

CIIMARIO

Julianio	
Bienvenida	01
Noticias	02
Entrevista. El Nuevo Código Civil y Comercial argentino Prof. Aida Kemelmajer de Carlucci	04
Opinión Legislativa. Comentario al Proyecto de Ley de Garantías de la Infancia y Adolescencia Jueza Gloria Negroni Vera	07
Comentario de Jurisprudencia. Sentencia sobre el cuidado personal compartido Prof. Maricruz Gómez de la Torre Vargas	10
Contrapunto "Ley de Acuerdo de Unión Civil" Prof. Mauricio Tapia Rodríguez - Prof. Hernán Corral Talciani	13
Novedades editoriales	16
Cine y Derecho Familiar. Kramer v/s Kramer Prof. Cristián Lepin Molina	18
Reporte Jurisprudencial Corte Suprema. Enero - Marzo 2016 Andrea Vargas Carrasco	23

EQUIPO

Director

Cristián Lenin Molina

Comité Editorial

Mauricio Tapia Rodríguez Maricruz Gómez de la Torre Vargas Francisco Ferrada Culaciati Gabriel Hernández Paulsen

Editor

Mauricio Abarzúa Carvacho

Colaboradores

Constanza Martínez Morgado Álvaro Mateluna Valdés Andrea Vargas Carrasco

abril 2016 Edición 1. volumen 1

BOLETIN

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

BIENVENIDA

Estimados lectores:

Luego de meses de intenso trabajo, tengo la gran satisfacción de presentar a ustedes el primer número del Boletín Actualidad Familiar. Se trata de una publicación cuatrimestral que en sus números regulares contará con seis secciones: editorial, noticias, entrevista, columna de opinión relativas a la legislación y jurisprudencia nacional, contrapunto, novedades editoriales, reporte jurisprudencial de las sentencias destacadas de la Corte Suprema, cine y derecho familiar.

Los significativos cambios experimentados por el Derecho Familiar hacen sumamente importante la existencia de una instancia que permita compartir con seriedad las reflexiones que surgen sobre la materia. Por ello, la motivación de Actualidad Familiar es abrir un espacio para la difusión del Derecho Familiar donde nuestros lectores puedan acceder a la opinión de jueces, abogados, profesores e investigadores.

En este proyecto desarrollado por el Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, hemos contado con el aporte de numerosos académicos y ayudantes de nuestra Facultad. Por ello, quiero agradecer al Comité Editorial de esta publicación, compuesto por Francisco Ferrada Culaciati. Gabriel Hernández Paulsen, Maricruz Gómez de la Torre Vargas y Mauricio Tapia Rodríquez, todos profesores de nuestra Escuela. Además, contamos con la valiosa contribución de la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, la Jueza de Familia Gloria Negroni Vera, del profesor Hernán Corral Talciani, quienes junto a los profesores Gómez de la Torre Vargas y Tapia Rodríguez han desarrollado interesantes colaboraciones. A todos ellos muchas gracias.

Por último, queremos agradecer al señor Decano de la Facultad, profesor Davor Harasic Yaksic, por el importante apoyo brindado para la realización de esta publicación.

Prof. Cristián Lepin Molina Director Boletín Actualidad Familiar

NOTICIAS



FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVO A LA CURADURÍA DE HERMA-

NOS MENORES DE EDAD EN EL CASO DE PADRES FALLECIDOS, ES OBTENIDO POR EL CURSO DE CLÍNICA JURÍDICA ESPECIA-LIZADA EN JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVER-SIDAD DE CHILE

El Excelentísimo Tribunal Constitucional acogió el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 367 del Código Civil, en una causa de designación de curador planteado por la Sra. Nel Greeven, Jueza del Juzgado de

el acuerdo de unión civil: temas pendien-

Familia de Pudahuel y la profesora Jessica Torres Q. como curadora ad litem designada en la causa.

Los alumnos del curso de la profesora Jesica Torres Q., relativo a Justicia Constitucional participaron activamente en la formulación del requerimiento y en la preparación de los alegatos, y asistieron además a la vista del recurso.



tes", organizado por el Programa de Derecho de Familia, Infancia, y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con la colaboración de la División de Organizaciones Sociales (DOS) del Ministerio Secretaría General de Gobierno, y el Departamento de Derecho Privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

cia y Adolescencia, y Daniela Santana Silva, Directora Legislativa de Fundación Iguales. La segunda mesa se abocó a los desafíos del matrimonio igualitario, con la intervención del prof. Gabriel Hernández Paulsen, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Rolando Jiménez Pérez, Director del Área de Derechos Humanos del MOVILH.

del Programa de Derecho de Familia, Infan-

EN SEMINARIO ORGANIZADO POR EL PROGRAMA DE DERECHO DE FAMILIA, INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE LA U. DE CHILE Y LA DIVISIÓN DE ORGANIZACIONES SOCIALES SE ANALIZÓ EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LOS ALCANCES DEL ACUERDO UNIÓN CIVIL

Con una gran convocatoria se realizó el día lunes 18 de enero de 2016 el seminario "Reflexiones sobre el matrimonio igualitario y En el acto inaugural, el vocero de Gobierno Sr. Marcelo Díaz valoró "la generación de estos espacios de debate y conversación entre Estado, academia y sociedad civil, en temas tan importantes como los que abordará este seminario, que se inscriben en el ámbito de los Derechos Humanos".

En la primera mesa se realizó una evaluación del acuerdo de unión civil, participando el prof. Cristián Lepin Molina, Coordinador Al cierre del panel, el Director de la División de Organizaciones Sociales, Camilo Ballesteros, enfatizó la necesidad de que el país avance en la senda de la integración plena y diversa, señalando que "esos caminos de integración requieren de una ciudadanía activa, empoderada y organizada". Agregando que es necesario "dar estas discusiones en los distintos espacios para empujar el cambio cultural hacia la valoración de la diversidad".



PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MI-GUEL ENTREGÓ CUIDADO PROVISORIO DE NIÑA DE 5 AÑOS A MUJER QUE ERA PAREJA DE MADRE BIOLÓGICA

El 23 de febrero 2016, la Jueza Titular del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, entregó el cuidado provisorio de niña de 5 años a mujer que era pareja de su madre biológica, luego de que en diciembre pasado la mamá biológica la apartara por tiempo indefinido de su hogar.

Si bien las mujeres eran pareja en el momento en que nació la niña, tiempo después habrían terminado su relación, quedando la menor bajo el cuidado de la madre de crianza mientras la madre biológica hacía abandono del hogar común.

Para las celebraciones de fin de año, las madres acordaron que la niña pasaría la Navidad con su madre biológica. El problema se produjo cuando la niña no regresó a su hogar en la fecha acordada, el 25 de diciembre.

