



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

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

Noviembre 2017 Edición 2- volumen 5



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

BOLETÍN

ACTUALIDAD FAMILIAR

SUMARIO

Bienvenida	01
Noticias	02
Especial: Seminario familias e infancias transnacionales. Nuevos retos desde el interés superior del niño	05
Entrevista Pericia Psicológica en los juicios de familia Prof. María Isabel Salinas Chaud	07
Agenda	10
Opinión Legislativa Nacional La Ley de Identidad de Género ¿qué impactos tiene en el matrimonio? Prof. Pablo Cornejo Aguilera	11
Internacional La derogación en la legislación española de la prevalencia del apellido paterno Prof. María Linacero de la Fuente	15
Columna de Opinión Los vínculos entre la administración del Estado y el Poder Judicial en materia de protección de la infancia Ministra Marta Jimena Pinto Salazar	19
Novedades Editoriales	22
Recomendados en la web	23
Comentario de Jurisprudencia La deficiente regulación contenida en el artículo 229-2 del Código Civil del derecho de los abuelos y nietos de mantener una relación directa y regular ¿Un caso de exceso en la aplicación del principio de ISN? Prof. Ruperto Pinochet Olave	24
Reporte Jurisprudencia Corte Suprema Andrea Vargas Carrasco	29
Reporte Jurisprudencia Administrativa Belén Lama Gálvez	31

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 quinto número del Boletín Actualidad Familiar. En esta edición contaremos con las siguientes secciones: Noticias, Especial: Seminario familias e infancias transnacionales. Nuevos retos desde el interés superior del niño, Entrevista, Agenda, Opinión Legislativa, Columna de Opinión, Novedades Editoriales, Comentario de Jurisprudencia, Recomendados en la web, Reporte jurisprudencial de sentencias destacadas de la Corte Suprema y Reporte de jurisprudencia administrativa de temáticas relacionadas con el Derecho Familiar.

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 de las profesoras María Isabel Salinas Chaud y María Linacero de la Fuente, de los profesores Pablo Cornejo Aguilera y Ruperto Pinochet Olave y de la Ministra señora Marta Jimena Pinto Salazar, quienes han desarrollado interesantes colaboraciones. A todos ellos muchas gracias.

Prof. Cristián Lepin Molina
Director Boletín Actualidad Familiar



AVANZA PROYECTO DE DERECHO DE FILIACIÓN DE HIJOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

La Comisión de Infancia encargada de tramitar proyectos de ley relacionada con los niños, niñas y adolescentes, se ha reunido con agru-

paciones civiles y con académicos, para debatir sobre la posibilidad de que las mujeres también puedan realizar este reconocimiento que entrega vínculos filiativos con los menores y que hoy es exclusivo de los hombres.

Cabe recordar que actualmente en Chile solo los hombres están facultados para poder hacer valer los derechos de filiación sobre los hijos a través de la figura legal del reconocimiento, situación que, de acuerdo a legisladores, con las nuevas figuras de familia que comienzan a aparecer en la sociedad, como familias con dos madres, dificulta el objetivo de asegurar derechos de protección sobre los niños.

El senador miembro de la Comisión, señor Letelier, sostuvo que en el reconocimiento

existe una limitación que es discriminatoria, por cuanto solo se le permite a un hombre dar filiación, no así a una mujer. Aseguró también que, *“como comisión tenemos el deber de garantizar el derecho de los niños y que se reconozca los distintos tipos de familia”*.

El documento establece que esta problemática se ha ido convirtiendo en algo recurrente dentro del país debido a la posibilidad que tienen hoy las mujeres de someterse a técnicas de reproducción humana asistida, como también a las posibilidades de adopción, por lo que los hijos de estas parejas solo contarían con el vínculo de filiación respecto de la madre que dio a luz, quedando la otra imposibilitada de hacer valer este derecho.

(Fuente: Diario Constitucional, 26 de mayo de 2017)



LA JUSTICIA RECONOCE COMATERNIDAD DE UNA NIÑA EN PAREJA HOMOSEXUAL DISUELTA

La justicia argentina hizo lugar a la acción de amparo promovida por una mujer, a fin de que se reconozca la comaternidad de una menor nacida en el año 2007 en el marco de

una pareja actualmente disuelta. En la sentencia, firmada el 12 de mayo del presente año, la magistrada López Vergara dejó sin efecto la decisión administrativa denegatoria de la petición de reconocimiento de la niña como hija de la recurrente, y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que “por intermedio de las autoridades competentes proceda a inscribir en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas el reconocimiento de comaternidad efectuado” respecto de la menor.

En la causa, la impulsora de la acción reclamó “la inscripción igualitaria de la niña, en pos de respetar su derecho a la identidad, su derecho a tener una filiación completa

sin discriminación por la orientación sexual o estado civil de sus madres”, exigiendo “su incorporación como madre en la partida de nacimiento de la niña y ejercer cada uno de los derechos y obligaciones que emanan de ese reconocimiento”.

Al respecto, la magistrada señaló que *“luce incuestionable que de conformidad con la normativa vigente al momento del nacimiento de la menor no hubiesen podido inscribirla como hija de ambas por conformar una pareja del mismo sexo. Tal situación hoy se halla superada a través de la legislación vigente”*.

(Fuente: Thomson Reuters, 30 de mayo de 2017)



AVANZA PROYECTO SOBRE MONITOREO TELEMÁTICO EN CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Durante el primer semestre de este año, y después de recibir diversos informes sobre esta materia, se aprobó en general el pro-

yecto de ley que busca incorporar el sistema de monitoreo telemático como forma de supervisión del cumplimiento de medidas cautelares en casos de violencia intrafamiliar (Boletín 9715).

En este sentido, la Comisión de Familia apoyó la iniciativa promovida por la Senadora señora Adriana Muñoz, tendiente a establecer este sistema de control como mecanismo de cumplimiento de las medidas decretadas por los jueces de familia en virtud del artículo 22 de la Ley N° 19.968.

Cabe recordar que este proyecto fue presentado, en el mes de noviembre del año 2014,

con la finalidad de “contar con un mecanismo certero, para que las medidas cautelares se cumplan tanto para el agresor como para la misma víctima, ya que muchas veces son las propias víctimas quienes incumplen las medidas, y usan las cautelares como forma de amenaza a la pareja”.

Dicho proyecto contempla la facultad del juez de familia de decretar el uso del sistema de monitoreo telemático en casos calificados, a solicitud de la víctima y revisable durante el transcurso del juicio.

(Fuente: Microjuris, 5 de junio de 2017)



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PERÚ DECLARA PREVALENCIA DE IDENTIDAD DINÁMICA SOBRE FILIACIÓN BIOLÓGICA

En el mes de noviembre del año 2016, la Corte Suprema de Justicia del Perú acogió un recurso de casación (deducido en contra de la sentencia de segunda instancia, que

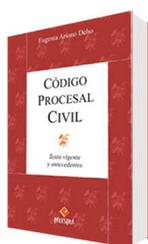
confirmó la sentencia apelada) fundado en que *“las instancias de mérito han infringido el derecho, al no hacer prevalecer la identidad dinámica y el interés superior del niño sobre la identidad estática”*.

Ambas sentencias, tanto la de primera como la de segunda instancia, se fundan básicamente en la paternidad biológica acreditada del demandante respecto a la menor de nueve años y en la afectación del *“derecho fundamental de esta (...) a conocer su verdad biológica”*.

La Corte estimó que el tribunal a quo no ha

tomado en cuenta la identidad dinámica de la niña, la cual se desprende del informe social y su propia declaración a través de las cuales *“se ha demostrado la identidad filiatoria de la menor, en su faceta dinámica, vale decir en la posesión del estado de hija del codemandado”*. Así las cosas, la Corte acoge el recurso de casación interpuesto, dando prevalencia a la identidad dinámica sobre la estática, en aras del interés superior de la niña.

(Fuente: Legis.pe, 23 de junio de 2017)



MODIFICAN CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO: SE ESTABLECE PROCESO ÚNICO DE PATERNIDAD QUE NO NECESITARÁ FIRMA DE ABOGADO

El Pleno del Congreso del Perú, durante el mes de junio de este año, aprobó reformas significativas al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

Estas reformas dicen relación con el establecimiento de un proceso único de filiación de paternidad, mediante el cual se solicita la declaración de paternidad y, de manera accesoria, se puede requerir la fijación de una pensión de alimentos.

Asimismo, contempla plazos para que el demandado se oponga a la pretensión del demandante, generándose diversas consecuencias: i) si no formula oposición, se declara la paternidad extramatrimonial y el tribunal se pronuncia sobre los alimentos; y, ii) si formula oposición y se obliga a realizarse el examen ADN, se fija audiencia única donde se toman las muestras biológicas.

En este sentido, esta ley contempla la posibilidad que dicho examen puede realizarse a los padres u otros hijos del demandado; como, asimismo, establece que los costos del examen biológico son carga del demandado y, en el evento que no realice el pago, se declara la paternidad.

Algunas particularidades de esta ley consisten en que no exige la firma de abogado en las demandas interpuestas en procesos de alimentos y declaración judicial de paternidad; y que también exonera al demandante del pago de las costas judiciales en este último proceso.

(Fuente: Legis.pe, 23 de junio de 2017)



CORTE SUPREMA ACOGE RECURSO DE PROTECCIÓN EN CONTRA DE ONG “AMOR DE PAPÁ”

El día 3 de agosto del presente año, la Corte Suprema acogió el recurso de protección presentado por la jueza del Primer Juzgado de Familia de Santiago, doña Paulina García, en contra de la ONG “Amor de Papá” a causa de unas publicaciones hechas en el sitio web de la citada organización.

En las mismas, se la acusó de haber intercedido en favor de una amiga suya en su calidad de jueza en un caso de violencia intrafamiliar, por lo que la ONG “Amor de Papá” difundió datos personales a través de sus redes sociales con el fin de denunciar lo que consideraban un acto arbitrario. En este sentido, el fallo señala que *“es la propia organización la que invita y facilita el acceso a los comentarios, proporcionándoles incluso un correo electrónico en el que cualquier interesado puede tener más información sobre los hechos que expone, instancia en la que se han proferido en contra de la actora una serie de amenazas e imputaciones que son susceptibles de afectar la garantía constitucional del artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, por*

lo que la referida organización no puede desligarse de responsabilidad, sin perjuicio que respecto de aquellas afirmaciones o comentarios que puedan constituir un delito deberán ejercerse las acciones penales respectivas” (considerando décimo). De esta manera, el máximo Tribunal ordenó que *“deberán eliminarse todo tipo de registro en las plataformas digitales ‘Amor de Papá’ de Facebook, Twitter, las publicaciones cuestionadas en las que se hace referencia a la actora, dentro de quinto día de ejecutoriado el fallo” (considerando décimo primero).*

El fallo completo puede ser leído en: <http://www.pjud.cl/documents/396729/0/PROTECCION+AMOR+DE+PAPA+FACEBOOK+TWITTER.pdf/08f2b2e7-8db9-4373-8e0d-4aa1a35c5917>



TAIWÁN: CORTE CONSTITUCIONAL DA UN PLAZO MÁXIMO DE DOS AÑOS AL YUAN LEGISLATIVO PARA QUE LEGISLE SOBRE MATRIMONIO IGUALITARIO

Si bien la actual presidenta del país insular Tsai Ing-wen (蔡英文), del Partido Progresista Democrático, había comprometido en su campaña presidencial legislar a favor de las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, fue gracias a la acción judicial emprendida por el veterano

activista de los derechos LGBTI Chi Chia-wei (祁家威) que existió un pronunciamiento. En agosto de 2015, dicho activista sometió su caso ante la Corte Constitucional (parte del Yuan Judicial, con atribuciones de control constitucional), dadas las negativas de las autoridades a registrar su matrimonio con su pareja el año 2013.

El Código Civil de la República de China (Taiwán) dispone en su artículo 972 que solo un hombre y una mujer pueden contraer matrimonio, por lo que argumentó que en el caso se violaban los artículos 7º (“*todos los ciudadanos de la República de China, sin distinción de sexo, religión, raza, clase o afiliación partidaria, son iguales ante la ley*”) y 22 (“*todas las demás libertades y derechos de los ciudadanos, que no sean perjudiciales al orden social o al bien público, son garantizados por la Constitu-*

ción”) de la Constitución de la República de China (中華民國憲法).

Así, en mayo, la Corte Constitucional dio finalmente su veredicto declarando que la actual ley viola el derecho al matrimonio y el derecho a la igualdad ante la ley, por lo que le otorgó el plazo máximo de 2 años al Yuan Legislativo, es decir, al Parlamento, para modificar la ley y hacerla compatible. En el intertanto, tanto el Partido Progresista Democrático como el Kuomintang se han comprometido a cambiar la ley que convertiría a Taiwán en el primer país asiático en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

(Fuente: Público, 24 de mayo de 2017)



INGRESA AL CONGRESO PROYECTO DE LEY QUE PRETENDE IMPEDIR QUE EL PADRE O MADRE CONDENADO POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR O CON ANTECEDENTES DE MALTRATO HABITUAL EJERZA EL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

Con fecha 18 de mayo del presente, ingresó moción parlamentaria impulsada por los diputados señores Alvarado, Arriagada, Ceroni, Farcas, Meza y señoras Cariola, Carvajal, Fernández, Hernando y Sepúlveda, que pretende modificar el artículo 225 del Código Civil, en cuanto propone agregar una nueva exigencia para la procedencia del acuerdo al que pueden arribar los padres sobre el cuidado personal de sus hijos en común. Específicamente, este proyecto establece la improceden-

cia de este acuerdo en el caso de que el padre y/o madre hayan sido condenados como autor(es) de violencia intrafamiliar, o existan antecedentes de maltrato habitual, sea contra los hijos o respecto al otro padre.

Esta iniciativa tiene por objeto otorgar mayores garantías para el resguardo del interés superior del niño, niña o adolescente y evitar la posibilidad de que uno de los padres, al ser víctima de fuerza, acepte someterse al cuidado personal compartido y, como consecuencia de ello, el niño sea sometido a un régimen familiar que podría afectar este principio al verse expuesto a algún tipo de violencia.

(Fuente: Cámara, 18 de mayo de 2017)



PROYECTO DE LEY MODIFICA LA LEY N°19.968 PARA DAR RÁPIDA Y EFECTIVA TRAMITACIÓN A LAS DENUNCIAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DEDUDIDAS POR TERCEROS

Teniendo en cuenta las deficiencias que presenta el marco normativo de la violencia intrafamiliar, el pasado 3 de mayo se impulsó, mediante moción legislativa de los diputados señores Ceroni, Cornejo, Kast, Mockeberg, Saffirio, Soto, y señoras Molina y Turrer, un proyecto de ley que busca lograr una tramitación más rápida y efectiva a las denuncias efectuadas por terceros en esta materia.

En este caso, se consideró la investigación elaborada el Departamento de Evaluación de la ley de la Cámara de Diputados, que detectó que una de las problemáticas que enfrenta nuestro ordenamiento en esta ma-

teria es “el fenómeno de la retractación de la víctima y su incidencia en la eficacia en el proceso judicial de violencia intrafamiliar”.

De esta manera, mediante el proyecto se propone establecer de forma expresa que no sea necesaria la ratificación de la víctima en los casos que la denuncia provenga de un tercero, y establecer criterios para determinar la voluntad libre y espontánea de la víctima para poner fin al proceso, como, por ejemplo, la existencia de causas de violencia intrafamiliar anteriores, y dependencia económica respecto al denunciado, entre otros.

(Fuente: Cámara, 3 de mayo de 2017)

SEMINARIO FAMILIAS E INFANCIAS TRANSNACIONALES.

