exigencia de la culpa, en responsabilidad subjetiva u objetiva; o si emana del incumplimiento de una obligación cuya fuente sea el contrato o no, en responsabilidad contractual o extracontractual; o si entre la víctima y victimario existe un vínculo obligacional previo anterior a la afirmación o hecho que genera la responsabilidad, cualquiera sea su fuente, en responsabilidad obligacional y extraobligacional.

Ahora bien, atendido que el Título XII del Código Civil, en el cual se encuentran ubicadas las disposiciones que regulan la llamada responsabilidad contractual, lleva por título "*Del efecto de las obligaciones*", creemos que dicha normativa se debe aplicar siempre que entre las partes exista un vínculo obligacional preexistente, cualquiera sea la fuente de dicha obligación, ya que como hemos dicho, el legislador expresa que dicho estatuto regula el efecto de las obligaciones en general y no el efecto de los contratos en particular.

Es más, atendido lo expuesto, no podemos dejar de mencionar que más que hablar de responsabilidad civil contractual y extracontractual, creemos que lo correcto sería denominar a la responsabilidad civil obligacional (en vez contractual), y extraobligacional (en lugar de extracontractual).

5. ¿FRENTE A QUÉ TIPO DE INCUMPLIMIENTOS CONSIDERA QUE DEBERÍA SER PROCEDENTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA?

Sostenemos que solo existe obligación de resarcir cuando el "daño" es causado por un "*incumplimiento grave o reiterado*" de los deberes familiares, cuando estos sean imputables a "*dolo o culpa grave*", se acredite el nexo causal, y el camino utilizado para obtener la respectiva indemnización sea a través de las normas de la responsabilidad civil contractual.

El fundamento para limitar la responsabilidad civil a los daños imputables a "*dolo o culpa grave*", lo encontramos en los escasos preceptos que consagran reglas que obligan a responder en el ámbito familiar, en los cuales exigen que se acredite dicho grado de imputación, como acontece en los artículos 257, 328, 1748, 1768, todos del Código Civil, cuestión que nos lleva a concluir que si legislador estableció en estos casos expresamente la imputabilidad en el dolo o culpa grave, es porque de una u otra forma está fijando esta regla o estándar de imputación para el ámbito familiar.

nos encontramos frente a una hipótesis de responsabilidad extracontractual cuando se incumplen estos deberes. El argumento que generalmente se utiliza es que estos deberes serían “legales”, porque constan en el texto del Código, cuestión que no parece tan convincente desde el momento que obligaciones tales como la buena fe contractual, también son legales, y nadie discute que si se infringe en el marco de un contrato da lugar a la responsabilidad contractual.

La masiva afirmación del carácter extracontractual de esta responsabilidad por los autores da cuenta de que en muchos casos se apoya la indemnización por incumplimiento de deberes conyugales pensando más bien en hipótesis típicas de perjuicios extracontractuales como los daños corporales o los atentados contra la honra. En efecto, tales atentados no resultan del incumplimiento del contrato matrimonial, como se ha venido exponiendo, sino de la infracción directa de derechos protegidos para todos y respecto de todos.

5. ¿FRENTE A QUÉ TIPO DE INCUMPLIMIENTOS CONSIDERA QUE DEBERÍA SER PROCEDENTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA?

Aquello que acabo de afirmar se refiere a la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales, esto es, por la causal “culpable” que da lugar al divorcio. Esa es la hipótesis conflictiva que plantea este debate, particularmente en caso de adulterio. La cuestión de si es posible demandar perjuicios por el solo hecho del divorcio es una materia sobre la cual existe más bien unanimidad de que es imposible, desde el momento que el divorcio es reconocido como un derecho. Por otra parte, la procedencia de la indemnización entre cónyuges por atentados a la integridad física o psíquica o infracción a otros derechos de la personalidad, es una hipótesis donde existe consenso precisamente en el sentido contrario, esto es, que es procedente la acción de indemnización sujeta al cumplimiento de los requisitos generales de la responsabilidad civil. Estos últimos casos corresponden a aquellas típicas hipótesis sancionadas por la responsabilidad civil extracontractual, por constituir atentados a derechos de la víctima, pero donde la existencia del vínculo conyugal y la infracción de deberes conyugales es indiferente. Así, por ejemplo, un maltrato físico puede dar lugar a esta indemnización entre cónyuges, entre convivientes, entre novios o entre desconocidos. Como también la contaminación dolosa o culpable de una enfermedad de transmisión sexual da lugar a responsabilidad civil, sea que exista algún vínculo entre autor y víctima o solo se trate de una relación sexual ocasional. No son, por ello, indemnizaciones procedentes por infracción de deberes conyugales sino simplemente consecuentes a la violación de derechos garantizados a toda persona.