Apoyándose en el informe emitido por la Oficina de Protección de Derechos de San Ramón, la jueza del Primer Juzgado de Familia de San Miguel resolvió que "la niña refiere que tiene dos mamás y las ama a ambas, sin embargo, es la madre de crianza el principal personaje que responde a las necesidades emocionales y básicas de la niña".

Ante el juzgado, la madre biológica, "negó haber dejado su hija al cuidado de la requirente, sin embargo de los documentos de salud y educacionales (...) como certificados médicos de atenciones de urgencia de la niña e informes escolares, figura como apoderado la madre de crianza, quien fue descrita como responsable, cooperadora, activa y mostrándose muy preocupada por

NOTICIAS

la niña manteniendo ésta excelente asistencia, agregando en el informe las educadoras no conocer a la madre biológica ni al padre biológico de la niña, ya que no acudieron nunca al colegio", afirma el fallo del tribunal.

Asimismo, el tribunal puntualizó que "la niña estuvo siempre bajo el cuidado responsable de su madre de crianza, que existe una situación de riesgo para la niña en la casa de la madre biológica, tanto por su inestabilidad emocional

y conducta negligente" y por ello resuelve que la niña debe quedar "bajo la protección y responsabilidad de su madre de crianza".

(Fuente: El Mostrador, 1 de marzo 2016.)

UN 72% DE LOS AUC, SON FIRMADOS POR PAREJAS HETEROSEXUALES

Hasta el día 18 de marzo de 2016, de un universo de 4058 acuerdos de unión civil ins-

critos en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil: 2928 han sido celebrados por parejas de distinto sexo, mientras que 1130 han sido celebrados por parejas de igual sexo. (Fuente: Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile, 21 de marzo 2016.)



CORTE SUPREMA ENVÍA INFORME SOBRE PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODI-FICACIONES AL SENAMA

Corte Suprema remitió a la Cámara de Dipu-

tados informe sobre el proyecto de ley que modifica la Ley 19.828, que crea el SENAMA y regula el funcionamiento y fiscalización de los establecimientos de larga estadía.

Nuestro máximo tribunal fue consultado específicamente sobre las atribuciones otorgadas al SENAMA para desarrollar y mantener un sistema voluntario de información de carácter público relativo a los servicios que se presten al adulto mayor y el registro voluntario de prestadores dichos servicios, sean remunerados o no.

Entre otras cosas, el Pleno de la Corte valora que se haya acogido en el proyecto re-

comendaciones de iniciativas similares discutidas anteriormente, asegurando que "(...) es posible señalar que el proyecto de ley en análisis, a diferencia de los informados anteriormente, contiene una regulación completa y sistemática de los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, en un cuerpo legal autónomo. Asimismo, define los conceptos que la Corte acusó de falta de claridad, superando de esta forma algunos de los defectos observados".

(Fuente: Poder Judicial, 07 de marzo 2016.)



EN EL MARCO DEL DÍA INTERNACIONAL DE LA MUJER, FUE GALARDONADA ESTE 2016 CON EL PREMIO ELENA CAFFARENA EN SU CATEGORÍA LIDERAZGO SOCIAL, CARMEN ANDRADE, encargada de la Oficina de Oportunidades de Género, dependiente de la Vicerrectoría de Extensión y Comunicaciones de la Universidad de Chile.

"Me siento muy honrada por este reconocimiento porque es un homenaje a Elena Caffarena, una pionera defensora de los derechos de la mujer, y porque creo que este premio recono-

ce no mi labor sino los esfuerzos de todas quienes llevamos años luchando por mayor igualdad", afirmó Andrade tras recibir el galardón de manos del Intendente Metropolitano, Claudio Orrego. Junto con ella, tres egresadas obtuvieron el reconocimiento en otras categorías. Este galardón es una iniciativa conjunta entre la dirección regional del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) y la Intendencia Metropolitana, que busca relevar el rol de las mujeres en la sociedad en diferentes áreas del quehacer social.

(Fuente: Universidad de Chile, 10 de marzo 2016.)

FUNDACIÓN IGUALES Y UNIVERSIDAD DE CHILE REDACTAN ANTEPROYECTO DE MA-TRIMONIO HOMOSEXUAL CON OPCIÓN DE ADOPCIÓN DE HIJOS

El día miércoles 06 de abril de 2016, Luis Larraín, presidente de la Fundación Iguales, junto con todo su directorio, los profesores Mauricio Tapia Rodríguez, Gabriel Hernández Paulsen y Fabiola Lathrop Gómez y representantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se reunieron con el presidente del Senado, Ricardo Lagos Weber, para presentarle el anteproyecto.

Constituyendo la primera iniciativa legislativa en incluir la adopción para parejas del mismo sexo, el documento, redactado por académicos del Departamento de Derecho Privado de la Facultad fue presentado a distintas autoridades. La promoción del anteproyecto contempló una audiencia con la Presidenta Michelle Bachelet el día jueves 14 de abril, a la que asistieron el Decano Davor Harasic Yaksic y la Vicedecana Maricruz Gómez de la Torre Vargas, junto con los académicos que redactaron el anteproyecto; y reuniones con el presidente de la Cámara de Diputados, Osvaldo Andrade, y el titular de la Corte Suprema, ministro Hugo Dolsmetch.

ENTREVISTA



PROFESORA AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

"LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO, EN MATERIA DE DERECHO FAMILIAR"

La profesora Aída Kemelmajer de Carlucci es Doctora en Derecho de la Universidad de Mendoza, Miembro de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba; Académica Honoraria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Academia Internacional de Derecho Comparado; Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y Co-Redactora del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

1. ¿CUÁL CREE QUE HAN SIDO LOS PRINCIPALES APORTES QUE CONLLEVA LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO?

Como en todo proceso de codificación o, mejor dicho, de recodificación, hay elementos de conservación y otros de innovación. Entre las principales innovaciones, mencionaría:

a) Desde el punto de vista metodológico:

- (i) La unificación de los dos códigos existentes (el civil y el comercial), a la manera del código italiano de 1942:
- eliminar un régimen duplicado de contratos, muchas veces contradictorio y otras superpuesto
- regular nuevos contratos existentes en el mundo de los negocios
- (ii) La incorporación al código de los principales convenios de derecho internacional privado a través de un régimen único y sistematizado.

b) Desde el punto de vista sustancial:

- (i) La constitucionalización del derecho privado, especialmente lo concierne a las relaciones familiares. Efectos prácticos de ello son:
- Poner como centro del sistema a la persona humana.
- La aceptación de pluralidad de formas familiares, respetuosa del principio constitucional de igualdad.
- La regulación de un tercer tipo de filiación, la reproducción humana asistida, respetuosa del principio constitucional de autonomía.
- Una protección más completa de la vivienda de toda persona, no sólo la que tiene familia.