NUEVOS RETOS DESDE EL INTERÉS

SUPERIOR DEL NIÑO

El pasado 23 de agosto, en la sala Matilde Brandau, se realizó con gran concurrencia el seminario “Familias e Infancias transnacionales. Nuevos retos desde el Interés Superior del Niño”, en el que participaron expertos de diferentes disciplinas con el objeto de intercambiar criterios, reflexionar de conjunto y proponer soluciones sobre la situación de los niños migrantes en vistas de su interés superior, de gran relevancia para la actualidad y el futuro del Derecho de Familia.

El encuentro fue organizado por el Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a cargo del Coordinador Académico, profesor Cristián Lepin Molina, y por el Subdirector del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca, profesor Isaac Ravetllat Ballesté.

La presentación fue realizada por la coordinadora ejecutiva del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Andrea Vargas Carrasco y el ya citado profesor Isaac Ravetllat Ballesté.

La investigadora recaló la importancia del fenómeno migratorio respecto de los niños en vista a su interés superior en nuestro país, señalando que “el fenómeno migratorio en nuestro país ha experimentado cambios que pueden ser percibidos a simple vista. Así, hemos pasado de ser un país eminentemente generador de emigrantes, a recibir cada vez una mayor cantidad de ciudadanos extranjeros que eligen a Chile como el lugar en donde emprenderán su proyecto de vida. Estos grupos poblacionales se encuentran con frecuencia

en situaciones especiales de vulnerabilidad, lo que se evidencia en el establecimiento de diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado (en sector salud y educación, por dar ejemplos). Se afecta, así, a quienes muchas veces ignoran la legislación nacional e incluso el idioma del país receptor, viéndose, por cierto, expuestos a una abierta y desmedida hostilidad derivada de prejuicios culturales tales como la xenofobia, el racismo y los prejuicios étnicos, que no hacen sino dificultar la integración de los migrantes a la sociedad. En este margen, son los niños, niñas y adolescentes particularmente susceptibles de vulnerabilidad por las características propias de la infancia, lo cual se evidencia en el grado de dependencia y cuidado especial que requieren para desarrollarse de manera adecuada y sin que su vida u otros derechos corran peligro. Es especialmente en este contexto que situamos el desarrollo de esta actividad”.

En la primera mesa, intitulada “Niños, niñas y familias migrantes en Chile: avances y retrocesos”, intervino don Fermín Melero Leal, del Colectivo Migra de Talca, quien se encargó de profundizar acerca de cuáles son las decisiones que una persona debe tomar para ser migrante y entregó una visión

amplia sobre los elementos que influyen pre y post migración, además de las estrategias que cada persona tiene para afrontar todo este proceso. Finalmente, el Prof. Melero concluyó afirmando que “una apropiada intervención debe fundamentarse en una estrecha colaboración entre migrante y sociedad de acogida y que lo esencial es una educación intercultural.

“una apropiada intervención debe fundamentarse en una estrecha colaboración entre migrante y sociedad de acogida y que lo esencial es una educación intercultural.”

Acto seguido, tomó la palabra don Rodrigo Sandoval, abogado experto en temas de extranjería, quien aportó datos numéricos acerca de la migración en Chile e hizo hincapié en que el problema se encuentra en la no existencia de formas intermedias para que los extranjeros vengan a Chile a buscar tra-

bajo, no siendo justo, por ejemplo, que, si ya se encuentran en el territorio nacional, los empleadores de igual forma deban hacerse cargo de los pasajes de retorno al país de origen. También planteó la interrogante “¿en qué beneficia no permitir o más bien dificultar la salida del país a los migrantes?”, a la que respondió: “si no se dificulta, el flujo migratorio se auto regula”. Finalmente, esbozó que el principal problema del proyecto de ley de la materia radica en la falta de institucionalidad.

En la segunda mesa, “Niñez, migraciones y derechos humanos” participó doña Rebecca Steward, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), quien se refirió a la diferencia existente entre migrantes y refugiados, resumiéndose en que los últimos abandonan sus países por motivos de persecución. Además, planteó el interrogante acerca de “cuáles son los desafíos de Chile sobre la niñez refugiada”. En este sentido, se señaló que en Chile hay poco menos de 2.000 personas refugiadas y 4.000 solicitudes en proceso, siendo 2.500 realizadas desde enero del año 2017, de las cuales 300 corresponden a personas menores de 18 años. Asimismo, se señaló que los desafíos específicos de Chile en la materia son: que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado garantice el debido proceso para niños/as y adolescentes; la necesidad de capacitación del poder judicial; la diversificación de las técnicas de entrevistas utilizadas según la persona solicitante de refugio.

En la segunda mesa también intervino doña Marcela Molina Vergara, del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), quien se refirió a la calidad de hijo/a de extranjero transeúnte, circunstancia esta que era utilizada por los oficiales del Registro Civil para negar la inscripción de la nacionalidad chilena a hijos e hijas de progenitores en situación migratoria irregular, provocando en ellos una situación de apatridia contraria a sus derechos fundamentales, criterio que ha sido modificado durante el año 2014.

La tercera mesa, llamada “El derecho ante las familias transnacionales”, contó con los aportes del profesor Alexis Mondaca Miranda, académico de la Universidad Católica

del Norte (UCN), quien se refirió a la existencia de sentencias que no consideran los vínculos de familia de los migrantes o que los consideran como personas autónomas a

“(…) si un migrante se enfrenta a la expulsión, se puede terminar el proceso por medio de un recurso de amparo por formar parte de un concubinato o por tener hijos, pero ¿qué criterio tienen las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema? Ellas señalan que se deben considerar los vínculos, pero en las sentencias no se está haciendo de este modo..”

la hora de proceder a una expulsión del territorio nacional. Señaló además que, “si un migrante se enfrenta a la expulsión, se puede terminar el proceso por medio de un recurso de amparo por formar parte de un concubinato o por tener hijos, pero ¿qué criterio tienen las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema? Ellas señalan que se deben considerar los vínculos, pero en las sentencias no se está haciendo de este modo”.

También participó en esta mesa la profesora Yasna Godoy Henríquez, académica de la Universidad de Tarapacá, quien señaló que “se espera del ordenamiento jurídico protección, pero muchas veces vuelve a vulnerar a las personas”, además, se refirió al interés superior del niño/a y adolescente, concepto jurídico indeterminado que hace pocos años se empezó a visibilizar y a ser utilizado por los tribunales del país. Por último, y por medio de la exposición de unos casos prácticos, la académica concluyó constando que “no se está explicitando cómo se llega al interés superior del niño/a y adolescente, o al mejor interés en cada caso”.

Luego, en el acto de clausura, se dieron a conocer tres iniciativas novedosas relacionadas a las jornadas. Don Fermín Melero, del Colectivo Migra, dio a conocer la Biblioteca Humana Migrante, que se desarrolla en Talca, la cual consiste en que un grupo de migrantes (libros humanos) elabora un breve resumen de su historia migratoria, a la que ponen un título y acto seguido cuentan en un espacio público a los lectores que quieran escucharlos.

Doña Francisca Gómez, de Fundación Ciudad del Niño y doña Stephanie Rabí, de ACNUR, presentaron “El Viaje de Kelmy. La integración local desde la mirada de niños y niñas refugiados, migrantes y chilenos”, libro que aborda las situaciones que deben enfrentar los niños y niñas junto a sus familias cuando salen del país en que viven, buscando refugio o mejores oportunidades en otros países. Además, señalaron que, gracias a la adjudicación del fondo de fortalecimiento de Fundación Colunga, el libro se transformará en una app: “Kelmy: una App para la inclusión social de niñ@s migrantes y refugiados”.

Finalmente, doña María Olga Troncoso, Juez de Familia de San Antonio, expuso sobre la iniciativa “Érase una vez los Derechos de la Infancia”, libro de cuentos que fue realizado por jueces y por académicos destacados en el área de niñez, cuyo objetivo es acercar a los niños y niñas a conocer sus derechos de una forma más lúdica, incentivando a su vez la lectura.

Como palabras finales, el profesor Isaac Ravetllat Ballesté, planteó: “la verdadera revolución no es que los niños y niñas sean sujetos de derecho, sino que ellos puedan ejercerlos de manera autónoma”.

BELÉN LAMA GÁLVEZ.
PROGFAM.
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

LIZETTE DÍAZ CÁCERES.
CEDIA.
Facultad de Derecho, Universidad de Talca



PERICIA PSICOLÓGICA EN LOS JUICIOS DE FAMILIA

Psicóloga y doctora en Psicología por la Universidad de Chile. Postítulo en Psicología Clínica por el Instituto de Terapia Cognitiva Post Racionalista. Académica del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile. Coordinadora del Laboratorio de Psicología Jurídica de la misma Unidad.

1. PODRÍA EXPLICARNOS ¿CÓMO SE CONFIGURA LA PERICIA PSICOLÓGICA EN LOS JUICIOS DE FAMILIA?

La actividad de evaluación pericial psicológica comienza por iniciativa de las partes que requieren un experto(a) en materias no jurídicas para elaborar diagnósticos y sugerencias disciplinarias con el objetivo de transmitir al tribunal el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes para el proceso. Desde el dominio de expertiz, la solicitud se conceptualiza como una pregunta psicolegal. La ley de Tribunales de Familia regula la procedencia del medio probatorio, el contenido del informe,

“las técnicas que se utilizan para llevar a cabo el mandato de expertiz pueden ser seleccionados por los profesionales considerando criterios amplios establecidos por el conocimiento científico de la comunidad particular.”

la admisibilidad de la prueba, remuneración del perito, improcedencia de inhabilitación de peritos y declaración de peritos. La ley contempla la libertad de prueba lo que implica que los hechos pueden ser probados por cualquier medio producido en conformidad con la ley. Es decir, las técnicas que se utilizan para llevar a cabo el mandato de expertiz pueden

2. ¿EN QUÉ MATERIAS DE FAMILIA ES DE USUAL APLICACIÓN LA PERICIA PSICOLÓGICA?

Cuidado personal, relación directa y regular, en VIF no constitutiva de delito, susceptibilidad de adopción, y daño psicosocial en NNA.

3. ¿EXISTE ALGÚN PROCEDIMIENTO REGLADO PARA ESTE TIPO DE PERICIAS?

El Tribunal, a través de la pregunta psicolegal, explicita aquello que necesita conocer y es ajeno al saber jurídico. En el caso del cuidado personal y relación directa y regular, habitualmente solicita evaluación de habilidades parentales en ambos padres y evaluación psicosocial de daño en el NNA involucrado y, según el caso, de otros como parejas actuales de los padres, abuelos y familia extensa.

En esas materias es necesario despejar dos hipótesis: la de psicopatología a la base de la estructura de personalidad y la de la existencia de maltrato en cualquiera de sus tipologías.

“En esas materias es necesario despejar dos hipótesis: la de psicopatología a la base de la estructura de personalidad y la de la existencia de maltrato en cualquiera de sus tipologías.”

En VIF no constitutiva de delito, las unidades de análisis pueden ser específicas y la solicitud es de evaluación de daño psicosocial asociado a la causa o secuelas del mismo. La hipótesis a falsar es que los hechos expuestos no sean tales y que la denuncia responda a otras razones.

4. ¿EXISTE CONSENSO ENTRE LOS PROFESIONALES RESPECTO A LA ELECCIÓN DE LA PRUEBA A APLICAR EN ESTAS MATERIAS?

No, las diferencias que se observan tienen relación con aspectos conceptuales de relevancia para la práctica de la psicología forense. Al respecto, no existe una posición explícita en donde se haga la distinción entre psicología clínica y psicología forense. El trasvase lineal de conocimientos producidos en otros contextos no puede ser aplicado mecánicamente en el foro ya que los objetivos que persigue la evaluación forense (responder la pregunta psicolegal), el setting que emplea (coherencia entre la pregunta psicolegal, el consentimiento informado, y los objetivos planteados para la evaluación) y los alcances de sus conclusiones son definitivamente distintos a los de la psicología clínica.

Además, en la evaluación forense (EF) debe existir previamente: un contexto y un objetivo para desarrollar dicha acción (un evaluado, una técnica o procedimiento de medida, una interpretación de los baremos o resultados y una pregunta psicolegal); un marco teórico que permita la ubicación de las hipótesis; y disposición de unos sistemas categoriales que permitan la clasificación del eva-

luado a partir de los resultados obtenidos con los procedimientos que se hayan aplicado.

Otra diferencia importante es la referida a cómo se estudia el objeto. A ese respecto, es posible indicar que en la EF se utiliza el mo-

delo ideográfico y nomotético. Ideográfico, que está destinado al estudio de los fenómenos individuales, y nomotético, que se centra en los hallazgos de principios generales aplicados a los fenómenos estudiados. Este es el enfoque adoptado por los modelos psicométricos que son los que se deben utilizar como técnicas de recogida de datos en la EF, como ocurre en gran parte del mundo. En tanto, los modelos clínicos y fenomenológicos recogen los planteamientos del enfoque ideográfico.

Los objetivos de la evaluación forense son ideográficos, pero los hallazgos y resultados establecidos para los distintos hechos psicológicos, junto con los métodos, son nomotéticos, toda vez que se enmarcan dentro de una perspectiva científica. Por lo tanto, las técnicas a utilizar deben ser consecuentes con un diseño de

evaluación forense que se enmarque en una perspectiva científica, así se debe transformar el requerimiento explícito (pregunta psicolegal) en demanda implícita (para qué se va a utilizar la información que produzca la evaluación forense), lo que implica al dominio epistemológico; luego, se elige la perspectiva metodológica adecuada para responder a la demanda implícita y las técnicas concretas dentro de esa perspectiva y, en tercer lugar, se analiza el diseño de la técnica elegida teniendo en

cuenta los presupuestos epistemológicos y metodológicos, lo que responde al nivel tecnológico y de comprobación empírica. De lo anterior se desprende que las técnicas de recogida de información deben poseer cualidades de validez y confiabilidad, y los instrumentos idealmente deben contar con normas nacionales, ya que la información que se debe proporcionar al Tribunal debe estar libre del sesgo confirmatorio y estar basada en la evidencia. Desde esa perspectiva, las pruebas proyectivas no cumplen con esa característica, pero la mayoría de los peritajes psicológicos las incluyen.

“Los objetivos de la evaluación forense son ideográficos, pero los hallazgos y resultados establecidos para los distintos hechos psicológicos, junto con los métodos, son nomotéticos, toda vez que se enmarcan dentro de una perspectiva científica.”

5. EN AQUELLOS JUICIOS EN QUE INTERVIENEN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ¿CÓMO SE DETERMINA LA CREDIBILIDAD DE SU TESTIMONIO?

La evaluación de credibilidad de las declaraciones se utiliza en los casos de posibles víctimas de delitos sexuales infantiles, por lo tanto, se trata de una evaluación sobre las declaraciones asociadas a un hecho constitutivo de delito sexual infantil. Al respecto, las declaraciones pueden ser incorrectas por diversas razones y el engaño intencional es solo una de ellas. Por esa razón, antes de usar la técnica de análisis de credibilidad (CBCA) es necesario identificar la fuente de la declaración incorrecta. El SVA, que es la sigla en inglés de Statement Validity Assessment (evaluación de la validez de la declaración), se fundamenta en la hipótesis de

“(...) antes de usar la técnica de análisis de credibilidad (CBCA) es necesario identificar la fuente de la declaración incorrecta.”

trabajo de sus autores Undeutsch, Steller (1989) que refiere que un testimonio basado en una experiencia vivida difiere en cuanto a su calidad y contenido de un testimonio basado en un acontecimiento no vivido. Se desprende que el SVA es un procedimiento comprensivo para generar y falsar hipótesis sobre las posibles causas de las declaraciones incorrectas, y que incluye métodos de recolección de datos relevantes para contrastar las hipótesis planteadas, técnicas para el análisis de la información y antecedentes que guíen la elaboración de las conclusiones respecto a las hipótesis iniciales.