6. ¿CUÁL HA SIDO LA POSICIÓN ADOPTADA EN ESTA MATERIA POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL?

La jurisprudencia chilena ha rechazado categórica y sistemáticamente la indemnización de perjuicios por el mero incumplimiento de deberes conyugales que da lugar al divorcio por culpa, por la naturaleza especial de los principios y reglas del derecho de las familias. Así se concluye del fallo de la Corte Suprema, 30 de diciembre de 2014, que es el más categórico y extenso pronunciamiento de la

En este sentido, al fijar en la culpa grave o dolo el grado de imputación exigible para dar lugar a la reparación de los daños causados por incumplimiento de los deberes familiares, estamos reconociendo la existencia de un “*privilegio familiar*”, morigerando las consecuencias de la aplicación de la responsabilidad civil al derecho familiar, resguardando la unidad y paz familiar, evitándose acciones indemnizatorias fundadas en meros descuidos o caprichos.

6. ¿CUÁL HA SIDO LA POSICIÓN ADOPTADA EN ESTA MATERIA POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL?

Creemos que la jurisprudencia aún no tiene definida una posición clara sobre la materia, encontrándonos en una etapa de cambios que se refleja en la escasa jurisprudencia existente. Así, por ejemplo, se refleja en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de noviembre de 2009, causa rol N° 7738-2007, donde se señaló que “el derecho de familia por su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicable en consecuencia, las normas generales sobre responsabilidad civil y por ende no corresponde –en un caso como el de autos– solicitar ni mucho menos conceder la reparación del daño moral”; sin embargo, en sentido contrario resolvió la Corte de Apelaciones de Talca, en sentencia de fecha 30 de agosto de 2012, causa rol corte N° 133-2012, al decir que “no puede invocarse el argumento de la especificidad y carácter completo de las normas del Derecho de familia, para sostener que la infracción de los deberes conyugales hallan su propia y exclusiva sanción en las medidas típicas en ellas previstas, como son la separación y el divorcio, ya que la naturaleza, función y límites de estas medidas, hacen evidente que éstas no son incompatibles con la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados, no pudiéndose excluir que un solo hecho pueda dar lugar a la separación o divorcio, y al mismo tiempo, pueda ser generador de responsabilidad aquiliana, si concurren los requisitos para ello”. En este último sentido, también encontramos la sentencia dictada por el Décimo Juzgado Civil de Santiago, en causa rol C-9243-2012, instancia donde se resolvió que “esta juez, inclinará su opinión a la procedencia de la responsabilidad en materia de familia, específicamente al caso que nos convoca, en la relación paterno filial independiente de las sanciones y reparaciones específicas de la materia, como lo es en este caso la privación de derechos del padre cuyo reconocimiento ha sido generado en contra de su voluntad”.

En una postura intermedia encontramos la sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, de fecha 03 de abril de 2014, causa rol N° 507-2013, ya que en ella se acogió la acción indemnizatoria presentada por la mujer en contra de su ex cónyuge después de haber obtenido a su favor el divorcio por culpa, agregando que si bien es discutible que la indemnización de perjuicios en el ámbito matrimonial sea aplicable para todas las causales de divorcio por culpa contempladas en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, ya que “habría que analizar el caso concreto, con

Corte sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización de perjuicios entre cónyuges luego del divorcio culpable.

El fallo, en síntesis, declara procedente tal indemnización cuando existe vulneración de derechos protegidos, como la integridad psíquica o física de uno de los cónyuges y, al mismo tiempo, es categórico en excluirla cuando se funda en la mera infracción de deberes personales conyugales, como la fidelidad.