La preocupación constante porque la norma jurídica se cumpla y, ante el incumplimiento, que funcione eficazmente el sistema de resolución del conflicto. Este CCyC contiene muchas normas de orden procesal, no sólo tendientes a dar eficacia a la sentencia (por ej., arts. 553 y 557, medidas para asegurar el cumplimiento de prestaciones alimentarias y régimen de comunicación), sino también para introducir figuras que, aunque discutidas por un sector minoritario de la doctrina, están incorporadas a la práctica judicial como instrumentos válidos para el ejercicio del derecho sustancial, como la carga probatoria dinámica, en el derecho de familia, con significativa amplitud (art. 710).

En la Argentina, cuando se dice constitucionalización, se comprende al "bloque de constitucionalidad", en el que están inmersos los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución. Esos tratados, como la Convención Americana de Derechos Humanos tienen órganos encargados de su interpretación y aplicación, como la Corte Interamericana. Para que la jerarquía supra legal sea efectiva, es necesario reconocer, como lo ha hecho la Corte Federal argentina, que el derecho convencional también se integra con la jurisprudencia de ese tribunal. De allí que el CCyC se haya redactado respetando esa jurisprudencia.

(ii) El apartamiento del criterio tradicional de interpretación, consistente en buscar la intención del legislador, que mira hacia atrás, y su sustitución por el que intenta determinar los fines de la norma, que mira hacia adelante y utiliza, como lo hace la Corte IDH y la Corte Suprema de Justicia, el método de interpretación dinámica de los textos, que permite atender a los fines al momento de aplicación de la norma.

ENTREVISTA

(iii) Sin abandonar las reglas, el CCyC pone de relieve los principios. Con anterioridad, en cambio, por muchos años, el uso de este tipo de normas permaneció como algo marginal, pues se favorecía otro tipo de razonamientos que implicaban la representación del jurista más fiel "a la ley" que "al Derecho".

Así, por ej., el art. 31 establece reglas para la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica (entre otras, la presunción de capacidad general de ejercicio, aunque la persona humana se encuentre internada en un establecimiento asistencial), el art. 706 prevé, entre otros principios generales del proceso de familia, el de la tutela judicial efectiva, etc.

2. EN MATERIA DE FAMILIA ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS QUE HAN INSPIRADO LA REFORMA?

Como dije, en el derecho de familia, el CCyC ha seguido muy de cerca los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales regionales que los interpretan. La Corte Interamericana afirma reiteradamente que "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo el modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio". La legislación interna no puede desconocer estos

"La familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias" conceptos básicos relativos a la pluralidad de formas familiares. En esa línea de pensamiento, los fundamentos que acompañan al anteproyecto dicen: "El Anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de democratización de la familia, de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del derecho de familia al derecho de las familias en plural; esta opinión se sustenta — entre otras razones

- en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la protección integral de la familia, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina –y en menor medida, en la jurisprudencia- como familia ensamblada), etcétera".

Por lo demás, no debe olvidarse que antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, la Argentina reguló el matrimonio de personas del mismo sexo igualándolo en todos sus efectos al heterosexual.

3. ¿CÓMO SE HAN LOGRADO MATERIALIZAR DICHOS PRINCIPIOS Y, EN ESPECIAL, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD?

La apertura a la autonomía, que es sinónimo de libertad, se abre a todas las personas, modificándose las nociones tradicionales de menor de edad, capacidad, incapacidad, representación, por entender que ya no son adecuadas para describir todo el régimen de los actos que involucran al niño y a la persona con limitaciones causadas por carencias de salud mental. De allí la mención de la expresión "edad y grado de madurez suficiente" en numerosas disposiciones que traen al código las nociones básicas contenidas en la Convención internacional de los derechos del niño (arts. 24, 26, 66, 404, 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 627, 639, 679, 690, 707), y la excepcionalidad del régimen de la incapacidad para las personas privadas de salud (art. 32 última parte).

El nuevo ordenamiento responde al principio de igualdad real y no meramente formal. En este sentido, entre otras normas:

- a) Declara la igualdad absoluta de los cónyuges, en el orden personal y patrimonial, y de los convivientes, sea la unión matrimonial hétero u homosexual (art. 402 y 509)
- Establece la absoluta igualdad de todos los hijos, nacidos dentro o fuera del matrimonio y cualquiera sea la fuente de la filiación (art. 558)
- c) Autoriza la elección del nombre de familia, sin dar prioridad a ninguno de los cónyuges (art. 64)
- d) Dispone el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y prioriza el cuidado compartido de los hijos, durante y cesada la convivencia, desautorizando cualquier discriminación fundada en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición (arts. 651, 656 y concs.).

4. ¿DE QUÉ MANERA SE PROTEGE AL MÁS DÉBIL EN LAS RELA-CIONES FAMILIARES?

El valor solidaridad subyace en toda la normativa. Así, por ej.,

- a) Valoriza, expresamente, el trabajo en el hogar (art. 660) y establece una prestación compensatoria a favor de quien ha sufrido un deseguilibrio manifiesto (arts. 441 y 524)
- b) La vivienda se protege fuertemente durante la convivencia (arts. 456 y 522) y en la crisis familiar (arts. 443 y 527)
- c) Prevé el especial derecho de acceso a la justicia de las personas con vulnerabilidad (art. 706);
- d) Las prestaciones alimentarias están fuertemente garantizadas (art. 553)
- e) A la hora de la muerte, se protege al heredero con gran discapacidad, autorizando una mejora a costa de los otros herederos (Art. 2448), etc.

ENTREVISTA

5. EN MATERIA DE UNIONES CIVILES ¿CUÁLES SON LAS ALTER-NATIVAS QUE OFRECE EL NUEVO CÓDIGO PARA PROTEGER A LOS CONVIVIENTES?