Las hipótesis a falsar para los errores no intencionales son 3: falta de competencia para declarar, y el procedimiento para dicha evaluación es evaluar el nivel de desarrollo y habilidades cognitivas y evaluar psicopatología; errores inadvertidos, el procedimiento es

“Las hipótesis a falsar para los errores no intencionales son 3: falta de competencia para declarar (...) errores inadvertidos (...) falsas memorias (FM).”

analizar los factores de riesgo de la percepción y memoria; falsas memorias (FM), el procedimiento es el análisis del origen de lo declarado, evaluación de los factores post suceso y entrevistas previas. Si la hipótesis se trata de una mentira deliberada, la técnica es el análisis de consistencia

del CBCA (análisis de contenido basado en criterios) que se aplica al contenido de la declaración para determinar si su calidad y contenidos específicos son indicativos de una narración generada a partir de registros de memoria o si son producto de la invención, la fantasía o la influencia de otra persona.

Actualmente este procedimiento de análisis de credibilidad de las declaraciones ha sido duramente criticado por dos razones: una compete en exclusiva a los errores de aplicación, lo que significa que los peritos

“La otra razón refiere a los resultados de recientes investigaciones científicas que indican que el solo análisis de la presencia de los criterios de credibilidad no es suficiente para discriminar las declaraciones reales de las que no lo son.”

no conocen del todo el procedimiento, aun cuando se utilice desde el comienzo de la Reforma Procesal Penal. En Chile y en otros países se han observado errores de aplicación en donde se reduce el SVA al CBCA, errores al considerarlo un método cuantitativo en donde a mayor presencia de criterios se tiende a suponer mayor credibilidad (eso no es así ya que no se ha realizado

un análisis de ítems). Además de esos errores, el SVA tiene requisitos en su aplicación, que al menos en Chile no quedan explicitados en la mayoría de los informes periciales, es decir, las operaciones previas que deben realizarse para dar fiabilidad al procedimiento no se realizan, o si se hacen, son parciales.

La otra razón refiere a los resultados de recientes investigaciones científicas que indican que el solo análisis de la presencia de los criterios de credibilidad no es suficiente para discriminar las declaraciones reales de las que no lo son. Estos resultados ponen en duda si estas pericias de credibilidad son fiables y capaces de desvirtuar la presunción de inocencia.

En síntesis, a 17 años del cambio en la administración de justicia estamos interpelados a elevar la calidad de las evaluaciones y la calidad de los peritos. Esta área de desempeño disciplinar requiere investigación aplicada y especialización, lo que supera a una mera capacitación.

6. ¿CÓMO SE ENFOCAN DICHAS PERICIAS EN TEMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR?

No se utiliza dicho procedimiento por las razones antes expuestas, el análisis de la credibilidad del relato solo se utiliza en presuntas víctimas de delitos sexuales infantiles.

7. ¿PODRÍA EXPLICARNOS CÓMO OPERA EL USO DE PRUEBAS PROYECTIVAS COMO HERRAMIENTA DE DIAGNÓSTICO? ¿CUÁLES SON SUS VENTAJAS? ¿CUÁL ES SU VALIDEZ Y CONFIABILIDAD?

Tal como se mencionó en la respuesta a la pregunta 4, las pruebas proyectivas tienen una utilidad y cumplen con ciertos objetivos que son completamente distintos en el ámbito forense.

En sede judicial, los diagnósticos deben derivarse de la victimización primaria en el caso penal y vulneración de algún derecho en materia de Tribunales de Familia. Si eso es así, cada RUC es específico y acotado. Los diagnósticos o los psicodiagnósticos, para precisar mejor la utilización de pruebas proyectivas, dan información subjetiva y causalmente se derivan de múltiples eventos, circunstancias, es-

“no veo ventajas en usar pruebas proyectivas en el foro, en su lugar, selecciono aquellas que posean normas chilenas o al menos estudios psicométricos que me permitan fundamentar las conclusiones desde criterios de validez y confiabilidad.”

tados, etc., que no es posible asociar con el objetivo que cumple el medio de prueba psicológico en el foro. En ese mismo sentido, ya explicado el rol del perito y de la pericia, cabe hacer presente que el perito está encargado de entregar la mejor información desde su disciplina a quien toma las decisiones de un caso, entonces, la calidad de la información pasa a ser profundamente relevante. Primero, debe ser comprendida y asimilada por personas que no poseen conocimientos al respecto, justamente porque es una información auxiliar a la labor de los jueces. Segundo, debe ser una información que se sustente en conocimiento científico y que supere el sentido común o a la psicología del sentido común y al mismo tiempo al sistema de creencias de los juzgadores. Debido a esto, la precisión y definición de sus constructos conceptual y operacionalmente deben ser explicitados y ser coherentes con las técnicas seleccionadas para dar cuenta de aquello que se está evaluando, las pruebas proyectivas entregan información que no posee estándares de validez y confiabilidad, son interpretativas y subjetivas, además de que cada examinador puede interpretar cosas distintas según sea su marco explicativo. Eso confunde al mundo jurídico y cuestiona e inseguriza el papel de la psicología forense, tal como ha ocurrido a lo largo de la historia en países como USA, Canadá y Reino Unido. Cada contexto requiere de ciertas técnicas que le permitan desenvolverse adaptativamente y que sus conclusiones sean útiles, la responsabilidad que implica la acción de evaluación forense es muy alta y es necesario controlar las variables de sesgo que puedan interferir en la función e induzcan a errores judiciales. Si bien las pruebas proyectivas como

el Rorschach son utilizadas en algunos casos, sus conclusiones deben estar muy acotadas a un aspecto específico.

Por lo tanto, no veo ventajas en usar pruebas proyectivas en el foro, en su lugar, selecciono aquellas que posean normas chilenas o al menos estudios psicométricos que me permitan fundamentar las conclusiones desde criterios de validez y confiabilidad.

8. FINALMENTE, ¿CUÁLES CREE QUE SON LAS PRINCIPALES VENTAJAS Y/O DESVENTAJAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE ESTE TIPO PROBATORIO EN JUICIOS DE FAMILIA?

En mi opinión, las ventajas son retóricas. Creo más útil trabajar con un diseño de evaluación forense que plantee el problema de investigación ideográfico, que luego explicite las hipótesis implicadas en la evaluación, que los objetivos de la misma permitan responder a la pregunta psicolegal y la metodología empleada contemple técnicas y procedimientos que garanticen objetividad e imparcialidad.

“En mi opinión, las ventajas son retóricas.”

AGENDA

EXTENSIÓN

CONGRESO INTERNACIONAL “DERECHO PATRIMONIAL DE FAMILIA: TEMAS ACTUALES Y DESAFÍOS PENDIENTES”

Fechas: 23 y 24 de noviembre del presente año

Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Mayor información al e-mail: programafamilia@derecho.uchile.cl



LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO ¿QUÉ IMPACTOS TIENE EN EL MATRIMONIO?

Después de algo más de tres años de tramitación, el día 14 de junio de 2017 el Senado aprobó en su primer trámite constitucional el Proyecto de Ley de Identidad de Género (Boletín N° 8924-07, en adelante indistintamente “PLIG” o el “Proyecto”), despachándolo a la Cámara para que continúe su discusión. La importancia de este Proyecto radica en el hecho de que expresa una de las demandas más sentidas por parte de las organizaciones de la diversidad sexual, que consideran que es una reforma indispensable a fin de permitir una adecuada protección de la dignidad de las personas transexuales y de dar un paso para superar la discriminación de que históricamente han sido víctimas. Este eje fundado a partir de una visión de “derechos” que tiene el proyecto, supone importantes desafíos

que deben ser abordados al momento de definirse el contenido de la nueva regulación. Los más evidentes, aquellos relacionados con los impactos que tiene en terceros la modificación de la identidad registral de una persona. Sin embargo, junto a estos efectos en las relaciones interpersonales del solicitante, aparece una segunda transformación, menos evidente y cuyo impacto resulta mucho más profundo, pues afecta la manera misma en que derecho nacional comprende la familia y en particular, el matrimonio. Por esta razón, nos parece oportuno escribir el presente comentario, buscando primero explicar las ideas matrices de la futura normativa, para luego, referir a los impactos que creemos tendrá su aprobación para la regulación matrimonial chilena.

que deben ser abordados al momento de definirse el contenido de la nueva regulación. Los más evidentes, aquellos relacionados con los impactos que tiene en terceros la modificación de la identidad registral de una persona. Sin embargo, junto a estos efectos en las relaciones interpersonales del solicitante, aparece una segunda transformación, menos evidente y cuyo impacto resulta mucho más profundo, pues afecta la manera misma en que derecho nacional comprende la familia y en particular, el matrimonio. Por esta razón, nos parece oportuno escribir el presente comentario, buscando primero explicar las ideas matrices de la futura normativa, para luego, referir a los impactos que creemos tendrá su aprobación para la regulación matrimonial chilena.

Según declara la Moción, el propósito de la ley es terminar con las situaciones discriminación y exclusión que afecta a las personas transexuales en Chile, causadas por la imposibilidad de manifestar abiertamente su identidad de género y de vivir conforme a ella. Con ese objeto en vista, el PLIG busca establecer una regulación eficaz y adecuada, “...en conformidad con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y protección general de la dignidad humana, y los derechos y libertades fundamentales, para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo y nombre de una persona en el Registro Civil e Identificación, cuando dicha inscripción no se corresponde o no es congruente con la verdadera identidad de género del o la solicitante”. Como se puede apreciar, el Proyecto no plantea una modificación de la actual regulación concerniente al registro de los nacimientos y los hechos de los cuales debe dejarse constancia en las partidas – fecha, nombre, apellido y sexo del recién nacido, según el art. 124 del Decreto 2.128 de 1930 –, por lo que, en cierto sentido, viene a confirmar la importancia que tiene para nuestro derecho la definición acerca del sexo de una persona como elemento integrante de su identidad, y más aún, reafirma las categorías empleadas por nuestra ley (hombre/mujer)¹. Sin embargo, la gran diferencia se produce al momento

“(...) por lo que, en cierto sentido, viene a confirmar la importancia que tiene para nuestro derecho la definición acerca del sexo de una persona como elemento integrante de su identidad, y más aún, reafirma las categorías empleadas por nuestra ley (hombre/mujer)¹.”

Según declara la Moción, el propósito de la ley es terminar con las situaciones discriminación y exclusión que afecta a las personas transexuales en Chile, causadas por la imposibilidad de manifestar abiertamente su identidad de género y de vivir conforme a ella. Con ese objeto en vista, el PLIG busca establecer una regulación eficaz y adecuada, “...en conformidad con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y protección general de la dignidad humana, y los derechos y libertades fundamentales, para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo y nombre de una persona en el Registro Civil e Identificación, cuando dicha inscripción no se corresponde o no es congruente con la verdadera identidad de género del o la solicitante”. Como se puede apreciar, el Proyecto no plantea una modificación de la actual regulación concerniente al registro de los nacimientos y los hechos de los cuales debe dejarse constancia en las partidas – fecha, nombre, apellido y sexo del recién nacido, según el art. 124 del Decreto 2.128 de 1930 –, por lo que, en cierto sentido, viene a confirmar la importancia que tiene para nuestro derecho la definición acerca del sexo de una persona como elemento integrante de su identidad, y más aún, reafirma las categorías empleadas por nuestra ley (hombre/mujer)¹. Sin embargo, la gran diferencia se produce al momento

1. Descartando el reconocimiento de situaciones intermedias o indefinidas, como ha ocurrido en el derecho comparado con las personas intersexuales o hermafroditas

de dotar a estas categorías de un contenido en específico, pues a partir de su aprobación, nos encontraremos con que estas no serán definidas desde lo biológico, como un dato dado y de carácter inmutable en la identidad de cada persona.

En efecto, el Proyecto incorpora en nuestra legislación la idea de que la identidad registral de una persona debe encontrarse definida por su propia autopercepción, centrándose, en consecuencia, en desarrollar mecanismos que, fundados en el libre desarrollo de

“(...) el Proyecto incorpora en nuestra legislación la idea de que la identidad registral de una persona debe encontrarse definida por su propia autopercepción.”

la personalidad y en la protección del derecho a la identidad, permitan la rectificación de la primera cuando el sexo que aparece consignado en la partida de nacimiento – hecho que fuera constatado al momento del nacimiento del niño y que corresponde a un elemento externo al querer del

individuo – no concuerde con la identidad de género que el solicitante experimenta como una vivencia interna, y conforme con la cual construye su propia vida, elemento de carácter interno y subjetivo. En este sentido, es claro el tenor del art. 1° PLIG, que en su inciso 1° precisamente define la identidad de género como la *“...convicción personal e interna del género, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo verificado en el acta de inscripción del individuo”*; idea que es reiterada, al momento de establecer el inciso 2° al referir que dicha construcción de la identidad *“...podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sea libremente escogida. Asimismo, podrá o no corresponder a otras expresiones de género, tales como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*.

Como se puede apreciar, el Proyecto se centra en los intereses de la persona desde su perspectiva individual y en la forma en como esta percibe y construye su identidad, para efectos de permitirle acceder a un procedimiento destinado a obtener una rectificación en su partida de nacimiento, el cual debe ser tramitado en sede administrativa, sin que quepa la oposición de terceros. Así, se introduce una importante transformación en la manera en que el derecho chileno aborda esta problemática, pues hasta la fecha no existe explícitamente un mecanismo que permita obtener una rectificación de las partidas de nacimiento de una persona en lo que dice relación con la indicación de su sexo, cuestión que en la práctica había sido abordada – de manera no siempre exenta de conflictos – por los tribunales civiles, recurriendo, por medio de una interpretación progresiva, al procedimiento establecido en la Ley N° 17.344.

En este contexto, una de las cuestiones más llamativas de la forma en que opera el reconocimiento de la identidad de género, y que termina por divorciar la relación existente entre la mención al “sexo” y el dato biológico, incluso en apariencia, es que la rectificación no

supone, ni requiere, un tránsito completo desde el sexo actual del requirente hacia el sexo legal contrario, que puede no ser deseado por el solicitante. Esto queda particularmente de relieve si se considera que no se exige previamente que el solicitante se haya sometido a algún tratamiento hormonal, ni mucho menos a una cirugía de reasignación sexual (art. 1° inc. final PLIG): en su estado actual, lo único que hace el Proyecto es imponer una obligación de presentar una evaluación médica realizada por un experto calificado en la materia, *“...con el objeto de determinar que el o la solicitante cuenta con las condiciones psicológicas y psiquiátricas necesarias para formular la solicitud...”* de cambio de rectificación de sexo y nombre (art. 4 inc. 3° PLIG); consagrándose en forma separada el derecho que tiene la persona transexual a someterse a ellas, de acuerdo con su sistema de salud, si esa es su voluntad (art. 3 PLIG).

Si bien esta orientación puede ser sustentada en una finalidad “despatologizadora” de la transexualidad, basada en una visión de género construida a partir de una determinada autopercepción de la propia identidad (“mi identidad, mi derecho”), no puede dejar de advertirse que contrasta con las exigencias contempladas en el derecho comparado para acceder a un cambio de la identidad registral, donde la tónica es exigir la intervención de especialistas, dedicada bien a acreditar la disforia de género del solicitante, o bien a acreditar el hecho de haberse sometido el solicitante a tratamientos médicos destinados a transitar desde su sexo biológico a aquel que corresponde según su vivencia interna. Incluso, países que han reformado recientemente su legislación de una manera que nos parece acorde con los imperativos de derechos humanos, como son Uruguay y de España, han mantenido la necesidad de intervención de especialistas: en el primer caso, al tener la ley especialmente en cuenta el testimonio de los profesionales que hayan atendido al solicitante desde el punto de vista mental y físico, para efectos de dar por cumplido el requisito previsto en el art. 3 de la Ley N° 18.620, que exige al solicitante acreditar la estabilidad y persistencia de su disonancia de género, al menos por dos años, salvo que se haya sometido a una cirugía de reasignación sexual; en el segundo, porque la ley exige al solicitante acreditar tanto el diagnóstico de disforia de género, como haberse sometido durante dos años a tratamientos médicos, sin llegar en todo caso a requerir una intervención quirúrgica de reasignación sexual.