En conclusión, en el derecho chileno, a la luz de lo resuelto por la jurisprudencia, parece inequívoco que resulta improcedente la indemnización de perjuicios por la infracción de deberes conyugales, en particular, por adulterio. Esto, en esencia, porque, como lo han fallado nuestros tribunales, el derecho de las familias posee principios, reglas y sanciones que le son propios. Por ello, no es posible extrapolar a ese derecho las sanciones o efectos del derecho patrimonial, como el cumplimiento forzado y la indemnización que compense el incumplimiento.

Por lo demás, la aplicación de las condiciones o requisitos de la responsabilidad civil en la materia expone a dificultades teóricas y prácticas que lo hacen irrealizable.

Por último, los casos en que podría ser procedente (esencialmente, por atentados a la integridad física o psíquica o por vulneración de otros derechos de la personalidad), en realidad no son excepciones sino aplicaciones de las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual, en cuya verificación no tiene incidencia la infracción de deberes conyugales.

7. ¿CUÁL DEBERÍA SER EL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER LAS CAUSAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA?

La reforma de Ley de Tribunales de Familia (2008) despejó la duda acerca de la competencia para conocer de eventuales acciones de indemnización en la materia (por ejemplo, por atentados a la integridad física o psíquica entre cónyuges luego del divorcio), radicándola en los juzgados de letras en lo civil.

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ

Máster en Derecho Privado, Civil y Comercial
Diplôme d'études approfondies de droit privé
Université de Paris – Val de Marne (Paris XII)
Profesor asociado de Derecho Civil
Facultad de Derecho Universidad de Chile

todas sus circunstancias”, de lo que “no existe duda alguna, es que tal indemnización resulta del todo procedente cuando el motivo que de lugar al divorcio afecta a la persona del otro cónyuge, independientemente si estaban o no unidos por el lazo matrimonial, como lo es, el atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge víctima, cuyo es el caso de autos” (considerando décimo cuarto). En otras palabras, el tribunal de segunda instancia, al confirmar la sentencia de primer grado, puso el acento en los daños causados por la lesión de derechos fundamentales más que en la existencia del vínculo matrimonial que existió entre víctima y victimario. Siguiendo esta misma postura, encontramos la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 21 de agosto de 2014, causa rol N° 9125-2013.

7. ¿CUÁL DEBERÍA SER EL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER LAS CAUSAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA?

Tribunales civiles o con competencia en materia civil.

DAVID VARGAS ARAVENA

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca – España
Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor de Derecho Civil
Universidad Católica de la Santísima Concepción

ANTE SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN PARA LA SALIDA DEL PAÍS DE UN NIÑO, DEBE PRIVILEGIARSE SU DERECHO A LA IDENTIDAD

“Los jueces se han preocupado de la colisión de derechos y el artículo 49 de la ley de menores establece, específicamente, que el traslado debe ser justificado con un beneficio para el niño; pues, en este caso, se está preservando la identidad del niño en el país que lo acogió los primeros años de vida, y el cual siente como suyo, su etnia es oriental, su idioma es el chino, su madre y todos sus abuelos viven en China, por lo cual no se puede sostener que los jueces del fondo no se han preocupado del interés superior de Z.Z.H., ya que íntimamente ligado a éste se encuentra el poder mantener la identidad del niño, lo cual se logra con el fallo. “El derecho a la identidad tiene atributos estáticos y dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser “él mismo” y no

otro. El derecho a la identidad supone la exigencia del respeto a la propia biografía, con sus luces y sus sombras, con lo que exalta y degrada” (Carlos Fernández Sessarego, “Derecho a la Identidad Personal”, Buenos Aires págs. 113 a 115).

En el caso de autos, como ya se dijo, los padres decidieron en cierta forma la identidad de su hijo, al enviarlo a vivir a China los primeros cuatro años de su vida, época en la que se identificó e hizo suya la cultura, los valores, la forma de vida y el idioma chino, por lo cual ahora es lógico y recomendable que siga construyendo su biografía”.

(Considerando quinto, CL/JUR/19/2017).