Regular las formas familiares no matrimoniales no ha sido fácil, dada la gran variedad que presentan en la Argentina; pero la dificultad no justifica la omisión. Los puntos de partida que dan base la regulación prevista, entre otras normas, en los arts. 509/528, son los siguientes:

- a) Existe un derecho a no contraer matrimonio, o sea, al lado de la libertad positiva (casarse) se ubica la libertad negativa, de manera que contraer matrimonio no es un deber u obligación. La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado ni las radicales consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que este conlleva contra su voluntad. En otras palabras, el ordenamiento no puede imponer a los particulares la celebración de un matrimonio, del mismo modo que no puede prohibirlo.
- b) Sin embargo, el derecho a vivir en pareja sin contraer matrimonio no implica que esas uniones no configuren "vida familiar" y no tengan efecto jurídico alguno. Resulta autocontradictorio que los integrantes de una pareja exijan solidaridad al Estado (en el régimen de la seguridad social, al pretender cobertura por pensiones, por ej.) y a los demás (al reclamar legitimación para ser sucesores en los vínculos contractuales locativos) pero, al mismo tiempo, pretendan vivir sin ningún tipo de responsabilidad interna.
- c) Dado que hay un derecho a la vida familiar y a no casarse, el legislador no puede aplicar a la unión convivencial todos los efectos del matrimonio porque esa solución implica eliminar la opción, la autonomía, la elección de no casarse, desde que de una u otra manera se aplicarán los mismos efectos.

Por lo tanto, y conforme a su propia realidad, el legislador debe decidir qué efectos corresponde aplicar y cuáles no. La reforma argentina consideró que para respetar la autonomía (libertad) y también la solidaridad y responsabilidad familiar, independientemente de los pactos que los integrantes puedan celebrar, debía regular el deber de asistencia (arts. 519/521), la protección de la vivienda familiar (art. 522) y el régimen de las compensaciones económicas (art. 524/5).

6. FINALMENTE ¿EXISTE ALGÚN TEMA EN MATERIA DE FAMILIA QUE LE HUBIESE GUSTADO INCORPORAR EN LA REFORMA? ¿CUÁL Y POR QUÉ SE DEJÓ FUERA?

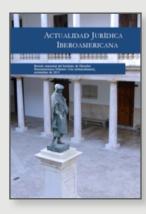
Desde que se entregó el anteproyecto en cuya redacción intervine, hasta que el CCyC se sancionó, se produjeron algunas modificaciones. Así, por ej., el texto definitivo dejó sin regular la gestación por

sustitución y la reproducción humana asistida post mortem. El vacío legal ha motivado que los casos sigan judicializándose, en perjuicio de los niños nacidos a través de estas técnicas. Además, se incorporó un "deber moral de fidelidad" que oscureció el texto, y se cambió la redacción del art. 19, que regula el comienzo de la persona, generando un innecesario debate sobre la situación de los embriones in vitro. Afortunadamente, este último punto se resuelve con los principios establecidos por la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo c/Costa Rica", pero no todos los jueces lo entienden de esta manera.

"No puede aplicar a la unión convivencial todos los efectos del matrimonio porque esa solución implica eliminar la opción, la autonomía, la elección de no casarse, desde que de una u otra manera se aplicarán los mismos efectos"

RECOMENDAMOS EN LA WEB

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA, N° 3 BIS (EXTRAORDINARIO), NOVIEMBRE 2015, TITULADO "ATLAS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO LATINOAMERICANO"



Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano que, dirigida por el Dr. José Ramón de Verda y Beamonte y coordinada además por los profesores Gabriele Carapezza Figlia, Giampaolo Frezza, Pietro Virdagamo, nos presenta un "Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho Latinoamericano" con la finalidad de entregar a sus lectores una completa revisión de la institución de la vivienda familiar en los distintos ordenamientos del derecho latinoamericano y que recoge el análisis de autores y profesores de países como España, Italia, México, Chile, Colombia, Argentina, etc. entre los que destacan los comentarios de Aurora López Azcona, Esther AlgarraPrats, Aida Kemelmajer de Carlucci y Mariel Molina de Juan, Cristián Lepin Molina, Julián Güitrón Fuentevilla, María Leoba Castañeda Rivas, Mauro Grondona, María Porcelli, Emanuela Migliaccio, Cristiano Cicero.

http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/AJI-n%C2%BA-41.pdf

OPINIÓN LEGISLATIVA

COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY DE GARANTÍAS DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA Y PROYECTOS ASOCIADOS.



ZAPATOS DE NIÑOS, SUS DERECHOS, SUS DESEOS, NECESIDADES, SUS TIEMPOS...O LOS DEL ADULTO. ¿DESDE DÓNDE NOS PARAMOS A MIRAR?

En septiembre de 2015 se presentó el *Proyecto de ley de Garantías de la Infancia y Adolescencia* cuyo fundamento es la protección de la Infancia desde la valoración jurídica de dicha etapa de desarrollo de la persona, con miras a la igualdad y reconocimiento de sus garantías jurídicas, como obligaciones del Estado, de la sociedad y de los padres o adultos responsables, puesto que su mayor bienestar es un "valor social prevalente".

o anterior, con el fin de permitir el desarrollo de cuerpos normativos que complementen la institucionalidad en el ámbito de la Infancia y Adolescencia, permitiendo así ejecutar sus principios y postulados, operacionalizar sus derechos, ejecutando acciones que buscan un resultado que garantice la máxima satisfacción de los derechos de los niños y adolescentes.

Junto al proyecto en análisis, se presentó al Congreso la iniciativa legal que crea la "Subsecretaría de la Niñez", dependiente del Ministerio de Desarrollo Social (Boletín N° 10314-06).

Adicionalmente, se presentó el 22 de marzo de 2016 el Proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (Boletín N°

"Introducir un nuevo procedimiento especial de protección cuando ya hay uno...trasunta en que no se cumpla... el derecho del niño a vivir en familia lo antes posible" 10584-07), institución que debe constituirse como un observador de las instituciones públicas y de aquellas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de derechos de los niños o niñas, autónomo, que vele por su actuar respetuoso de estos derechos, por lo que dicho proyecto debiera avanzar con el fin de poder contar con la observación de lo que se está planteando a través de los demás proyectos relacionados con la Infancia y la adolescencia.

DATOS DE CONTEXTO

4.414.927 población niños y niñas.

25,6% de la población del país es menor de 18 años.

47,4% son niñas y el **52,6%** restante son niños.

51% hogares con niños y niñas menores de 18 años se encuentra en **40%** el de mayor vulnerabilidad económica.

Más de un **74%** de los hogares con niños y niñas de 4 años o menos, pertenece al **60%** más vulnerable de la población.

Encuesta Casen 2013

OPINIÓN LEGISLATIVA

Asimismo, y de acuerdo con lo señalado en el proyecto que crea la Defensoría de la Niñez, el objeto de la institución será la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños y niñas, y sus funciones consistirán en derivar las peticiones que reciba, realizando recomendaciones específicas sobre las materias planteadas, emitir informes y recomendaciones a cualquier órgano del Estado, así como visitar centros de privación de libertad, centros residenciales de protección y cualquier lugar en que un niño permanezca privado de libertad, reciban o no recursos por parte del Estado, todo lo cual le permitirá el cumplimiento de su objetivo.