En este contexto, donde no existe un consenso internacional en orden a configurar la identidad registral de la persona sobre la base del reconocimiento de su autopercepción, resulta llamativo que el legislador nacional haya seguido de manera muy cercana el modelo de la Ley argentina N° 26.743 de 2012, promoviendo un sistema basado estrictamente en la vivencia interna del solicitante – en un enfoque de “derechos”, según los adherentes de la solución –, sin reparar en que para dicha legislación, el “sexo”, en cuanto dato, ha pasado a perder importancia desde el momento que sus instituciones familiares se construyen desde una perspectiva neutra, sobre todo a partir de la aprobación de la ley de matrimonio igualitario y del reconocimiento de la homoparentalidad en el nuevo Código Civil y Comercial.

Es a partir de este elemento que se desarrollan las principales tensiones que presenta la regulación propuesta en el Proyecto, dado

que, por más que este se centre en el establecimiento de un procedimiento destinado a rectificar las partidas de nacimiento de una persona cuando su identidad registral no concuerde con la manera en que vivencia su identidad desde lo interno, sus efectos no pueden circunscribirse al ámbito personal, ni entenderse solamente desde la perspectiva del individuo que está solicitando el reconocimiento de su identidad de género. Lo anterior, por cuanto todavía el sexo ocupa un lugar primordial en el derecho de la familia chileno, definiendo los vínculos que serán reconocidos y considerándolo para asignar determinados derechos, deberes y cargas en el contexto de las relaciones familiares. Por ello, resulta necesario definir qué ocurrirá con los efectos que nacen de las relaciones familiares que esa persona mantenía con terceros hasta el momento de producirse la rectificación de su identidad registral.

El Proyecto, al menos parcialmente, advierte en dos de sus disposiciones los potenciales efectos que tiene la rectificación de la partida de nacimiento del solicitante dentro del ámbito familiar, reconociendo como gran principio en la materia la continuidad de las relaciones familiares. Esto es lo que consagran los incisos 2° y 3° del art. 9 PLIG al momento de disponer que *“la rectificación en la partida de nacimiento no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones patrimoniales que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio. Tampoco afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables”*; regla que reconoce como única excepción aquella que dispone la terminación del matrimonio.

Sobre esto último, el proyecto impide que una persona casada pueda obtener una rectificación de su partida de nacimiento en sede administrativa: de acuerdo a lo dispuesto en el art. 5 inc. 5° PLIG, el oficial civil deberá declarar inadmisibles dichas solicitudes, teniendo la obligación de informar al solicitante acerca del procedimiento especial de terminación del matrimonio que se establece en el art. 6° PLIG. En este caso, la solicitud de rectificación de sexo y nombre de la persona se deberá efectuar ante el juez con competencia en materias de familia del domicilio del o de la cónyuge del solicitante, quien ordenará notificarle y citarlo a una audiencia especial de terminación del matrimonio que deberá tener lugar en un plazo máximo de treinta días contado desde la notificación.

Como se puede apreciar, nuestro legislador estima que el vínculo matrimonial no disuelto es un obstáculo para que el solicitante pueda obtener una rectificación de su partida de nacimiento, razón por la cual regula un procedimiento de carácter concentrado, destinado a poner término al matrimonio. Sin embargo, la forma como se resuelve la tensión entre el interés del solicitante, de un lado, y la protección del matrimonio y de los intereses del otro cónyuge, no nos parece satisfactoria.

En primer término, pensando en que es el interés de los cónyuges mantener su vínculo, cabe preguntarse si no existen otras vías que resulten menos disruptivas de la relación familiar, pensando especialmente en la importancia que tiene la protección de la vida familiar como objetivo de valor constitucional. En este sentido, siguiendo la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana,

podría llegar a considerarse que una solución de estas características excede el margen de apreciación del cual dispone el legislador, constituyendo una afectación injustificada de ciertos derechos fundamentales. Por esa razón, podría evaluarse una conversión de pleno derecho del matrimonio en acuerdo de unión civil.

Más complejo es lo que ocurre cuando el cónyuge no solicitante no quiera continuar con la relación familiar, pues en dicho evento no solo no puede oponerse al procedimiento, sino que incluso arriesga que en caso de no comparecer habiendo sido citado en dos oportunidades a la audiencia, esta se lleve a efecto sin su presencia, con el consecuente

perjuicio que puede experimentar a raíz de la preclusión del derecho a reclamar compensación económica. Para peor, la reglamentación discutida no considera adecuadamente otro elemento, como es el que ese mismo hecho puede motivar la interposición de una acción de nulidad matrimonial por error, de conformidad a lo dispuesto en el art. 8 N° 2 LMC, acción cuyo plazo de prescripción es independiente de que se haya o no iniciado este proceso de terminación. Según lo dispone el Proyecto, el procedimiento regulado en la ley podrá ser acumulado con otro proceso en curso entre las mismas partes y relativo al término del vínculo matrimonial (art. 6 inc. final PLIG), considerando la regla de acumulación procesal siempre que se ha demandado ya la nulidad, quedando abierta la interrogante acerca de si la iniciación del procedimiento

“(...) nuestro legislador estima que el vínculo matrimonial no disuelto es un obstáculo para que el solicitante pueda obtener una rectificación de su partida de nacimiento, razón por la cual regula un procedimiento de carácter concentrado, destinado a poner término al matrimonio. Sin embargo, la forma como se resuelve la tensión entre el interés del solicitante, de un lado, y la protección del matrimonio y de los intereses del otro cónyuge, no nos parece satisfactoria.”

“(...) podría llegar a considerarse que una solución de estas características excede el margen de apreciación del cual dispone el legislador, constituyendo una afectación injustificada de ciertos derechos fundamentales.”

de terminación del matrimonio ante los tribunales de familia produce la caducidad de la acción de nulidad, que no podría ser intentada a partir de ese momento. Para evitar afectar el interés del cónyuge no solicitante, creemos importante reconocer su derecho de interponer la acción de nulidad a pesar de haberse dado inicio a este procedimiento especial, por cuanto existen ciertos efectos de la sentencia de nulidad que no puede obtener cuando se trata de una simple terminación, como ocurre en particular con la opción que da el inciso 2º del art. 50 LMC en orden a reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieran tenido los cónyuges hasta ese momento, o de someterse a las reglas generales de la comunidad.

Por otra parte, desde una perspectiva de sistema, las nuevas categorías que introduce el PLIG tienen una profunda incidencia en lo que concierne a la reglamentación matrimonial, cuestión que se puede apreciar si consideramos lo que ocurre con el derecho a contraer matrimonio en el futuro que tiene la persona que ha obtenido una rectificación de su partida de nacimiento. En este caso, la nueva identidad registral obliga al Estado a reconocer como "hombre" o "mujer", según sea el caso, a quien haya obtenido la rectificación, sin importar si se ha sometido o no a intervenciones quirúrgicas, debiendo este elemento definirse sobre la base de la identidad de género de la persona. Sin embargo, esto trae aparejadas ciertas dificultades adicionales, pues en caso la alteridad sexual exigida por el art. 102 CC pasaría a estar definida por la identidad registral, desvinculada del dato biológico, circunstancia que termina incluso por romper todo vínculo entre el matrimonio y la aptitud procreativa de los cónyuges.

En efecto, al momento de permitirse la rectificación del sexo de una persona – inscrito sobre un dato de carácter biológico –, por no coincidir con la vivencia de género del individuo, lo que se está haciendo es cambiar la concepción misma que se considera relevante para efectos de definir las categorías de "hombre" y de "mujer" en nuestra legislación. Esto ha sido bien observado en el caso español por Espín Alba, al momento de afirmar que "por mucho que a lo largo de la historia encontremos ejemplos de personas transexuales socialmente integradas – e incluso, en el campo de la antropología se dé noticia de la existencia de pueblos que recogen como una situación normalizada el 'tercer sexo' – cuando el legislador de nuestra sociedad – y de otras de nuestro entorno cultural y jurídico más próximo – intenta huir del binomio clásico hombre/mujer, provoca una auténtica fractura en los principios que tradicionalmente venían conformando la estructura del derecho de la persona y de la familia, construido esencialmente a partir de aquella concepción tradicional del individuo clasificado como hombre o mujer" (Espín Alba, 2008, 10-11).

En este sentido, el Proyecto si bien no modifica la exigencia en torno a que los contrayentes sean personas de sexo diferente, sí introduce una modificación importante acerca de qué es lo que debe entenderse por "sexo" a efectos de su aplicación, toda vez que lo relevante será la identidad registral, ahora vinculada con la identidad de género de la persona y no con el dato de carácter biológico. Esto es un factor de importancia, por cuanto debe llevarnos a pensar

hasta qué punto, después de la aprobación de la ley, nos seguiremos encontrando con una exigencia justificada constitucionalmente y no basada en una discriminación arbitraria. En efecto, hasta la fecha actual, los defensores de la diferencia de sexo en el matrimonio suelen argumentar que la alteridad sexual es un requisito que viene impuesto por la naturaleza misma de la unión matrimonial, en cuanto esta se encuentra abierta hacia la generación de vida y la proyección de la familia en la descendencia, cuestión expresada en la aptitud de los cónyuges para realizar actos procreativos. Sin embargo, como bien se puede apreciar, dicha argumentación presupone una definición del sexo a partir de lo biológico.

En ese contexto, el pleno reconocimiento del *ius conubii* a las personas que han modificado su identidad registral basada en su identidad de género, construida sobre la base de su sola percepción interna, sin que exista alguna exigencia acerca de tratamientos, implica terminar de negar la conexión que existió entre matrimonio y procreación hasta el punto en que la subsistencia de dicho requisito de existencia del matrimonio aparece como contrario a lo dispuesto en el art. 19 N° 2 CPol, en la medida en que la alteridad sexual después de esa modificación pasaría a carecer de una justificación suficiente. Lo anterior resulta confirmado, si consideramos que una pareja que tiene plena aptitud procreativa, como sería la formada por un transexual femenino que conserva sus órganos sexuales y una mujer, no podría contraer matrimonio debido a la ausencia de una diferencia de sexo.

Como bien se puede apreciar, la discusión en este último aspecto va más allá de los objetivos de resguardo de la dignidad de la persona y obliga a replantearse la manera cómo nuestro derecho de la familia considera todavía el sexo como una categoría relevante para el funcionamiento de sus instituciones, determinando en gran medida la solución que se da a la demanda de apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo. Si bien creemos que existen buenas razones para fundamentar esta última reforma, creemos que la discusión debe ser tenida considerando todos sus elementos, pues en último término, una reforma como planteada en el PLIG necesariamente supone redefinir lo que entendemos por matrimonio, a la luz de las categorías presentes en nuestra legislación.

BIBLIOGRAFÍA

- Espín Alba, Isabel (2008), *Transexualidad y tutela civil de la persona*, Madrid, Editorial Reus.

PABLO CORNEJO AGUILERA
Profesor de Derecho Civil
Universidad Alberto Hurtado



LA DEROGACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LA PREVALENCIA DEL APELLIDO PATERNO A PARTIR DEL 30 JUNIO DE 2017. EL NUEVO ARTÍCULO 49.2 LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL

En la derogación de la histórica prevalencia del apellido paterno que ha entrado en vigor el 30 junio de 2017, he de manifestar (desde la privilegiada posición que me permitió ser miembro de la Comisión de redacción de la Ley del Registro Civil de 2011) que he asumido un papel relevante en dicho cambio legislativo (dicho sea, con toda la modestia y respetando posibles opiniones discrepantes).

En efecto, por una parte, he defendido dicha equiparación en mis publicaciones sobre la materia (v. gr. *El nombre y los apellidos*, 1992, *Derecho del Registro Civil*, 2002, *Tratado del Registro Civil*, 2013, “*La igualdad del hombre y la mujer en el orden de transmisión de los apellidos a los hijos*”, en *la Maternidad y la Paternidad en el Siglo XXI*, 2016) y, por otra parte, tuve el honor de participar en la elaboración de la Ley del Registro Civil de 2011, cuyo art. 49.2 regula el nuevo orden de transmisión de los apellidos en España.

El *iter* parlamentario, político y social hasta llegar a la plena equiparación del hombre y la mujer en el orden de los apellidos, ha sido complejo, como lo está siendo la puesta en marcha de la nueva Ley del Registro Civil de 21 de julio de 2011. La Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, 29 junio de 2017), en su artículo cuatro ha modificado el apartado doce de la disposición final cuarta de la Ley 15/2015 que modifica la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en lo relativo a su entrada en vigor

El legislador dispone la entrada en vigor el 30 junio de 2018 de la Ley 20/2011 del Registro Civil (la Ley 20/2011 ha pasado por diversas *vacatio legis* y fechas de entrada en vigor: 22 julio 2014, 15 julio 2015 –STC 24 sept 2015 declaró inconstitucional RD Ley 8/ 2014 - y 30 junio 2017), pero cumpliendo en una mínima parte el anterior mandato legislativo (que disponía la vigencia el 30 junio de 2017 de la misma), ha previsto la entrada en vigor el 30 de junio de 2017 de los artículos 49.2 y 53 de la citada Ley, cuya redacción consagra la derogación de la tradicional prevalencia del apellido paterno.

Como hemos sostenido reiteradamente, la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil de 2011 debería de ser uniforme, la técnica

legislativa seguida por el legislador de entrada en vigor escalonada de preceptos de una ley en *vacatio*, no parece la más correcta (el Tribunal Supremo, no ha dudado en reconocer la vigencia de los principios que inspiran la LRC 2011, con el fin de facilitar la transmisión del apellido materno como primer apellido. SSTS 17 febrero de 2017, acuerda en interés del menor que el primer apellido sea el de la madre en un caso de reconocimiento tardío de filiación, en igual sentido: SSTS 12 noviembre 2015, 1 febrero 2016).

En cualquier caso, corresponde ahora aplaudir que sea ya una realidad la inaplazable equiparación de hombre y mujer en materia de apellidos, que ha sido avalada por el apoyo unánime de todos los grupos parlamentarios (344 votos a favor).

Como he sostenido recientemente, la organización del nuevo modelo del Registro Civil en España debe implantarse siguiendo el camino del consenso en beneficio de los ciudadanos, y parece que, de momento, la senda del diálogo ha culminado con éxito en sede de apellidos.

A continuación, veamos las líneas generales del cambio legislativo que recientemente ha afectado a los apellidos en España.

La reforma de los apellidos hunde sus raíces en un Derecho de la Persona coherente con los principios constitucionales. En efecto, el Derecho Civil es Derecho de la Persona, y esta el eje del Registro Civil, en consecuencia, la Ley de ordenación jurídica del Registro Civil debía ser plenamente respetuosa con la Constitución y con los Convenios Internacionales aplicables. Así, la persona – su trayectoria vital, los estados civiles y demás hechos inscribibles que le van acompañan a lo largo de su vida – constituye el eje vertebrador de todas las actuaciones del moderno Registro Civil. La Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil de 2011 destaca dicha concepción en los siguientes términos: “*un Registro Civil coherente con la Constitución ha de asumir que las personas –iguales en dignidad y derechos- son su única razón de ser, no sólo desde una perspectiva individual y subjetiva sino también en su dimensión objetiva, como miembros de una comunidad políticamente organizada*”.