PROCEDE AUMENTAR LA PENSIÓN ALIMENTICIA ANTE VARIACIÓN DE LAS FACULTADES ECONÓMICAS Y LAS CIRCUNSTANCIAS DOMÉSTICAS DEL ALIMENTANTE Y MAYORES GASTOS DEL NIÑO EN RAZÓN DE SU CRECIMIENTO

“Que la lectura de la sentencia de alzada permite advertir que los sentenciadores del fondo hicieron una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata, de modo tal que no incurrieron en infracción legal que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues se acogió parcialmente la demanda de aumento de alimentos fundado en el hecho de existir variación de las facultades económicas y circunstancias domésticas del demandado, así como en los mayores gastos que presenta la

niña dado su natural crecimiento, determinando el pago de una pensión alimenticia que no excede el cincuenta por ciento de los ingresos del demandado, acreditados a través de la prueba documental, pericial y de sus dichos; razón por la que adoleciendo el presente arbitrio de manifiesta falta de fundamento, corresponde su rechazo”.

(Considerando quinto, CL/JUR/167/2017)

NO PROCEDE ACCIÓN DE PROTECCIÓN ANTE RECHAZO DE SOLICITUD DE POSESIÓN EFECTIVA POR PARTE DEL REGISTRO CIVIL POR EXCEDER EL ÁMBITO DEL RECURSO

“Que dando cuenta lo anterior de una controversia que se refiere a la filiación de la actora, materia ésta que no corresponde dilucidar por la presente vía cautelar de urgencia, misma que no constituye una instancia declarativa de derechos sino de protección de aquéllos 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, CL/JUR/198/2017)

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

OMISIÓN DE DECISIÓN EN MATERIA DE RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR, POR ESTABLECERSE EN EL FALLO QUE TERCERO PROPONGA EL MEJOR RÉGIMEN COMUNICACIONAL, IMPLICA UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA QUE OBLIGA A ANULAR LA SENTENCIA

“Que, en la especie, de los antecedentes antes reseñados, es posible advertir que la sentencia, en lo que se refiere a la demanda de relación directa y regular, no analiza la prueba agregada al juicio -se limita a describirla- ni razona para explicar de qué modo es útil para fundar su convicción, en tanto que, a la hora de resolver la contienda, informa o da cuenta que ha solicitado a un organismo técnico determinado que proponga el régimen comunicacional que más convenga al caso. Sea que la inusual fórmula utilizada por el sentenciador se interprete como una delegación en un tercero de su facultad de resolver la controversia, o como una mera postergación de la decisión, mientras se evacúa el informe por el experto designado, lo cierto es que la sentencia no resuelve el litigio, no hay decisión en cuanto al régimen comunicacional solicitado, sino que se lo deja

pendiente para ser regulado en un futuro próximo. Si bien en esta suerte de anuncio hecho por el sentenciador podría verse un germen de decisión positiva en torno a la determinación de un régimen de relación directa y regular -en el sentido que no deniega derechamente la solicitud sino que se abre a regularla-, no resulta suficiente para entender que el asunto, bien o mal, está resuelto, desde que la sentencia definitiva se define como aquella “que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio” (artículo 158 del Código de Procedimiento Civil), y lo que ha ocurrido en la especie, es que la decisión ha quedado en una etapa preliminar o intermedia, pues no hace la adjudicación que corresponde”.

(Considerando sexto, CL/JUR/349/2017)

NO PROCEDE RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA EN CONTRA DE SENTENCIA DEFINITIVA DE SEGUNDA INSTANCIA

“Que una interpretación armónica de la norma citada junto a los principios que informan el procedimiento de familia conduce a la conclusión de que la letra a) del numeral sexto del artículo 67 de la Ley N° 19.968 excluye la procedencia del recurso de casación en la forma respecto de las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia.

Lo anterior por cuanto el inciso primero de la referida disposición, al establecer el marco de regulación de los recursos procesales en el procedimiento de familia, si bien acepta la procedencia de aquellos medios de impugnación que establece el Código de Procedimiento Civil, excluye aquellos recursos que resulten incompatibles con los principios formativos que establece la referida ley y sin perjuicio

de las modificaciones que, con posterioridad, la misma norma establece.

Dentro de dichos principios se encuentran los de celeridad y concentración que inspiran a esta clase de procesos, los que constituye una limitación prevista por la ley para hacer aplicables las normas comunes del procedimiento civil que ceden ante la regulación especial, razón que lleva a concluir la exclusión de la nulidad formal respecto de las sentencias que participan de la naturaleza jurídica de la que por esta vía se revisa, por lo que el recurso deducido en estos autos no puede acogerse a tramitación y será declarado inadmisibles”.