Estas funciones son absolutamente indispensables, pero a nivel de garantías especiales en los procedimientos de protección no garantizan el derecho del niño a contar con defensa jurídica material, por lo que no se aprecia cómo se efectiviza el debido proceso para los niños. Habrá que plantear también modificaciones a la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, a fin de ajustar los procedimientos a este Estatuto de Garantías Universales.

El 31 de marzo de 2015 se inició la tramitación del proyecto que modifica la Ley N° 19.620 de Adopción (Boletín 9959-18).

Sólo desde el punto de vista de los plazos, podemos señalar que el proyecto de Ley aún se encuentra en primer trámite constitucional y que sólo el 22 de marzo de 2016 se ha presentado el Proyecto de Defensoría de la Niñez, por lo que la agenda legislativa, juega en contra de los niños y la garantía de sus derechos, frente a una institucionalidad de un sistema de garantías que no existe y que depende de la disponibilidad presupuestaria.

El Sistema de protección administrativa que se propone en el Proyecto de Ley debiese implementarse completamente una vez creado el Servicio Nacional de Protección de la Infancia.

Se advierte una fuerte complejidad en su aplicación práctica, por la ausencia de delimitación de competencias, atribuciones y responsabilidades con el órgano administrativo en lo referido a la aplicación de medidas de protección a niños, niñas y adolescentes, lo que se hace necesario subsanar para lograr su objetivo.

En el lapso en que debiesen tramitarse las modificaciones correspondientes a la Ley 19.968, no se comprende cómo en la práctica se implementará el sistema de aplicación de medidas de protección que el proyecto propugna.

1. EN CUANTO AL DERECHO DE TODO NIÑO A CONTAR CON ASISTENCIA JURÍDICA:

La norma es genérica y no precisa la forma de hacerla efectiva. En la actualidad, la Ley N° 19.968 en su artículo 19 establece la posibilidad de designación de un curador ad litem que cautele los derechos del niño, niña o adolescente, pero en el proyecto que busca perfeccionar los procedimientos seguidos a su respecto no se advierte que dicha figura jurídica sea suficiente para

los fines perseguidos. Por ello, creemos que el proyecto de ley debiera establecer la manera de efectivizar este derecho, hacerlo tangible, comprensible y accesible tanto para los niños como para los padres o adultos responsables, pues la ley no contempla la obligatoriedad de defensa jurídica material en medidas de protección y tampoco en casos de violencia intrafamiliar tratándose de las personas más vulnerables del sistema. Esta puesta en práctica efectiva cobra especial relevancia

"Asimismo, y de acuerdo con lo señalado en el proyecto que crea la Defensoría de la Niñez, el objeto de la institución será la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños y niñas"

cuando el eventual afectado requiere defensa jurídica frente a la propia actividad del Servicio encargado de brindar protección.

2. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTARIA:

El artículo 4° de la Convención de Derechos del Niño señala: "[E] n lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional"-

El Estado debe demostrar que ha realizado su mejor esfuerzo, es decir, que ha utilizado al máximo los recursos con que cuenta. Debiese existir un compromiso certero y real del Estado en orden a otorgar los recursos necesarios para las finalidades perseguidas en el proyecto.

El Comité de Derechos del Niño ha señalado que los Estados "cuando ratifican la Convención, asumen la obligación no sólo de aplicarla dentro de su jurisdicción, sino también de contribuir, mediante la cooperación internacional, a que se aplique en todo el mundo", entendiendo la importancia de garantizar los derechos fundamentales de niños y niñas.

LA PROGRESIVIDAD EN LA ENTREGA DE LAS PRESTACIONES:

El artículo 5° del Proyecto de Ley, denominado "Obligaciones de los órganos de la Administración del Estado", consagra el carácter "progresivo" de prestaciones que entregarán o garantizarán los órganos de la Administración del Estado en su caso, lo que da cuenta que el pleno goce de los derechos de niños y niñas será un proceso paulatino.

OPINIÓN LEGISLATIVA

Esta progresividad no debiese obstar al goce de los derechos por parte de niños, niñas y adolescentes de la forma más amplia posible, dadas las circunstancias económicas, políticas y sociales del país.

Por su parte, no debe impedir la obligación inmediata para el Estado de garantizar el goce de niveles esenciales de cada uno de los derechos que reconoce. Ello se concretiza en procurar establecer un sistema de protección reforzada de niños y niñas pertenecientes a los sectores, comunidades y pueblos más vulnerables, respecto de quienes debe garantizarse especialmente el goce inmediato de niveles esenciales de los derechos reconocidos en este Proyecto de Ley de Garantías de los Derechos de la Niñez;

4. DIAGNÓSTICO DE IRRECUPERABILIDAD DE LA FAMILIA:

Se entiende dicho concepto en cuanto no ha habido respuesta ni adherencia de los padres o familiares en un tiempo acotado y más corto, dependiendo de la edad del niño. A menor edad del niño menos tiempo para procurar recuperabilidad de los padres.

Introducir un nuevo procedimiento especial de protección cuando ya hay uno previo implicará mayores tiempos de tramitación y por ende mayor tiempo de institucionalización de los niños. Ello trasunta en que no se cumpla con el objetivo del restablecimiento del derecho del niño a vivir en familia lo antes posible.

Con lo anteriormente señalado, es el Juez que tenga competencia para la adoptabilidad de niños o niñas el que resolverá medidas de protección. Parece más sensato que las causas de adoptabilidad se acumulen a las de medida de protección para uniformar experticia y criterio en el conocimiento de dichas causas.

Hoy en día en aquellos casos en que niños se encuentran en Residencia o en Programa de Familia de Acogida Especializada (FAE) ese es el objetivo de la medida de protección. No se entiende cuál es la necesidad de establecer un nuevo procedimiento que sólo extenderá la tramitación de dichas causas, incorporando nuevos plazos y complejizando su situación procedimental.

Por otra parte, con el Proyecto de Ley se elimina el derecho a la Cesión Voluntaria en la Adopción, lo que puede generar consecuencias graves que se han observado en otras épocas: mayor posibilidad de abortos, adopciones irregulares, reconocimiento de niños en el Registro Civil con certificados de parto de terceras personas.

Junto a lo anterior, la no contemplación de la Cesión Voluntaria implica necesariamente la realización de una serie de notificaciones que hoy en día, hasta el tercer grado inclusive, resultan engorrosas y retardan el procedimiento, ya que lo primordial es determinar a las personas que podrían hacerse cargo, luego sus domicilios, existiendo muchos casos en que no resulta posible notificar. Ello sucede típicamente en los casos de padres o familia en situación de calle, lo que implica necesariamente más retardo en el tiempo que medie hasta la posible notificación y posterior audiencia, en directo perjuicio del niño y el restablecimiento del derecho a vivir en familia.