La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, ha dotado de una nueva ordenación jurídica a la institución del Registro Civil, superando el desfase de la legislación anterior que, no obstante su indudable calidad técnica, hunde sus raíces en principios de la legislación registral del siglo XIX. La nueva legislación registral (pendiente de desarrollo reglamentario y cuya entrada en vigor está prevista para el 30 junio de 2018), ha permitido configurar un nuevo modelo de Registro Civil como instrumento que permite la constancia oficial, publicidad y prueba preferente de los actos y hechos relativos al estado civil y demás hechos inscribibles. Así, el Registro Civil puede definirse como: *“un registro público que tiene por objeto, hacer constar oficialmente, los hechos y actos que se refieren al estado civil y aquellos otros relativos a la identidad y demás circunstancias o condiciones de la persona, relacionados en el artículo 4 de la Ley del Registro Civil 20/2011”*. De esta manera, cumple, esencialmente, funciones de prueba y de publicidad, de dichos hechos y actos inscribibles, sin perjuicio, de los demás principios que rigen su funcionamiento (artículos 13 a 19 Ley del Registro Civil 20/2011).

En la nueva Ley del Registro Civil, desaparece toda concepción discriminatoria de la persona, generada por el devenir histórico del concepto de *status* y por los prejuicios o intereses que petrifican los necesarios cambios jurídicos. En cuanto al primer punto, el devenir histórico del concepto de “status” desarrolló un cierto prejuicio político nacido de la confusión entre los estados civiles y los privilegios de clase. En nombre del estado civil se han consagrado a lo largo de la historia discriminaciones en función de la religión, el estado social, la filiación, el sexo o el matrimonio. La proclamación del principio de igualdad de todas las personas ante la ley, conquista de la Revolución francesa, obliga a abandonar la idea de división de la sociedad en estados civiles, generadores de desigualdad jurídica. Sin embargo, en los Códigos Civiles decimonónicos persisten situa-

“(...) en el siglo XXI, justificar un trato distinto en sede de apellidos en función de la condición de hombre o mujer, significaría admitir efectos jurídicos distintos en función del sexo y un retroceso en la formulación de la noción de estado civil.”

ciones de desigualdad, fundamentalmente, las derivadas del sexo, el matrimonio o la filiación. En todo caso, tras la solemne declaración del artículo 14 de la Constitución y las reformas que se han llevado a cabo siguiendo el mandato constitucional, la teoría del *status* ha perdido su primigenio significado.

Respecto al segundo, las diferencias por razón del sexo han sido suprimidas sucesivamente, entre otras, por las leyes de 2 de mayo de 1975, 13 de mayo y 7 de julio de 1981, 11/1990, de 15 de octubre; 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios. (TAMAYO HAYA, 2011). Así, en la actualidad, y en contraste con otros momentos históricos, la diferencia

de sexo no configura como estados civiles distintos el de hombre y el de mujer. El sexo no limita la capacidad de obrar ni implica el trato jurídico desfavorable que en épocas pasadas recibía la mujer respecto del hombre.

Por lo anterior, en el siglo XXI, justificar un trato distinto en sede de apellidos en función de la condición de hombre o mujer, significaría admitir efectos jurídicos distintos en función del sexo y un retroceso en la formulación de la noción de estado civil.

La nueva Ley del Registro Civil, acatando el mandato constitucional contenido en el artículo 14 (*vid.* art. 19 Constitución Política de la República de Chile), introduce una modificación en el orden de transmisión de los apellidos, que implica el reconocimiento legal explícito del principio de igualdad jurídica entre hombres y mujeres, en materia de apellidos.

La citada Ley del Registro Civil de 21 de julio de 2011, regula la atribución y el cambio del nombre y de los apellidos, en el Título VI, Capítulo Primero, Sección 2ª, artículos 49 a 57. Dicha regulación del nombre y los apellidos, contiene modificaciones sustanciales respecto al régimen anterior, siendo una de las más destacadas, la equiparación del hombre y de la mujer respecto al orden de transmisión de los apellidos a los hijos, vigente en España desde el 30 junio de 2017.

El “deseado” (al menos por quien suscribe estas páginas) artículo 49.2 Ley del Registro Civil de 2011 consagra la igualdad del hombre y la mujer en la transmisión del orden de apellidos a los hijos. Después de un recorrido parlamentario y mediático accidentado, pero coherente con la Constitución, el texto del artículo 49. 2 de la nueva Ley del Registro Civil, alumbró la siguiente redacción:

“2. La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

“(...) modificación en el orden de transmisión de los apellidos, (...) el reconocimiento legal explícito del principio de igualdad jurídica entre hombres y mujeres, en materia de apellidos.”

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición “de” y las conjunciones “y” o “i” entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente Ley”.

La nueva regulación del orden de los apellidos del precitado artículo 49.2, fomenta el acuerdo de los progenitores y, en caso de desacuerdo o silencio, suprime la histórica y arraigada prevalencia del apellido paterno frente al materno, la solución legal es que “el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del

“La nueva regulación del orden de los apellidos del precitado artículo 49.2, fomenta el acuerdo de los progenitores y, en caso de desacuerdo o silencio, suprime la histórica y arraigada prevalencia del apellido paterno frente al materno, la solución legal es que “el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.”

menor”. De esta manera, el legislador, frente a la tradicional hegemonía del apellido paterno, adopta un criterio en el orden de apellidos, que es respetuoso con el principio de igualdad de hombres y mujeres y que pretende fomentar el acuerdo de los progenitores en la elección del orden de apellidos de los hijos, sin inclinar la balanza hacia una de las partes.

En la tramitación parlamentaria del art. 49.2 LRC 2011, se propusieron diversos criterios en caso de desacuerdo de los progenitores (v.gr. orden alfabético de los apellidos, sorteo), finalmente, la cuestión se ha resuelto por mor de una transaccional de consenso, otorgando la facultad decisoria al Encargado del Registro civil atendiendo al interés del menor. Dicha previsión legal, aunque puede concretarse con criterios que faciliten la decisión del Encargado, es coherente con las normas que regulan el ejercicio de la patria potestad, cuenta con el precedente del art 193. 2 del Reglamento del Registro Civil – en casos en que no se exprese el nombre o sea inadmisibles, decide el Encargado – y se sitúa a la vanguardia del Derecho europeo y comunitario.

La redacción del art 49.2 de la nueva Ley del Registro Civil, es armónica con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo consagrado en el art. 14 de la Constitución y en diversos tratados internacionales, así como con diversas resoluciones de la Unión

Europea, jurisprudencia de los Tribunales Europeos de Derechos humanos y de Justicia de las Comunidades Europeas y con otros ordenamientos europeos (v.gr. Alemania, Francia, Suiza, Luxemburgo, Portugal, han acometido reformas en la materia).

Así las cosas, la citada solución legal, constituye una conquista social y jurídica, en cuanto permite alcanzar las más altas cotas, dirigidas al pleno reconocimiento del principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, en sede de apellidos.

¿Qué sucederá en caso de discrepancia o silencio de los progenitores?

El criterio acogido por el legislador para los supuestos de desacuerdo (o cuando no se hayan hechos constar los apellidos en la solicitud de inscripción) es que *el Encargado del Registro Civil requiera a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.*

Ciertamente, podría haberse conferido la resolución del desacuerdo al juez, acudiendo a las reglas de ejercicio de la patria potestad (art. 156 Código Civil), no obstante, tratándose del nombre, parece coherente que dicha decisión corresponda al Encargado del Registro Civil que es la autoridad competente en materia de nombre y apellidos en

la legislación registral. Por otra parte, en la nueva Ley del Registro Civil de 2011, el Encargado del Registro Civil no es un juez. La citada norma desjudicializa la institución del Registro Civil, en armonía con

“La redacción del art 49.2 de la nueva Ley del Registro Civil, es armónica con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo consagrado en el art. 14 de la Constitución y en diversos tratados internacionales, así como con diversas resoluciones de la Unión Europea, jurisprudencia de los Tribunales Europeos de Derechos humanos y de Justicia de las Comunidades Europeas y con otros ordenamientos europeos”

“(…) el criterio rector que debe tener en cuenta el Encargado para decidir el orden de apellidos es el principio del interés superior del menor, principio ampliamente consagrado en la legislación de menores”

otros ordenamientos comparados, y con la función registral y no jurisdiccional que compete a los Registros Civiles (vid. Instrucción DGRN 17 de julio 2005, Auto del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2005). En la LRC 2011, se disponía como una de las posibles opciones, la dirección del Registro Civil por los Secretarios Judiciales, actuales Letrados de la Administración de Justicia, criterio que se ha mantenido en diversos borradores de reforma de la Ley 20/2011, y que parece acertado, atendiendo a la naturaleza pública del Registro Civil y a la formación y funciones atribuidas a dicho cuerpo de funcionarios. De esta manera, el criterio rector que debe tener en cuenta el Encargado para decidir el orden de apellidos es el principio del interés superior del menor, principio ampliamente consagrado en la legislación de menores (LINACERO DE LA FUENTE, 2016, 357 ss; LEPIN MOLINA, 2017, 535 ss) (Vid. art. 2 Ley Orgánica de Protección jurídica del menor, modificado por LO 8/2015, de 22 de julio; y sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 - Contratación del menor por equipo de fútbol. Ponente Orduña Moreno). En dicho sentido, podrían establecerse en sede reglamentaria algunos criterios del citado interés e incluso, contemplar expresamente

“(...) baste decir que los argumentos esgrimidos por los detractores de la reforma, (...) se desmoronan ante un argumento constitucional concluyente, el principio de igualdad y la no discriminación por razón del sexo.”

la posibilidad de que, si el criterio del interés del menor no fuera determinante para decidir el orden, el Encargado pueda acudir a un procedimiento aleatorio. En efecto, para decidir sobre el orden presumiblemente más favorable, el Encargado puede tener en cuenta criterios como el apellido con mayor arraigo local o renombre social siempre que sean positivos o que tengan connotaciones

o resonancias históricas, culturales o artísticas, siempre que sean positivas. En su defecto, podrá atender otros criterios indiciarios del presumible interés del menor, como tener un contenido evocador más elevado (contenido evocador más elevado. Así, Feo, Manteca, Expósito, debe posponerse ante: Libertad, Bueno, Gallardo, Amigo, Amor, etc.), facilitar la identificación o tener carácter más eufónico (eufónico quiere decir bien sonante. Así Verdugo, Borrego, Berzotas, etc. suenan peor que Galán, Leal, Clemente, Salvador etc. Mejor Leal que Verdugo).

No obstante, en muchos supuestos la opción por uno u otro apellido (Pérez o García, Fonseca o Blanco), difícilmente podrá resolverse atendiendo al “interés del menor”, y corresponderá decidir al Encargado del Registro Civil según su prudente arbitrio. Del mismo modo que, en caso de desacuerdo de los padres acerca del nombre del hijo o de la hija (¿Luna o Sylvia?), corresponde al Encargado decidir el nombre. En dichos casos, y como ya hemos señalado, acaso debería acudir, en último término, a un proce-

dimiento aleatorio. Entendemos que ni el orden alfabético, ni el carácter común o no del apellido, son criterios adecuados para resolver la discrepancia.

Para concluir, baste decir que los argumentos esgrimidos por los detractores de la reforma, invocando los conflictos que el artículo 49.2 de la nueva Ley del Registro Civil puede generar, vale decir, la trascendencia que tiene la transmisión del apellido paterno para la identificación de las futuras generaciones o el arraigo cultural y social de la prevalencia del patronímico del varón, se desmoronan ante un argumento constitucional concluyente, el principio de igualdad y la no discriminación por razón del sexo. En el nombre debe conciliarse su doble carácter de derecho de la personalidad (el nombre es un derecho de la personalidad y, como tal, consagrado en diversos Tratados Internacionales, v. gr., artículos 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y 7

de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, siendo tesis pacífica en la doctrina más autorizada dicha naturaleza como derecho de la personalidad. v.gr. ALBALA-DEJO, Díez-PICAZO Y GULLÓN, DÍAZ-FRAILE, LACRUZ, LETE DEL RÍO, LINACERO, O'CALLAGHAN, PEÑA BERNAL-

DO DE QUIRÓS, PERÉ RALUY, ROGEL VIDE), en cuanto atributo de la persona – evoca idealmente a la misma persona en sus cualidades morales y sociales –, y de institución de orden público, en razón del interés del Estado en la correcta identificación de los ciudadanos. Y lo cierto es que difícilmente puede justificarse en nombre del llamado interés u orden público una norma que continúe otorgando hegemonía patronímica al apellido del padre y que podría tacharse de inconstitucional. El legislador, con un criterio ponderado y razonable, ha resuelto el tema en términos de absoluta igualdad de hombres y mujeres, como corresponde a una norma del siglo XXI. La igualdad de hombre y mujer en el orden de transmisión de los apellidos a los hijos, vigente en España desde el 30 junio de 2017, pretende generar el diálogo, la libertad y la igualdad entre los progenitores desde el nacimiento del niño. Habrá que esperar a conocer su aplicación real y su implantación en otros ordenamientos jurídicos.

MARÍA LINACERO DE LA FUENTE

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

Ex Vocal Asesora Ministerio de Justicia (DGRN)

“(...) difícilmente puede justificarse en nombre del llamado interés u orden público una norma que continúe otorgando hegemonía patronímica al apellido del padre.”



LOS VÍNCULOS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y EL PODER JUDICIAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

En la actualidad, la protección de los niños en situación de vulnerabilidad de derechos ha sido legalmente asignada al Estado. En este sentido, la legislación sobre protección de la infancia constituye un conjunto normativo que se extiende desde la Constitución Política de la República, en sus disposiciones sobre los derechos de las personas y la institucionalidad de derecho público, que prevé los órganos a cargo de las obligaciones del Estado. Desde esta perspectiva, el cumplimiento de los deberes del Estado en materia de familia involucra directamente a varios Ministerios, debido a su función propia (Ley 18.575, Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado).

El Ministerio de Justicia ha sido legalmente dotado de la atribución esencial de relacionar al Poder Ejecutivo con el Poder Judicial (art. 1 D. L. 3.346, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia), correspondiéndole al Servicio Nacional de Menores, de dependencia directa del Ministerio de Justicia, el cumplimiento de la obligación de proteger y propender al fortalecimiento de la familia, que implica auxiliar a los menores si se encuentran en situaciones que pongan en peligro su desarrollo normal, integral y no puede brindarle una solución quien tenga su tuición (D. L. 2465 crea el Servicio nacional de menores y fija el texto de su ley orgánica).

Este Servicio tiene a su cargo también estimular, orientar, coordinar y supervisar las entidades públicas o privadas coadyuvantes en sus funciones, que son las que prestan asistencia o protección a los menores. Su acción está dirigida a niños, niñas y adolescentes que carezcan de tuición o que su ejercicio constituya un peligro para su desarrollo normal integral; a los que presenten desajustes conductuales y a los que estén en conflicto con la justicia. En lo referente a otras necesidades de atención ajenas al ámbito de competencia del Ministerio de Justicia, este requerirá la colaboración del Ministerio que corresponda, el que estará obligado a prestarla.

Sus funciones específicas cubren una amplia gama de obligaciones, desde la planificación de programas para satisfacer sus fines, cumplimiento de normas y medidas que le imparta el Gobierno, atender por sí o por colaboradores a los menores que envíen los Tribunales

de Familia (como asesorar en materias técnicas a estos), crear Casas de Menores y establecimientos para aquellos con problemas conductuales, capacitar a instituciones públicas o privadas, realizar investigaciones y recopilar y procesar información, entre otras.