(Considerando tercero, CL/JUR/2259/2017)

ARTÍCULO 5 INCISO FINAL DE LA LEY 14.908 ESTABLECE REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA EN MATERIA DE FAMILIA

“Que de acuerdo al artículo citado, los requisitos de procedencia de la acción revocatoria son: a) que se trate de actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe; b) que la celebración de tales actos tenga la precisa finalidad de reducir el patrimonio del alimentante, en perjuicio del alimentario; c) alternativamente, que se trate

de actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario; y, d) que la revocación se produzca conforme al artículo 2468 del Código Civil”.

(Considerando quinto, CL/JUR/604/2017)

EXISTENCIA DE HIJOS NO CONSTITUYE REQUISITO DE LA DECLARACIÓN DE BIEN FAMILIAR

“Que quedó asentado por los jueces del fondo que, en la especie, en el inmueble de que se trata convivió el demandado con la actora y el hijo común, ya fallecido, hasta que aquél abandonara la propiedad. En ese contexto, concurre el presupuesto establecido en el artículo 141 inciso 1° para declararlo bien familiar, ya que sirve de residencia principal de la familia, entendiéndola en un sentido amplio, esto es, como una institución natural y social que, basada en vínculos de

sangre y afecto, vincula a los individuos que la integran para cumplir en comunidad los fines de la vida en el orden espiritual y material, habitualmente bajo la autoridad de un ascendiente originario, o sea, para auxiliarse recíprocamente en todas las circunstancias de la vida”.

(Considerando décimo, CL/JUR/859/2017)

ANTE DEMANDA POR CESE DE ALIMENTOS, ES CARGA DE DEMANDADOS QUE ALEGARON EN SU DEFENSA EL ESTAR CURSANDO ESTUDIOS SUPERIORES EL PROBARLO

“Que, en consecuencia, para que prospere una demanda por la que se pretende poner término a la obligación de pagar una pensión de alimentos decretada judicialmente, debe acreditarse que variaron las circunstancias conforme a las cuales se impuso. En el caso de autos, como se afirma que los dos hijos son mayores de 21 años de edad, no estudian y están en condiciones de satisfacer sus necesidades, es la postura que ambos asuman al respecto en la etapa de discusión, la que determinará la carga de la prueba.

Pues bien, como los hijos aseveraron que estaban cursando estudios superiores, les correspondía acreditarlo, ergo, no se divisa cómo se pudo conculcar lo que dispone el artículo 1698 del Código Civil, más aún si ambos asumieron dicha carga, rindiendo prueba, cuya ponderación condujo a los jueces del fondo a tener por acreditado el hecho positivo contrario, esto es, que están estudiando, tal como se consignó en el motivo 2°”.

(Considerando quinto, CL/JUR/448/2017)

PROCEDE APREMIO DE ARRESTO ANTE INCUMPLIMIENTO DE RÉGIMEN COMUNICACIONAL

“Que aparece, entonces, que la orden de arresto despachada en contra de doña M.C.J.S. ha sido dispuesta por tribunal competente y con facultades para ello, sin que obste la suspensión del referido régimen de relación directa y regular que fue dispuesta por resolución del Juzgado de Familia de Angol en la causa Rit P-40-2017, teniendo en consideración que se encuentran acreditados los incumplimientos en la causa en que incide el presente recurso”.

(Considerando tercero, CL/JUR/800/2017)

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° 699 Dirección del Trabajo. No corresponde estimar que la obligación contenida en el artículo 203 del Código del Trabajo se da por cumplida en aquellas zonas en que no existen salas cunas autorizadas por la JUNJI, por el hecho de que las trabajadoras lleven a sus hijos menores de dos años a una sala cuna dependiente de la Municipalidad, servicio que además es otorgado de forma gratuita, por dicha Institución.

Entender lo contrario implicaría trasladar la obligación que pesa sobre el empleador a un tercero.