Después de 25 años de aprobada la Convención de Los Derechos del Niño y a casi 11 años de la puesta en marcha de la judicatura especializada en materias de familia, lo esperable sería contar con la institucionalidad adecuada y coordinada a fin de poder visualizar que las próximas generaciones cuenten con mayores garantías de sus derechos, lo que permita la construcción de una sociedad más cohesionada y democrática.

GLORIA NEGRONI VERA Jueza de Familia, Tercer Juzgado de Familia de Santiago



COMENTARIO A UNA SENTENCIA SOBRE EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO¹

Introducción

Cuando la convivencia o la relación afectiva terminan, se producen situaciones en que los ex integrantes de la pareja —ex cónyuges, ex convivientes civiles o ex convivientes—mantienen relaciones conflictivas. Sin embargo, en su relación con los hijos, pueden ser padres presentes y tener el cuidado personal compartido con el hijo (a) o hijos (s). Para que ello ocurra, es siempre necesario el común acuerdo de los padres, no siendo posible forzarlo por vía judicial.

SUSCINTA RELACIÓN DE LA SENTENCIA

Don F.V.S. demanda ante el Juzgado de Familia de Coquimbo, cuidado personal compartido en contra de doña A.F.V., respecto de la hija que tienen en común.

F.V.S. funda su demanda en que, en la práctica, desde el año 2012, y como fuera posteriormente formalizado en causa judicial RIT C-41-2013, las partes establecieron un régimen por el cual la niña pasa siete días a la semana con su padre y siete días a la semana con su madre; en vacaciones de verano, a la madre le corresponden las dos primeras semanas de cada mes, y las últimas, al padre. Indica que no obstante mantenerse dicho acuerdo sin dificultades, con el objeto de tener mayores instrumentos legales para colaborar en la crianza y educación de su hija, y dándose los presupuestos para que se declare el cuidado personal compartido de ambos padres, solicita su declaración judicial.

La madre contesta la demanda, señalando que la niña siempre ha vivido con ella, bajo su cuidado personal, aumentándose progresivamente el régimen de relación directa y regular de la niña con el padre desde el año 2007 a la fecha, de modo que los siete días que permanece con la madre, corresponden a cuidado personal, y aquellos en que permanece con el padre, atañen al ejercicio de la relación directa y regular, desde que la madre ha tenido el cuidado personal histórico de la menor.

El Juzgado de Familia de Coquimbo en sentencia de veintisiete de octubre de dos mil catorce, rechazó la demanda de cuidado perso-

nal compartido. F.V.S. apela de dicho fallo ante la Corte de Apelaciones de la Serena, y con fecha seis de febrero de dos mil quince, la Corte confirmó la sentencia de primer grado.

Don F.V.S. recurre de casación en la forma contra la sentencia del tribunal de segunda instancia. Funda su recurso en la infracción del artículo 225 del Código Civil y del artículo 19 N° 2 de la Constitución, porque se rechazó la acción deducida, dándole un contenido a los hechos fijados en la sentencia que no procede, al considerar que el tiempo que el actor pasa con la hija no corresponde a convivencia, sino al ejercicio de la relación directa y regular acordada por las partes.

Señala que a los sentenciadores sólo les correspondía determinar si en la especie se daban los supuestos de procedencia del régimen legal de cuidado personal que establece el artículo 225 del Código Civil, que indica que, a falta de acuerdo, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo, añadiendo que la modificación legal introducida por la Ley N° 20.680 distingue tres situaciones, a saber: en primer lugar, la posibilidad de un régimen convencional, correspondiente al acuerdo al que pueden arribar los padres de entregar el cuidado personal a uno de ellos, o a ambos en forma compartida; en segundo lugar, un régimen judicial, por el cual el tribunal podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno sólo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido; y finalmente, el régimen legal ya mencionado.

Agrega que la sentencia infringe tanto el artículo 225 del Código Civil, como la garantía de la igualdad ante la ley prescrita en el ar-

1. C. Suprema, Rol 3335-2015, 27 octubre 2015 en www.pjud.cl, y L.P. CL/JUR/6465/2015

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

tículo 19 N° 2 de la Constitución, al considerar que el tiempo que la niña pasa con su padre corresponde sólo al ejercicio de la relación directa y regular establecida entre las partes, forzando el significado y sentido de la palabra convivencia y convivir. De acuerdo a lo que señala la RAE, debe entenderse por ello, la "acción de convivir" y el "vivir en compañía de otro u otros", respectivamente.

Señala que, en los hechos, la niña convive con ambos padres, y que independiente de lo que éstos hayan resuelto a propósito de las posibilidades de establecer un régimen de cuidado de la niña, la decisión impugnada afecta la garantía a la igualdad, puesto que ambos padres se encuentran en la misma situación fáctica, a las cuales se les atribuyen consecuencias jurídicas diferentes: a la madre se le asigna el cuidado personal y al padre sólo el ejercicio de la relación directa y regular.

Por su parte, la Corte señaló como los hechos establecidos por los jueces del fondo, los siguientes:

- 1°.- La niña tiene un régimen de relación directa y regular, que implica que permanece –o convive siete días con la madre y siete días con el padre.
- 2°.- Dicho régimen se estableció mediante acuerdo celebrado por las partes en febrero de 2014, oportunidad en la que se regularon también los alimentos que el padre pagará a la madre a favor de la niña.
- 3°.- La niña siempre ha vivido con la madre bajo su cuidado personal, aumentándose progresivamente el régimen de relación directa y regular de la niña con el padre desde el año 2007 a la fecha, de modo que los siete días que permanece con la madre, corresponden a cuidado personal, y aquellos en que permanece con el padre, atañen al ejercicio de la relación directa y regular, desde que la madre ha tenido el cuidado personal histórico de la menor.
- 4°.- Dicho régimen, si bien se ha desarrollado sin mayores dificultades, no excluye la existencia de un nivel de conflictividad entre los padres, cuya dinámica relacional coloca en riesgo el adecuado desarrollo psico-emocional y de personalidad de la niña, que se agudizaría en el caso de igualar las cuotas de poder decisorio de los padres.

La Corte rechaza el recurso señalando: "Que los jueces del grado, al analizar las posibilidades de declaración judicial del régimen de cuidado compartido, indican que de la lectura del actual inciso primero del artículo 225 del Código Civil, se desprende que los padres están facultados para acordar que el cuidado de un hijo sea ejercido por el padre, por la madre o por ambos de manera compartida, mientras que su inciso cuarto sólo faculta al juez, en caso de no existir acuerdo de los padres, para entregar el cuidado personal al otro de los progenitores o radicarlo en uno de ellos si los padres hubieren tenido un acuerdo previo de cuidado compartido".