La atribución legal de la protección es compartida con los tribunales de la primera instancia del sistema de familia del Poder Judicial, incluso en la fiscalización de los establecimientos y programas a través de los cuales realiza su tarea el antedicho servicio público.

En cuanto a la legislación familiar, se entiende ella envuelta en un proceso dinámico en el cual se integran tratados internacionales sobre derechos humanos y, en especial, derechos de los niños que la conectan con las obligaciones del Estado, entre las que se cuentan: a) adoptar medidas oportunas para dictar disposiciones legislativas o de otra índole, necesarias para "hacer efectivos" sus derechos (art. 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); b) proteger y cuidar a los niños, niñas y adolescentes (art. 4 Convención sobre los Derechos del Niño); c) utilizar, para dicha protección, todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas, contra toda forma de prejuicio o abuso físico, mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual y deben comprender procedimientos eficaces en una amplia gama de acciones (art. 19. *Ibíd*); d) fiscalizar las instituciones encargadas de ellos (art. 4. *Ibíd*).

Esta legislación agrega al Código Civil normativa sobre materias trascendentales, tales como adopción, violencia intrafamiliar, filiación, entre otras, y la Ley que Crea los Tribunales de Familia (LN 19.968), incorporándose, en esta última, la protección de la infancia y adolescencia a través de dos fórmulas principales:

I.- Carácter de potestad cautelar del juez: entre las reglas generales de procedimiento, se activa ante la verosimilitud del derecho invocado, con acento en la ponderación del daño que se trata de evitar y la necesidad de conservar el estado de cosas más favorable para el niño o innovar, si la situación es urgente y lo exige, su interés superior (art. 22).

Aparece más pormenorizada a través de la institución de procedimientos especiales para la aplicación de medidas de protección, que debe seguirse *“en los casos en que ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados”*. Cuando las medidas importen separar a estas personas de sus padres o de quienes los tengan bajo su cuidado, *“la intervención judicial será siempre necesaria”* (art. 68).

La ley establece nueve medidas cautelares especiales susceptibles de adoptarse, de carácter temporal por un plazo máximo de 90 días, de acuerdo al artículo 71:

a) *“Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;*

b) *Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;*

c) *El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima.*

d) *Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;*

e) *Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;*

f) *Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;*

g) *Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos;*

h) *La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e*

i) *La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección”*.

La medida de separación de uno o ambos padres o de quienes lo tengan a su cuidado, procederá *“sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada”*, debiendo preferirse para entregarlo en cuidado, a los parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza y *“solo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección”* (art. 74).

II.- La potestad judicial de ejecución, cumplimiento y fiscalización de dichas medidas, prevista en tres líneas de acción: a) la fuerza o apremios, autorizando al juez a requerir el auxilio de Carabineros de Chile (arts. 71 inciso antepenúltimo, 77 parte final y 93 inciso 2°); b) haciéndose cargo el legislador de la posibilidad de cambio de circunstancias o inadecuación de la o las medidas, otorgando la flexibilidad de acción para su suspensión, modificación, sustitución y cesación (arts. 77 y 80); y c) la fiscalización de las medidas, que se instituye, principalmente, haciendo recaer en el director del establecimiento o el responsable del programa en que se cumpla la medida adoptada, la obligación de emitir informe sobre el cumplimiento (art. 76) e imponiendo al juez la obligación personal de visita de los establecimientos residenciales, en los siguientes términos: *“los jueces de familia deberán visitar personalmente los establecimientos residenciales, existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan medidas de protección. El director del establecimiento deberá facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de los antecedentes individuales de cada niño, niña o adolescente atendido en él. Asimismo, deberá facilitar las condiciones que garanticen la independencia y libertad de ellos para prestar libremente su opinión. Las visitas de que trata el inciso anterior podrán efectuarse en cualquier momento, dentro de lapsos que no excedan de seis meses entre una y otra, considerándose el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales. Después de cada visita, el juez evacuará un informe que contendrá las conclusiones derivadas de la misma el que será remitido al Servicio Nacional de Menores”* (art. 78).

Así las cosas, el marco jurídico chileno se orienta concibiendo a los niños en dos tipos de vínculos que idealmente los ponen bajo protección: la relación “niño – padres o parientes o guardadores” y la relación “niño – Estado”. Respecto a la primera de estas relaciones, el Código Civil y las demás leyes aludidas, contienen disposiciones de derecho sustantivo, que, en mayor o menor medida, según la materia, pormenorizan las obligaciones y los derechos; pero respecto a la segunda, la situación varía completamente, puesto que nos encontramos ante una regulación muy genérica, dada por el derecho constitucional, el derecho público y el derecho internacional, y tanto es así, que no solo no existen reglas substantivas específicas de derecho civil, sino que las únicas con que se cuenta son las ya mencionadas de la ley que crea los tribunales de familia, es decir, por la vía de reglas procesales los jueces deben brindar la protección en cada caso concreto. La peculiaridad jurídica no queda ahí, sino que, sobre la base de un trío de disposiciones de esta misma ley (arts. 76, 77 y 78) también debe fiscalizarse los establecimientos y programas que la administración pública ofrece.

Una mirada preliminar respecto a la función de protección de los niños, niñas y adolescentes en algunos Tribunales de Familia permite apreciar que enfrentan serias dificultades para la interpretación, aplicación y cumplimiento de las leyes, siendo doble la activación solo formal –con más frecuencia de la esperable– de un sistema de justicia que puede incluso incorporar factores adicionales de vulnerabilidad de las víctimas (Acta de visita al Primer Juzgado de Familia de Santiago. 2ª Fiscalía Judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago, año 2007). Por citar algunos ejemplos:

1. Por una parte, no existen políticas públicas de salud mental infantil y es muy incipiente y desorganizada la referida a adolescencia, por ende, no hay respuesta desde los servicios públicos para evaluar o diagnosticar niños con trastornos o enfermedades mentales, ni ofertas residenciales para niños dementes. En estos casos, al recurrir el Juez de Familia a SENAME, este se excusa por tratarse de una materia de salud; y requerido el sistema de salud, recibe excusas por corresponder la protección al sistema de justicia.

2. Por otra, desde las resoluciones que prescriben medidas de protección es posible identificar un sinnúmero de modalidades de aplicación de una misma ley en casos semejantes, generando un panorama bastante complejo. La ley contempla como especialización para ejercer el cargo de Juez de Familia, el curso habilitante, de 40 horas, relativo a procedimientos de LN 19.968 y otro de 80 horas denominado “Profundizado de Derecho de Familia” que incluye un curso sobre medidas precautorias de aproximadamente media jornada.

Es muy probable que los jueces no adhieran a ningún modelo de trabajo, y, en consecuencia, las medidas que adopten sean improvisadas, redactadas en términos generales, dejando sus objetivos, contenidos y diseños entregados al sistema administrativo; o que difieran los modelos de protección utilizados por jueces, consejeros técnicos, personal de los establecimientos residenciales o en que se inserten los programas y planes de protección; lo cual puede redundar en discriminaciones entre los niños y otros efectos perniciosos. Por ejemplo, en una ciudad del sur, las Aldeas S.O.S, de la red de colaboradores del SENAME, patrocinados frecuentemente por figuras públicas de renombre, aplican un concepto de familia sustituta que significa que no están orientados a realizar un trabajo de apego del niño interno con su familia biológica. En general, prima un concepto asistencialista, con acento en la satisfacción de necesidades materiales, el cual no se aboca al desarrollo emocional de los niños, lo que significa que no formarán estructuras, en su personalidad, que les permitan establecer vínculos afectivos sanos con las personas.

3. El examen de las actas de visita de un Tribunal a los establecimientos residenciales, entrega información muy escasa, estandarizada, que no conecta la situación de los niños internos con planificación alguna definida para ellos desde el Tribunal, dificultando establecer cuáles son los objetivos y aspectos evaluados en la fiscalización.

Concretamente, puede verificarse, por ejemplo, que niños ingresados a hogares para adopción esperan meses, incluso años, la con-

creción de su nuevo estado filiativo, y mientras aún se registre la existencia de familia biológica no se realiza labor de acercamiento con la nueva familia, porque no se estima sea este un objetivo del establecimiento, sino solo la adopción. Respecto a niñas adolescentes embarazadas, la protección se verifica exclusivamente respecto de la estadía, y no participan en programas educativos, por tampoco tratarse del objetivo del establecimiento.

Recogiendo opiniones, a efectos de obtener una visión desde los propios Jueces de Familia, preliminarmente es posible plantear que no se brinda suficiente seguridad a los niños, niñas y adolescentes por falta o deficiencias de programas y centros destinados a las medidas de protección o fallas que alcanzan a todos los sistemas involucrados, en sus decisiones, e implementación o cumplimiento, lo cual los pone en riesgo personal.

Así, por ejemplo, al recibir un niño que ha delinquido cometiendo delitos sexuales contra otros niños, la escasez de oferta e indiferenciación de destino de los establecimientos residenciales permite al servicio enviarlo a lugares donde no hay posibilidades de custodiar la seguridad de los otros niños, dando cuenta, una jueza, del problema de dos hermanos de 7 años que estaban a la espera de concretarse la adopción internacional y fueron violados por otro niño, unos años mayor, frustrándose la adopción porque los futuros padres no se sintieron en condiciones de apoyarlos en el proceso de recuperación de la perturbación de su salud psíquica.

Cuando son víctimas de delitos, se suman riesgos como la retractación, la revictimización y la pérdida de confianza si se ha ingresado el caso al sistema penal, toda vez que, generalmente, mientras dura la fase de investigación, el Ministerio Público no toma la representación de los derechos de los afectados, no existe querrelante, y los niños no están en situación de protegerse ni ejercer derechos.

Otro efecto que se enlaza en esta cadena consecencial de deficiencias es la afeción del proceso de reparación e inserción social. Los grupos intermedios de la sociedad que se organizan solidariamente procuran contribuir, quedando más en evidencia la pobreza de la oferta oficial de acción social. Por ello se lee en titulares: “Fundación Mi Casa podrá hacer adopciones. Con ella ya van 4 instituciones que se dedican a esto en el país” (El Mercurio, 2008).

En síntesis, desde cualquier ángulo de observación, hay coincidencia sobre graves deficiencias en la protección de la infancia en la relación “niño – Estado”, pese a la existencia de instrumentos legales que atribuyen la función a autoridades de un amplio espectro, dotándolas de potestades y prerrogativas al efecto. Es precisamente en el desarrollo de las funciones y en el ejercicio de sus potestades, en un ámbito común de intervención, donde es posible advertir el mayor cúmulo de dificultades y problemas; y en el ámbito político-social, encontramos falencias críticas que inciden de diversos modos en los contenidos que dan significado a la protección de la infancia marginada y en la aplicación de los mecanismos legales previstos para ello.

COLUMNA DE OPINIÓN

Es necesario configurar herramientas para potenciar la intervención del Poder Judicial en la protección de la infancia que faciliten obtener resultados acordes con los estándares de calidad y eficiencia definidos en los compromisos internacionales del Estado, respondiendo al desafío de la aplicación de la ley, con soluciones que eviten que la complejidad, profundidad y extensión de las materias que la reclaman lo confunda o paralice, y al mismo tiempo que den claridad respecto sus límites, a fin de que la atribución de responsabilidad que se le efectúe se circunscriba a los asuntos de su incumbencia.

Lo más lamentable de este escenario es que exactamente esta misma idea fue planteada y discutida en el año 2008 y, encontrándonos

ya en el 2017, seguimos en el mismo punto. Es momento de que nos comprometamos con los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes.

MINISTRA MARTA JINEMA PINTO SALAZAR
Presidenta Corte de Apelaciones de Punta Arenas
Doctora en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

NOVEDADES EDITORIALES



ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

Autor Prof. Joel González Castillo, editorial Thomson Reuters, 2017

El libro analiza en profundidad la Ley N° 20.830 que creó el Acuerdo de Unión Civil. En sus diversos capítulos, trata cada tema en particular, en especial: concepto y características, quiénes pueden celebrarlo, estado civil a que da origen, requisitos de validez, impedimentos y prohibiciones, celebración de acuerdos de unión civil en el extranjero, el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, efectos, régimen patrimonial,

compensación económica para el conviviente que se dedicó a las labores del hogar o cuidado de los hijos, legitimación activa del conviviente civil en caso de muerte o imposibilidad absoluta del otro conviviente, término del acuerdo de unión civil, causales de nulidad del acuerdo de unión civil, competencia de los tribunales de familia y las modificaciones a diversos cuerpos legales introducidas por esta ley. A lo largo de toda la obra se hace un paralelo con el matrimonio para destacar las semejanzas y diferencias entre esta nueva figura que es el acuerdo de unión civil y el matrimonio.



MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Autor José Luis Hernández Zencovich, editorial Hammurabi, 2017

El presente trabajo tiene por objeto analizar la potestad cautelar del Juez de Familia, investigando si esta facultad jurisdiccional limita o

restringe el debido proceso aplicable a las partes, como también una eventual colisión con el principio rector del interés superior del niño. Así, concluye que tales atribuciones del sentenciador tienen por objeto complementar un proceso racional, justo y legalmente tramitado para la consecución del interés superior que se manifiesta en la máxima realización espiritual, física y material de los niños y adolescentes.

NOVEDADES EDITORIALES



PROCEDIMIENTO DE CUMPLIMIENTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Autor Christian Varela Barra, editorial Hammurabi, 2017

Este trabajo tiene por objeto analizar, desde un punto de vista doctrinal, jurisprudencial y práctico, los distintos problemas relacionados con el

cumplimiento de la compensación económica. En la obra, el autor concluye que tanto jueces como abogados son los llamados a utilizar correctamente las diversas herramientas legales destinadas a garantizar el real cumplimiento de una compensación económica, ello, con el objeto de dar real protección al principio de protección al cónyuge más débil.



PERICIA PSICOLÓGICA EN LA DETECCIÓN DEL MALTRATO INFANTIL

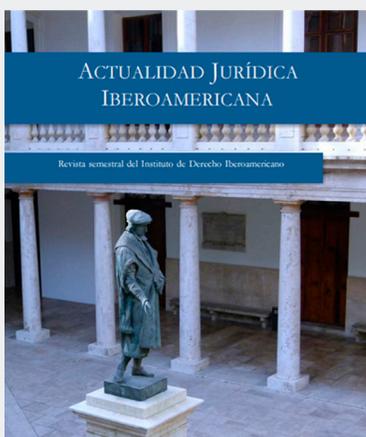
Autora Ivonne Castro Cárdenas, editorial Hammurabi, 2017

En el presente trabajo se nos presenta el maltrato infantil como constructor teórico y social, el cual, a pesar de ser relativamente nuevo, tiene registro en la sociedad desde comienzos de la

historia humana. De lo anterior, la autora postula que solo en las últimas décadas hemos comenzado a nominar el maltrato y la violencia como un síntoma social que nos inquieta, como un emergente de nuestra cultura y de nuestra sociedad. Si bien hoy empieza a visibilizarse, hasta hace solo unos años atrás ha funcionado en silencio. Así las cosas, en este libro se intenta visibilizar la violencia al interior del núcleo familiar, pero particularmente, la violencia en contra la infancia.

RECOMENDAMOS EN LA WEB

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA, NÚMERO 6.TER (EXTRAORDINARIO), FEBRERO 2017



Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano de carácter internacional que 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. Sin perjuicio de la periodicidad semestral, se publican números extraordinarios de carácter temático. La dirección general de la Revista está a cargo del Dr. José Ramón de Verda y Beamonte.

En este número se recoge el análisis de autores y profesores de países como España, Italia, Brasil, Argentina y Chile, entre los que destacan los comentarios del profesor Cristián Lepin Molina, el Dr. Fabrizio Marinelli, la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, la Dra. Graciela Medina, el Dr. Pablo Girgado Perandones, entre otros.