Fecha: 09/02/2017

Cita en línea: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-111172.html>

N° 6135 Dirección del Trabajo. Procede convenir el otorgamiento de un bono en compensación del beneficio de sala cuna consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo cuando la dependiente, atendido que desempeña labores en horario nocturno, se ve imposibilitada de enviar a su hijo menor de dos años a una sala cuna, pudiendo de este modo financiar el cuidado del menor en su respectivo domicilio.

Fecha: 28/12/2016

Cita en línea: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-110888.html>

- **DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

N° 91.607 Contraloría General de la República. No resulta procedente, para el caso de la funcionaria que se desempeña en un sistema de cuarto turno, hacer uso del beneficio de alimentación para su hijo menor de dos años de manera diferenciada durante la jornada semanal, sino que debe realizar una elección uniforme, conforme con el artículo 206 del Código del Trabajo.

Fecha: 21/12/2016

Cita en línea: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

N° 7.204 Contraloría General de la República. El derecho a proporcionar alimentos al hijo menor de dos años, conforme con el artículo 206 del Código del Trabajo, solo adquiere sentido en la medida en que la madre tenga el deber de trabajar durante el periodo en que pretende utilizarlo, de manera que no tiene cabida cuando ella hace uso de otra prerrogativa que la autorice para ausentarse de sus labores, como acontece con el permiso administrativo.

Fecha: 02/03/2017

Cita en línea: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

N° 4.506 Contraloría General de la República. En el ámbito del artículo 203 del Código del Trabajo, en casos excepcionales, en los que, por disposición médica, un menor deba mantenerse en su hogar atendida la gravedad de su enfermedad, no existe impedimento para que una sala cuna inscrita en la JUNJI preste el servicio de cuidado del niño en su casa. Además, en los casos en que el hijo de la funcionaria titular de este derecho presente una condición de salud que requiera cuidados que resulten incompatibles, en términos absolutos y permanentes, con su estadía en una sala cuna, procede excepcionalmente, que el servicio empleador cumpla esta obligación a través de un medio equivalente, entregando directamente a la funcionaria la suma de dinero que, de acuerdo a su presupuesto institucional ha fijado para financiar esta prestación por niño. Ello, en el evento en que, además, la JUNJI certifique que en la ciudad respectiva no existen salas cunas que otorguen atención domiciliaria.

Ahora bien, no procede cambiar a turnos diurnos a aquellas servidoras con hijos menores de dos años que realizan turnos nocturnos, basadas en el hecho de que no existen salas cunas para el horario en que se desarrolla el cuarto turno. Esto, ya que

DICTÁMENES

el artículo 203 del Código del Trabajo establece que puede cumplirse con tal obligación mediante la habilitación de una sala anexa. De este modo, la inexistencia de salas cunas nocturnas no impide que esta obligación pueda cumplirse bajo otra de las alternativas que la norma habilita.

Fecha: 07/02/2017

Cita en línea: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=2A0827DA13D603B0032580C20048BA50#>

N° 88.275 Contraloría General de la República. Funcionaria tiene derecho al permiso previsto en el artículo 207 bis del Código del Trabajo, referido a los cinco días hábiles continuos de permiso pagado en el caso de contraer matrimonio, siempre que haya comunicado su intención de gozar de aquel con treinta días de anticipación a la celebración de su matrimonio.

Fecha: 06/12/2016

Cita en línea: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=E49A69AF819F39F003258087004E98A1#>

N° 6.972 Contraloría General de la República. No procede otorgar el beneficio de sala cuna, contenido en el inciso octavo del artículo 203 del Código del Trabajo, a quien no acredite que se le ha conferido el cuidado personal de un menor de dos años, por medio de una resolución judicial. El referido beneficio solo tiene lugar, en relación a los nietos de los funcionarios, cuando al trabajador se le ha confiado el cuidado de un menor de dos años a través de una resolución judicial, sin que obste para ello, la circunstancia de que aquel sea o no causante de asignación familiar.

Fecha: 28/02/2017

Cita en línea: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=94FA45353258803E032580D700502CE6#>



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

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

Boletín de circulación gratuita y digital.

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

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

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

FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE CHILE

DIRECCIÓN | Pío Nono N° 1, tercer piso, Providencia, Santiago
E-MAIL | programafamilia@derecho.uchile.cl
WEB | www.derecho.uchile.cl/familia
FONOS | (56 2) 2 9785468 – (56 2) 2 9785474