Añade que "no cabe sino concluir, que en ninguna parte del artículo 225 ya citado e invocado por el demandante como norma fundante de

su acción, se establece que el juez pueda entregar o declarar siquiera el cuidado personal compartido", siendo la única excepción, el caso contemplado en el artículo 21 de la Ley N° 19.947, en que el juez puede pronunciarse aprobando el régimen que los padres acuerden y le presenten con su solicitud de divorcio de común acuerdo.

Concluyen de ese modo, que la regulación del cuidado personal compartido es una posibilidad que le atañe de manera exclusiva al acuerdo entre las partes (Considerando Cuarto).

Que a mayor abundamiento, incluso en la eventualidad que se considere plausible el recurso deducido en el sentido ya analizado, esto es, que no atenta contra los hechos de la causa relativos a la existencia en la práctica de un régimen de cuidado personal compartido, que es lo que pretende el recurrente, el arbitrio impetrado tropezaría con un segundo escollo fáctico, que corresponde a la inferencia de los sentenciadores de que el nivel de conflictividad de los padres coloca en riesgo el adecuado desarrollo psico-emocional y de la personalidad de la niña, que se agudizaría en el caso de declarar el cuidado compartido de la menor, de modo que el régimen de cuidado personal compartido atenta contra su interés superior. Conclusión fáctica que sería insalvable para el recurso, desde que no se ha reclamado contra ella (Considerando Séptimo).

COMENTARIO

La Ley Nº 20.680 introdujo modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales. Estas modificaciones tuvieron por finalidad proteger la integridad del niño (a) cuando sus padres vivan separados, regulando materias relativas al cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular y la patria potestad, aplicando los principios de interés superior del niño, derecho del niño a ser escuchado, autonomía de la voluntad, igualdad de los padres y corresponsabilidad parental.

Se mantuvieron las fuentes de atribución del cuidado personal: con-

vencional, legal y judicial. El artículo 225 del Código Civil establece que si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. En consecuencia, en la atribución convencional, son los propios padres quienes pactan la atribución del cuidado personal, aplicando el principio de autonomía. Este acuerdo se puede realizar mediante escri-

"El nivel de conflictividad que mantienen los padres coloca en riesgo el adecuado desarrollo psico-emocional y de personalidad de la niña"

tura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil en cualquier momento e inscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija, y en los juicios de separación y divorcio en los convenios regulatorios (artículos 21 y 55 Nueva Ley de Matrimonio Civil "NLMC"). Dice el artículo 21: "en todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

alimentos, el cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un **régimen de cuidado personal compartido**". Por su parte, el artículo 55 de la NLMC señala "(...) En todo caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21..."

A su vez, el inciso 2° del artículo 225, define el cuidado personal compartido como "un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad".

El cuidado personal compartido puede tener dos modalidades. "Cuidado alternado", cuando el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los padres, según la organización y posibilidades de cada familia singular². Se construye un sistema de alternancia en la residencia, cuando la convivencia del hijo en los dos hogares va naturalmente acompañada de todas las acciones que requiere su formación³. Esta opción permite que el hijo viva un tiempo con el padre y otro con la madre, como una manera de que conviva con ambos. Este criterio responsabiliza a los dos padres de la educación del hijo, y no rompe el vínculo del niño con ninguno de ellos⁴. El que los padres compartan el cuidado personal de los hijos requiere que ambos tengan una buena relación entre sí, y una situación económica que les permita tener un espacio para el hijo o hija y sus cosas en casas distintas. La idea es que el niño(a) sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son también suyas⁵.

En la otra modalidad, el niño (a) reside de manera principal en el domicilio de uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores relativas al cuidado del hijo (atención de la salud, ayuda de las tareas escolares, recreación, etcétera)⁶.

La ley al señalar "un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad" se inclina por el segundo sistema porque dentro de los elementos que conforman el cuidado personal compartido está la "continuidad" y "la estabilidad" en la residencia.

Es una situación que privilegia la conveniencia del hijo por sobre las disputas de los padres. Con el cuidado compartido se cumple el derecho del niño (a) a mantener una relación parental con ambos padres, sin perjuicio de la responsabilidad de ambos en la crianza, formación y educación, aun cuando estén separados o divorciados.

La segunda forma de atribución es la legal, regla supletoria que opera a falta de acuerdo de los padres, que establece que el hijo (a) continuará con el padre o madre con quién esté conviviendo.

Por último, la atribución judicial procede cuando no hay acuerdo entre los padres, y estos quieren modificar el acuerdo pactado, o cuando uno de ellos no está de acuerdo con la atribución legal. En estas situaciones, puede el padre o madre demandar ante el juez de familia, para que se atribuya el cuidado personal a uno de los padres, o se radique el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o en uno solo de ellos, si existiere un acuerdo compartido, cuando el interés del hijo (a) lo haga conveniente.

Retornando a la sentencia en comento, los jueces del grado, al analizar las posibilidades de declaración judicial del régimen de cuidado compartido, establecen que de la lectura del actual inciso primero del artículo 225 del Código Civil, se desprende que los padres están facultados para acordar que el cuidado de un hijo sea ejercido por el padre, por la madre o por ambos de manera compartida. En el inciso cuarto sólo se faculta al juez, en caso de no existir acuerdo de los padres, para entregar el cuidado personal al otro de los progenitores o radicarlo en uno de ellos si los padres hubieren tenido un acuerdo previo de cuidado compartido. Concluyen que "en ninguna parte del artículo 225 ya citado e invocado por el demandante como norma fundante de su acción, se establece que el juez pueda entregar o declarar siguiera el cuidado personal compartido", siendo la única excepción, el caso contemplado en el artículo 21 de la Ley N° 19.947, en que el juez puede pronunciarse aprobando el régimen que los padres acuerden y presenten junto con su solicitud de divorcio de común acuerdo.

Coincido plenamente con la conclusión a que llegan los jueces del grado, en cuanto a que la regulación del cuidado personal compartido es una posibilidad que atañe de manera exclusiva al acuerdo entre los padres, y que éste no puede ser sustituido por una decisión judicial.

Asimismo, es fundamental para conceder el cuidado personal compartido que éste no vaya contra el interés superior del niño: debe resultar beneficioso para éste. Por ello, no en todos los casos puede concederse, porque para que el régimen funcione es requisito que haya una relación con ausencia o bajos niveles de conflictividad entre los padres. De ahí que coincido con lo señalado por la Corte, en cuanto que el nivel de conflictividad que mantienen los padres coloca en riesgo el adecuado desarrollo psico-emocional y de personalidad de la niña, que se agudizaría en el caso de declarar el cuidado compartido de la menor, de modo que este régimen atentaría contra su interés superior.