<http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/AJI-n%C2%BA-6.pdf>



LA DEFICIENTE REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 229-2 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DERECHO DE ABUELOS Y NIETOS DE MANTENER UNA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

¿UN CASO DE EXCESO EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

INTRODUCCIÓN

Hace años ya, antes de la entrada en vigor de la Ley N° 20.680, de 21 de junio de 2013, que incorporó oficialmente a nuestro Código Civil, a través del actual artículo 229-2, el derecho – deber de mantener una relación directa y regular entre abuelos y nietos, sosteníamos (PINOCHET, 2010, 321-336) a través de una serie de argumentos, que se debía llegar a idéntica conclusión, esto es, que era posible regular el derecho de visitas entre abuelos y nietos, si fuese necesario judicialmente, aún en ausencia de una legislación que acogiera en términos formales tal derecho; así como la necesidad que en el futuro fuera reconocido en términos positivos.

Como es sabido, el actual artículo 229-2 CC dispone que el hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos y, que, a falta de acuerdo, el juez debe fijar la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229.

Recientemente, en causa rol 46451-2016 (casación) de la Exma. Corte Suprema, la Sala Cuarta, con fecha de 19 de diciembre de 2016, ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la exten-

sión y alcances del mencionado artículo 229-2, por lo que nos ha parecido interesante analizar, ahora desde la perspectiva de una mirada doctrinal, tanto el texto de la ley como la interpretación que nuestro más alto tribunal ha hecho de la disposición aludida.

I. LA SENTENCIA

Los hechos son los siguientes: en causa RIT C-900-2015, del Juzgado de Familia de Chillán, por sentencia de 13 de abril de 2016, se acogió la demanda de relación directa y regular que solicitó una señora respecto de su nieta por línea paterna, nacida el 24 de febrero de 2011.

Se alzaron las partes y la Corte de Apelaciones de Chillán, por fallo de 29 de junio de 2016, revocó el de primer grado y, en su lugar, no dio lugar a la demanda de relación directa y regular solicitada fundada, en lo esencial, en que se estimó innecesario fijar un régimen comunicacional respecto de la niña y la abuela, si ya existía un régimen comunicacional vigente de la niña con el padre, por medio del cual se garantizaba “su enlace con la familia paterna, incluyendo a la recurrente”.

En contra de esta última decisión la demandante dedujo recurso de casación en el fondo por infracción de los artículos 229 y 229-2 CC en relación con el artículo 225 del cuerpo legal citado. Sostuvo, la recurrente, que los sentenciadores interpretaron erradamente las normas señaladas, por cuanto estimaron que por el solo hecho de encontrarse establecido un régimen de relación directa y regular a favor del padre de la niña, se garantiza su derecho a relacionarse con su abuela, lo que implica contradecir el espíritu de dicha norma, tratando dicho derecho como si fuese de segundo orden, calidad que la ley no le asigna. Indicó, asimismo, que, acreditados los supuestos que exigen los artículos 229 y 229-2, debió reconocerse el derecho de la actora de mantener una relación directa y regular con su nieta independiente de aquella que la niña pueda tener con su padre, por lo que es indiferente dicha circunstancia para los efectos de la pretensión que se sostiene por su parte. Agregó, además, que al estar radicado el cuidado personal de la niña en su madre, es ella la que se encuentra legitimada para serle impetrada la presente acción, y no el padre junto a ella, como sostiene la sentencia impugnada, la que yerra en la interpretación y aplicación de las normas indicadas.

Finalmente, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo deducido por la demandante en contra la sentencia de 29 de junio de 2016, dictando sentencia de reemplazo, la que, en definitiva, determinó un régimen comunicacional independiente del que tenía fijado el padre con la niña, respecto de la niña con su abuela por las razones que pasamos a examinar, y que, nos llevarán a proponer algunas reflexiones críticas para la regulación contenida en el artículo 229-2 de nuestro Código y sus consecuentes propuestas de perfeccionamiento.

En el aludido fallo, la Corte Suprema, después de establecer que en el artículo 229-2 CC se reconoce expresamente la posibilidad de mantener la relación directa y regular a los abuelos (cons. 6º), y de dar cuenta de que tal disposición fue introducida con las modificaciones que incorporó la promulgación de la Ley N° 20.680, al señalar que “el hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229”, llega a las siguientes conclusiones, en lo que a la presente investigación importa:

1. A diferencia de la regulación del régimen comunicacional entre padres e hijos, que se concibe como como un derecho-deber bidireccional, el artículo 229-2 lo consagra “como un derecho radicado en los hijos, y no en aquellos, pero tampoco un deber, sino más bien una prerrogativa que le asiste a los nietos” (cons. 6º).

2. Tal diferencia en la regulación de ambos regímenes comunicacionales no es producto del azar; precisa el fallo que, “si bien en la discusión legislativa se planteó tal posibilidad como un derecho de los abuelos, la consideración a la idea del interés superior del niño como norma fundamental, de-

vino en su comprensión como un derecho que le asiste a este último. En consecuencia, la inclusión de los abuelos a dicho régimen con carácter de legal, tiene como fundamento el bienestar de los niños, y en especial el derecho a crear vínculos con su familia extensa, y la voluntad legislativa de fortalecer el derecho a su identidad, conocer y reconocer sus orígenes e identificarse con una historia familiar determinada” (cons. 6º).

Reitera la idea señalando que, “con el actual texto del artículo 229-2 del Código Civil, la relación directa y regular de los abuelos con sus nietos se escinde del marco del derecho-deber de los padres, configurándose como un derecho autónomo cuya titularidad le corresponde a los hijos, con el fin de garantizar el vínculo con sus ascendientes. De este modo, dicha normativa no puede depender del ejercicio del régimen comunicacional de otros parientes, puesto que al no tratarse de una prolongación del derecho-deber de los padres, su tratamiento debe ser independiente al ejercicio del vínculo filial con el progenitor que no ejerce su cuidado, pues se trata de garantizar el derecho del hijo, y no alguna prerrogativa de los abuelos” (cons. 8º).

3. El fallo da a entender que concuerda con el resultado de la discusión legislativa (cons. 4º), aclarando que el principio del interés superior del niño corresponde a una noción que excede los contornos de las normas jurídicas clásicas, pues se trata de un concepto extenso que se establece de manera compuesta, abarcando tres perfiles, a saber: como derecho, como principio y como norma procesal (Observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas). Esto significa que se le reconocen tres dimensiones prioritarias: una consideración sustantiva, un principio jurídico interpretativo fundamental, y una fórmula procesal que obliga a estimar las posibles repercusiones de cada decisión, antes de ser adoptada.

4. La Exma. Corte se inclina en su razonamiento (cons. 9º), por la noción del interés superior del niño en su segunda dimensión: “como principio jurídico interpretativo fundamental, es fácil apoyar la conclusión anterior, puesto que bajo el supuesto de la búsqueda del mayor disfrute posible de los derechos del niño, como objetivo institucional intransable en la resolución de estas materias, se logra un entramado razonable y coherente de los derechos, deberes y obligaciones destinados a su bienestar”.

II. EL COMENTARIO

Si bien concordamos con lo resuelto por la Corte Suprema, en el sentido de casar la sentencia y determinar un régimen de visitas especial para el abuelo, no coincidimos con sus fundamentos, aunque reconocemos que lo que criticaremos más adelante tiene su

“Si bien concordamos con lo resuelto por la Corte Suprema, (...) no coincidimos con sus fundamentos, aunque reconocemos que lo que criticaremos más adelante tiene su origen en un mal trabajo del legislador al consagrar, del modo en que lo hizo en el actual artículo 229-2, la relación directa y regular entre abuelos y nietos.”

reconocer también el derecho subjetivo para reclamar visitas a sus nietos, aspecto que no considera nuestro actual artículo 229-2. La relación debería ser bidireccional, tanto abuelos como nietos deben encontrarse facultados para demandar un régimen comunicacional común. Tal deficiencia, en todo caso, fue advertida por primera vez en nuestra doctrina por Lepin (LEPIN, 2015, 473).

Lo más curioso es que, como bien señala el fallo comentado (cons. 6º), tal omisión no se debió a una inadvertencia del legislador, ya que, la historia de la Ley señala que, *“si bien en la discusión legis-*

“aunque respaldamos la idea de que el establecimiento del régimen comunicacional de NNA (...) con sus abuelos se encuentra principalmente sustentado en el interés superior del niño, no es menos cierto que a los abuelos se les debería reconocer también el derecho subjetivo para reclamar visitas a sus nietos.”

origen en un mal trabajo del legislador al consagrar, del modo en que lo hizo en el actual artículo 229-2, la relación directa y regular entre abuelos y nietos, siendo la sentencia analizada aplicación directa de la norma referida.

En efecto, aunque respaldamos la idea de que el establecimiento del régimen comunicacional de NNA (niños, niñas y adolescentes) con sus abuelos se encuentra principalmente sustentado en el interés superior del niño, no es menos cierto que a los abuelos se les debería

lativa se planteó tal posibilidad como un derecho de los abuelos, la consideración a la idea del interés superior del niño como norma fundamental, devino en su comprensión como un derecho que le asiste a este último”. Es decir, la relación de abuelos con sus nietos queda como un elemento a integrar para obtener de mejor forma el interés superior del NNA.

Pero, ¿dónde queda el derecho que asiste a los abuelos a mantener una relación con sus

nietos? ¿En qué parte se perdió la consideración de los derechos fundamentales de los abuelos, entre otros, a tener una familia? ¿Se podrá recurrir al Tribunal Constitucional fundado en el artículo 229-2 y la conculcación de eventuales derechos fundamentales?

Considerando que no todos, pero gran parte, de los abuelos se ubican en el grupo etario de la tercera edad, conjunto también de los más desprotegidos de la población y, por tanto, dignos de mayor protección por la sociedad, cabe preguntarse ¿por qué se les ha denegado el derecho subjetivo y la consecuente acción para pedir ante tribunales que se determine un régimen comunicacional respecto del o los nietos a los que no tiene acceso? ¿Estamos, quizá por primera vez, en un caso de extralimitación en la aplicación del interés superior de NNA por parte de nuestro legislador?

Decíamos con Ravetllat (RAVETLLAT y PINOCHET, 2015, 905), que del análisis de la normativa internacional se deduce que el interés de NNA ha experimentado un proceso de transformación profunda, pasando de ser un principio inexistente e inimaginable, a convertirse, posteriormente,

en un principio implícito en buen número de normas y resoluciones judiciales; para, finalmente, en el estadio actual, convertirse en una realidad contemplada expresamente en nuestro sistema normativo, basada en una concepción teleológica del Derecho.

“¿dónde queda el derecho que asiste a los abuelos a mantener una relación con sus nietos? ¿En qué parte se perdió la consideración de los derechos fundamentales de los abuelos, entre otros, a tener una familia?”

“Sea cual fuere la configuración y función que se le asigne al mencionado principio, este no puede, en su aplicación, suponer la supresión de derechos fundamentales de otras personas, en este caso los abuelos, sino que, su utilización por los actores del mundo del derecho, debe encontrarse siempre orientada a buscar la debida armonía y correspondencia con los otros derechos en juego en el ámbito de la infancia y adolescencia.”

En suma, la formulación jurídica del principio del interés superior del niño supone la constatación de un principio general del Derecho, y de ahí que pueda ser considerado como un medio de información, de integración y de interpretación, tanto de las normas e instituciones en que esta cláusula general aparece incorporada, como de las instituciones y relaciones cotidianas que se ven afectadas, ya sea para detectar conflictos (antes desapercibidos o infravalorados), ya sea para solventar problemas en los que resulte afectado.

En opinión de Gómez de la Torre, puede otorgarse una triple función al principio del interés superior del niño: es una garantía para las personas menores de edad, debido a que toda decisión que le concierna debe considerar, fundamentalmente, sus derechos; asimismo, es una norma orientadora que no solo obliga a los legisladores y jueces sino a todas las instituciones públicas y privadas; y, por último, también debe ser vista como una norma de interpretación y de resolución de conflictos (GÓMEZ DE LA TORRE, 2000, 23).

Sea cual fuere la configuración y función que se le asigne al mencionado principio, este no puede, en su aplicación, suponer la supresión de derechos fundamentales de otras personas, en este caso los abuelos, sino que, su utilización por los actores del mundo del derecho, debe encontrarse siempre orientada a buscar la debida armonía y correspondencia con los otros derechos en juego en el ámbito de la infancia y adolescencia, solo así se protegerá debidamente el interés superior de NNA.

Por otra parte, es difícil imaginar que NNA de corta edad puedan reclamar el régimen comunicacional con sus abuelos cuando los abuelos no lo hacen. Es más, todos los casos conocidos en la jurisprudencia nacional corresponden a abuelos que demandan el régimen comunicacional con sus nietos, esto a pesar de que no se encuentran específicamente habilitados para hacerlo según la ley. En ello los tribunales han actuado criteriosamente y nunca han desconocido el derecho de los abuelos para recurrir en defensa de sus derechos y los de sus nietos.

Quizá una redacción parecida a la usada en el antiguo Proyecto de Ley (3374-07) del Senado de la República, moción de los senadores Núñez y Viera-Gallo, pudiera ser conveniente. Dicho Proyecto proponía modificar el artículo 229 del CC, intercalando un inciso segundo del siguiente tenor: *“asimismo, los abuelos tendrán el derecho a mantener una relación directa y regular con sus nietos. Éste procurará ejercerse coordinadamente con el de los padres, en especial con el de aquel que no tenga a su cargo el cuidado del menor. Sin embargo, tendrá lugar siempre cuando faltare aquel de los padres que fuere descendiente de los abuelos solicitantes. A falta de acuerdo, entre quien tenga a su cargo al menor y éstos, será regulado por el juez”*, redacción que nos parece muy superior al actual texto del artículo 229-2.

III. PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN COMUNICACIONAL ENTRE ABUELOS Y NIETOS. CONTENIDO Y EXTENSIÓN

Desde un punto de vista práctico, es importante preguntarse de qué forma debe determinarse y ejecutarse un régimen comunicacional

entre abuelos y nietos. Las interrogantes serían: ¿del mismo modo que entre padres e hijos? ¿De una forma distinta? ¿Cuáles debieran ser los criterios a seguir?

Sobre el contenido y extensión del derecho de visita de los abuelos, Rivero ha sostenido: “puede afirmarse con la misma claridad que si el derecho formal es idéntico, su contenido concreto, la amplitud de las relaciones personales puede (y debe) ser distinta según sea su titular, habida cuenta no tanto del fundamento de aquél (donde, además, hay componentes variables) sino porque es el interés del menor (muy ceñido a personas y circunstancias concretas) el principio eminente y el parámetro delimitador del contenido y extensión de las relaciones personales que aquí estudio” (RIVERO, 1997, 119).

Cabe preguntarse, cuál es el contenido particular de un régimen comunicacional entre abuelos y nietos. En tal sentido, Lacruz señala que en el ordenamiento jurídico español y, “prácticamente en todos los foráneos, el derecho de visita se concreta en tres formas de presentación: la visita *strictu sensu*, un derecho de comunicación indirecta o de correspondencia, y la convivencia o albergue del menor en casa del titular” (LACRUZ, 2000, 1093). Esto es, traído a nuestros días, el régimen comunicacional consta de una fase de permitir la comunicación, preferentemente todos los días, aunque pueda serlo en horarios previamente determinados, entre el padre o los abuelos y sus hijos o nietos, por ejemplo, mediante comunicación telefónica, mensajería o videoconferencia, utilizando cualquiera de las aplicaciones existentes para ello.

Además, en el caso de los abuelos, debiera determinarse siempre el derecho de visita *strictu sensu*, esto es, el derecho de visitar a sus nietos en el domicilio en que estos vivan, generalmente, de acuerdo a la realidad actual, en la casa de su madre cuando son de corta edad.

Sobre la tercera dimensión del régimen comunicacional, es decir, la posibilidad de convivir o pernoctar abuelos y nietos, se nos presentan dudas. Más bien estimamos que en el caso de los abuelos la

“(...) traído a nuestros días, el régimen comunicacional consta de una fase de permitir la comunicación, preferentemente todos los días, aunque pueda serlo en horarios previamente determinados, entre el padre o los abuelos y sus hijos o nietos.”

“en el caso de los abuelos, debiera determinarse siempre el derecho de visita *strictu sensu*.”

regla general debiera ser la contraria, esto es, que el régimen comunicacional no incluya períodos de convivencia, advirtiendo que, atendidas circunstancias excepcionales, estos períodos puedan

“(…) estimamos que en el caso de los abuelos la regla general debiera ser (…) que el régimen comunicacional no incluya períodos de convivencia.”

a los abuelos. La misma no solo supone una relación afectiva sino la preocupación de aspectos tan importantes para NNA como la higiene, seguridad, educación, administración de permisos, entre otros; respecto de los cuales los abuelos, en muchas ocasiones, no se encontrarán suficientemente preparados o facultados por ley para encargarse de ellos. Pensemos en aquella edad en que los niños acostumbran a escaparse de la mano de sus padres corriendo muchas veces graves riesgos, ¿podrían en estos casos los abuelos, varios años mayores, ejercer la supervigilancia que se requiere?

Además, debemos tener en cuenta que el padre que no convive

“(…) debemos tener en cuenta que el padre que no convive con su hijo debe también tener un régimen comunicacional determinado, el que, lógicamente, deberá ser más amplio que el de los abuelos, por lo que el régimen comunicacional de estos y sus nietos debe tener carácter complementario y supletorio al régimen de visitas determinado previamente para el padre que no convive con el hijo.”

decretarse por el juez o acordarse entre las partes, tomando todos los resguardos para la seguridad de NNA en dichos espacios de convivencia.

Sostenemos lo anterior pues la convivencia implica una responsabilidad enorme, la que por ley está encomendada a los padres y no

con su hijo debe también tener un régimen comunicacional determinado, el que, lógicamente, deberá ser más amplio que el de los abuelos, por lo que el régimen comunicacional de estos y sus nietos debe tener carácter complementario y supletorio al régimen de visitas determinado previamente para el padre que no convive con el hijo. Hemos dicho anteriormente, que el verdadero conflicto se produce en el caso en que los abuelos no puedan ejercer su derecho a visita por medio del régimen comunicacional ya determinado entre padres e hijos. Esto

supondrá que deberán existir dos regímenes comunicacionales, con las limitaciones, preferencias y privilegios que ello conlleva, siempre teniendo presente el interés superior de NNA. Por lo demás, tal como afirmáramos, no siempre (aunque sí en la mayoría de los casos) los abuelos se encontrarán en un rango de edad no compatible con el nivel de cuidado exigido por NNA.

Así las cosas, los abuelos tienen derecho, en casi cualquier caso – siempre es posible imaginarse situaciones de excepción –, a mantener una relación directa y regular con sus nietos, pero ello no supone que dicho régimen deba tener un contenido y extensión similares a los que se determinan entre padres e hijos.

BIBLIOGRAFÍA

- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2000), “El interés superior del niño”. Gaceta Jurídica N° 328: 23-26.
- Lacruz Berdejo, José Luis (2000), Matrimonio y Divorcio, comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil, Barcelona, J. M. Bosch Editor.
- Lepin Molina, Cristián (2015), “La regulación del derecho de visitas para los abuelos en la legislación chilena”. Actualidad Jurídica Iberoamericana, Valencia, Instituto de Derecho Iberoamericano.
- Pinochet Olave, Ruperto (2010), “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el ordenamiento jurídico chileno”. Estudios de Derecho Civil V. VII Jornadas nacionales de Derecho Civil, Santiago, Legalpublishing, pp. 321-336.
- Ravetllat Ravetllat, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto (2015), “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”. Revista Chilena de Derecho, pp. 903-933.
- Rivero Hernández, Francisco (1997), El derecho de visita, Barcelona, Bosch.

RUPERTO PINOCHET OLAVE

Doctor en Derecho Civil

Profesor de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

Universidad de Talca

REPORTE JURISPRUDENCIAL

DE LA CORTE SUPREMA

PADRE PUEDE Y DEBE MANTENER UN RÉGIMEN COMUNICACIONAL CON HIJA SI NO EXISTEN CIRCUNSTANCIAS QUE PERMITAN CONCLUIR QUE SE ENCUENTRE IMPEDIDO DE MANTENER UNA RELACIÓN SALUDABLE CON ELLA

“No son efectivos las argumentaciones del recurso, porque la sentencia impugnada ponderó todas aquellas circunstancias y elementos especiales referidos en el artículo 229 del Código Civil, teniendo en consideración las dificultades que presenta para el desarrollo de una relación sana y despliegue de adecuadas aptitudes parentales el exiguu régimen comunicacional provisorio vigente, debiendo descartarse el argumento relativo a la falta de razones justificativas que sustentan la decisión. En definitiva, del análisis del arbitrio que se revisa se desprende que lo realmente impugnado por la recurrente es la ponderación que los jueces del grado realizaron de la prueba rendida, en especial de los informes periciales, que los llevaron a resolver que el padre puede y debe mantener un régimen comunicacional con la hija en común, atendido que no existen circunstancias que permitan concluir que se encuentre impedido de mantener una relación saludable con ella, labor que, como reiteradamente ha señalado este tribunal, no es susceptible de ser revisada por esta vía, a menos que en el establecimiento de los hechos se hayan vulnerado las reglas de la sana crítica, lo que no ocurre en la especie”.

(Considerando cuarto, CL/JUR/1371/2017).

INCURRE EN INFRACCIÓN NORMATIVA Y DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO LA SENTENCIA QUE OMITI CONSIDERACIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO DE COMUNICARSE CON SUS PROGENITORES

“Al olvidar los sentenciadores que la privación de un régimen comunicacional de un padre con sus hijos debe responder a una medida de última ratio, considerando que les asiste plena libertad para establecer las condiciones de frecuencia en que deba ser ejercido el contacto filial, por el cual puede fijar un régimen más o menos restringido, a fin de hacer compatible el ejercicio de tal beneficio con los otros derechos que le asisten a los hijos, infringen de ese modo, también, el contenido del interés superior del niño”.

(Considerando decimoquinto, CL/JUR/1617/2017)

EL REPROCHE DESTINADO A ATACAR LA REGULACIÓN EN DINERO DE UNA OBLIGACIÓN DETERMINADA, NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL EN SEDE DE CASACIÓN EN EL FONDO

“Que como se ha sostenido de manera reiterada por esta Corte, el reproche por esta vía destinado a atacar la regulación en dinero de una obligación determinada, no es susceptible de control en sede de casación en el fondo, desde que dicha acción presupone un ejercicio valorativo, que excede de lo meramente jurídico, en la medida que se efectúe de manera compatible con las reglas de la sana crítica; de modo que para que prospere un recurso como el que se examina es necesario que se denuncie la infracción a las normas sobre apreciación de la prueba conforme la sana crítica, señalándose de manera clara la conculcación a los criterios que dicho sistema probatorio establece, cuestión que, en la especie, no se observa”.

(Considerando octavo, CL/JUR/6905/2017)

OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS NO SOLO TIENE POR FINALIDAD CONSERVAR O MANTENER LA VIDA FÍSICA DE LA PERSONA DEL ALIMENTARIO SINO TAMBIÉN PROPENDER A SU DESARROLLO INTELECTUAL Y MORAL

“Que los alimentos, conforme la quinta acepción que da el Diccionario de la Lengua Española, constituyen ‘la prestación debida entre parientes próximos cuando quien la recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades’, y deben comprender no solo la comida, el vestuario y un lugar donde vivir, sino que lo preciso para que la persona que los solicita pueda desarrollarse espiritual y materialmente, lo que involucra la educación y la salud, también actividades recreativas y de esparcimiento, por lo tanto, la obligación de proporcionarlos no solo tiene por finalidad conservar o mantener la vida física de la persona del alimentario sino también propender a su desarrollo intelectual y moral”.

(Considerando tercero, CL/JUR/2886/2017)

REPORTE JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA

NEGATIVA DEL REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN DE CELEBRAR AUC POR NO CONTAR UNO DE LOS SOLICITANTES CON RESIDENCIA LEGAL EN EL PAÍS ES CONTRARIA A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

“Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho. Por su parte la norma legal, indirectamente y por vía interpretativa de la autoridad administrativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio al ciudadano extranjero por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile (...) en atención a lo razonado, careciendo de sustento legal que la respalde, el proceder de la autoridad del Registro Civil e Identificación es contraria a las normas constitucionales referidas y actualmente vigentes, por lo cual el recurso corresponde ser acogido, amparando los derechos fundamentales de la persona por quien se recurre, al infringirse la igualdad ante la ley y efectuarse discriminaciones arbitrarias a su respecto para contraer matrimonio”.

(Considerandos décimo y undécimo, CL/JUR/2600/2017)

PROCEDE APREMIO ANTE INCUMPLIMIENTO DE PAGO DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA

“Que la circunstancia que el recurrente haya efectuado abonos parciales a la deuda por compensación económica no modifica lo resuelto por sentencia firme y ejecutoriada, en el sentido que la suma a la que fue condenado por ese concepto debe satisfacerse en ‘una sola cuota’, atendido que no se ha dictado resolución alguna que disponga otra cosa, ni existe acuerdo entre las partes para tales efectos (...) que, en la forma señalada, ocurre que el apremio ordenado por la Juez del Primer Juzgado de Familia de Santiago lo ha sido en un caso previsto por la ley, por autoridad competente y con mérito que lo justifica, por lo que el presente recurso de amparo debe ser desestimado”.

(Considerandos tercero y cuarto, CL/JUR/3414/2017)

CORRESPONDE RECHAZAR DEMANDA DE CUIDADO PERSONAL DE LA MADRE SI NO SE ACREDITÓ NINGUNA CIRCUNSTANCIA QUE PUEDA SUPONER UN RIESGO PARA LA ESTABILIDAD DE LA NIÑA EN SU SITUACIÓN ACTUAL CON EL PADRE

“Los sentenciadores del fondo efectuaron una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata a partir de los hechos acreditados, considerando toda la prueba rendida, justificando razonadamente los motivos por los cuales se estima que el interés superior de la niña exige mantener su cuidado con el padre, con

quien vive desde marzo de 2015, quien ha asumido de buen modo la satisfacción de todas sus necesidades, brindándole un entorno seguro y estable, por lo que existen más ventajas en que su cuidado se mantenga con el demandante reconvenicional”.

(Considerando quinto, CL/JUR/3910/2017)

NO CORRESPONDE HACER APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA AL NO ENCONTRARSE LA DEMANDANTE CASADA BAJO EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

“Que, de tal manera, al no encontrarse la demandante casada bajo el régimen de sociedad conyugal, los sentenciadores del fondo no incurrieron en yerro, al no hacer aplicación del instituto de la suspensión de la prescripción extintiva, por no encontrarse la actora dentro de la hipótesis contemplada en el numeral 2° del artículo 2509 del Código Civil y, además, por tratarse de un beneficio jurídico que no resulta procedente aplicar por analogía o extenderlo a otros casos no contemplados por la ley”.

(Considerando octavo, CL/JUR/3917/2017)

CORRESPONDE ANULAR SENTENCIA QUE ESTABLECIÓ CARGA ALIMENTARIA EXCEDENTE DEL LÍMITE MÁXIMO LEGAL

“Ahora bien, tal como lo recuerda el escrito de impugnación, el primer inciso del artículo 7 de la Ley 14.908 establece como monto máximo de la carga alimentaria uno que no sobrepase del cincuenta por ciento de los emolumentos de quien debe soportarla (...) Es un hecho público, que no requiere de prueba, que el Ingreso Mínimo mensual se eleva a doscientos sesenta y cuatro mil pesos (\$264.000,-) desde el uno de enero de dos mil diecisiete. Un mero cálculo aritmético enseña que el cincuenta por ciento de los cuatrocientos noventa mil pesos (\$ 490.000,-) a que ascienden los ingresos de la alimentante, equivale a doscientos cuarenta y cinco mil pesos (\$ 245.000,-). Salta a la vista, así, que el fallo que se impugna prescinde del límite legal, lo que importa transgresión del mentado artículo 7 inciso primero, en términos que impele a anular el pronunciamiento de la objeción, como pasa a decidirse”.

(Considerandos quinto y sexto, CL/JUR/4205/2017)

ANDREA VARGAS CARRASCO

Investigadora

Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Facultad de Derecho

Universidad de Chile

DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO

N° 3699 Dirección del Trabajo

Resulta jurídicamente procedente que el empleador y la trabajadora, convengan un bono compensatorio del beneficio de sala cuna, por el monto que resulte equivalente o compensatorio de los gastos que originen la atención del menor, mientras no haga uso del derecho de sala cuna por medio de algunas de las alternativas legales previstas en el artículo 203 del Código del Trabajo, y se mantenga la jornada laboral de la trabajadora en cuestión en virtud del sistema descrito en el cuerpo del presente informe, el que implica trabajar en horarios en que, por regla general, las salas cunas no funcionan.

Fecha: 14/08/2017

Cita en línea: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-112582.html>

N° 2357 Dirección del Trabajo

La trabajadora embarazada no puede ni debe ejecutar labores que se consideran perjudiciales para su salud, incluso bajo expresa solicitud de la misma. En consecuencia, el empleador debe trasladar a la trabajadora en estado de embarazo a cumplir funciones que no sean perjudiciales para su salud, obligación legal que la Dirección del Trabajo, en el marco de sus facultades fiscalizadoras, puede verificar, imponiendo la sanción administrativa que corresponda en el caso de constatar su infracción.

Fecha: 01/06/2017

Cita en línea: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-112102.html>

N° 25.664 Contraloría General de la República

DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO

No resulta procedente, bajo ninguna circunstancia, que se autorice el pago retroactivo de los gastos en que ha incurrido la madre funcionaria durante los días en que, por motivos de salud, su hijo se ha visto impedido de asistir a la sala cuna que le provee el servicio. Esto, ya que, excepcionalmente, procede autorizar el cumplimiento alternativo de la obligación de otorgar sala cuna cuando el menor beneficiario presente una condición de salud que requiera cuidados permanentes, incompatibles, en términos absolutos, con su estadía en una sala cuna y no se trate de una enfermedad o impedimento temporal, como es el caso en cuestión.

Fecha: 12/07/2017

Cita en línea: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/buscar-jurisprudencia>

N° 25.539 Contraloría General de la República

No resulta procedente que se autorice a la funcionaria madre de un hijo menor de dos años, a ausentarse de sus labores, gozando de remuneraciones, para cuidar al menor que, por motivos de salud, se encuentra impedido de asistir a la sala cuna que le provee el servicio, para dar cumplimiento a la obligación del empleador de proveer tal prestación. De este modo, la hipótesis de la enfermedad del hijo menor no aparece como causal que autorice a una funcionaria a dejar de prestar sus labores, manteniendo sus ingresos, sin perjuicio de las situaciones especiales que regulan los artículos 199 y 199 bis del Código del Trabajo, referidos a enfermedad del hijo menor de un año y enfermedad grave, terminal o con riesgo de muerte del menor de 18 años.

Fecha: 12/07/2017

Cita en línea: <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/buscar-jurisprudencia>



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

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



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

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

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 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.