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

^{2.} GROSMAN, CECILIA P. La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 806.

^{3.} HOLLWECK, MARIANA - MEDINA, GRACIELA. Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 1425, citado por GROSMAN, CECILIA, en ponencia presentada al segundo Congreso de Derecho de Familia del MERCOSUR, 25 de agosto 2006.

^{4.} BARCIA LEHMANN, RODRIGO. "Análisis crítico de las reformas del derecho de familia chileno", Gaceta Jurídica Nº 242, agosto 2000, p. 25.

^{5.} GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El sistema filiativo chileno", Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 148.

^{6.} GROSMAN, CECILIA P. "La guarda de los hijos después de la separación o divorcio de los padres", ponencia presentada al Segundo Congreso de Derecho de Familia del MERCOSUR, Buenos Aires, 25 de agosto 2006.

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ

HERNÁN CORRAL TALCIANI

ACUERDO DE UNIÓN CIVIL: NUNCA UNA LEY CIVIL ES MALA SI ELLA OTORGA NUEVOS DERECHOS

ACUERDO DE UNIÓN CIVIL: HACIA UN MATRIMONIO "DECONSTRUIDO"



En 1939, la Libreta de Matrimonio que entregaba el Registro Civil contenía el siguiente consejo: "si usted tiene desviaciones del instinto sexual no tenga hijos, porque

ellos serán como usted unos desgraciados". Discriminación y crueldad en un documento oficial del Estado, impregnado, probablemente, de odiosos prejuicios religiosos.



Pocos días después de que la Corte Suprema de Estados Unidos por 5 contra 4 votos resolviera, en junio de 2015, que parejas de personas del mismo sexo tenían derecho a acceder al

régimen propio del matrimonio, un mormón fundamentalista de Montana pidió autorización para casarse con una "additional wife".

omo se sabe, la igualdad ante la ley y su corolario, la condena a la discriminación arbitraria, fue declarada antes del nacimiento de nuestras leyes civiles. Desde entonces, la materialización de ese principio en tales leyes ha sido ardua, y se ha enfrentado a la oposición de unos mismos grupos refractarios a reconocer que en una República todos deben ser tratados como iguales y que la diversidad enriquece a esta Nación.

Veamos la situación de la mujer en el siglo XIX, dramáticamente disminuida en derechos civiles al momento de casarse e incluso considerada por ese hecho incapaz. Más de un siglo fue necesario para eliminar esa incapacidad, mediante graduales avances (siempre objeto de durísimos ataques), que le fueron reconociendo derechos sobre el patrimonio familiar y los hijos. Hoy, como es sabido, subsisten discriminaciones en la sociedad conyugal (que

dujo que las mismas razones del fallo favorable a las parejas-gay podían aplicarse a su propia forma de familia grupal: también su segunda mujer merecía ser reconocida con el estatus y los derechos de los casados.

Si este mormón se viene a Chile, podrá reclamar lo mismo en relación con el acuerdo de unión civil. Puesto que se admite que ese acuerdo pueda convenirse entre dos personas en la medida que "compartan un hogar" y pretenden regular su "vida afectiva en común, de carácter estable y permanente" (art. 1º Ley Nº 20.830), ¿cuál sería la razón por la que se limitaría tal reconocimiento legal y derechos subsecuentes sólo a las parejas, excluyendo a las convivencias plurales de más de dos personas? ¿No decían sus defensores que ya no existe un modelo único de familia, sino una diversidad de formas familiares respecto de las cuales el Estado

LEY SOBRE ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

tiene como "jefe" y administrador al marido).

Tan dura como esa batalla fue conseguir que se reconociera la igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales. Estos últimos se encontraban desprovistos originalmente de todo derecho, y sólo una evolución, abundante en obstáculos, permitió ir reconociéndoles gradualmente derechos, primero la mitad de lo que correspondía al hijo matrimonial, para sólo en 1998 atribuirles igualdad plena. Y todo ello con la oposición violenta de los mismos grupos, insensibles a la diversidad familiar que siempre ha existido en nuestro país.

Y qué decir acerca del derecho a poner término a un matrimonio fracasado. Al menos desde 1920 se venía utilizando la nulidad fraudulenta, un "divorcio a la chilena", sin protección para hijos y cónyuge pobre. Tenazmente resistido por los mismos grupos, y luego de

"Nunca una ley civil es mala si ella otorga nuevos derechos"

una larga tramitación, en el 2004 pudo finalmente reconocerse el divorcio. Y sólo se logró efectuando grandes concesiones a esos grupos, ampliando la nulidad civil con nuevas causales "canónicas" y reconociendo la "separación judicial", que se su-

ponía serían las formas de separación para aquellos cuyas conciencias le impedían acceder directamente al divorcio. Sin embargo, esos mecanismos no se utilizan. Los chilenos optan, masivamente, por la sinceridad del divorcio y no se dejan llevar por prejuicios.

Hoy son los convivientes -heterosexuales y homosexuales- quienes reclaman derechos que la ley les niega. Los primeros, exigen que no se les obligue a casarse para optar a derechos civiles. Los segundos, reclaman precisamente el derecho a casarse y, en términos generales, a que su orientación sexual o identidad de género no sea fuente de discriminaciones. Frente a ello, son los mismos los que se oponen, insensibles a los dolorosos hechos recientes que el desprecio a la diversidad ha venido cimentando, cerrando los ojos para desatender condenas internacionales que han evidenciado ante el mundo esa intolerancia, e incluso utilizando como peculiares argumentos para oponerse la amenaza de abrir la puerta al incesto o al matrimonio grupal.

Pero hoy somos cada vez más los que creemos que en nuestro país hay espacio para todos y que todos merecen un trato igualitario y digno.

En efecto, los últimos dos decenios han sido testigos de un avance monumental en las costumbres familiares, y de modificaciones legales que han dado cuenta (con retardo) de ellas, moviendo los límites de lo tolerado, reconocido y protegido por el Estado.

Las leyes de familia son instrumentos de tolerancia. No pueden modelar las costumbres ni anticipar los cambios, pues son regulaciodebe permanecer neutral? ¿No tienen "tod@s el derecho de casarse" según sostiene la Fundación Iquales?

Del mismo modo, hay que notar que para que una pareja pueda acordar una unión civil no se requiere que deseen procrear ni que tengan una relación romántica con atracción sexual. Según el texto legal, para el acuerdo sólo se exige que dos personas deseen compartir un hogar y tengan vida afectiva en común, y es claro que la afectividad puede darse de múltiples formas, y no únicamente a través de una relación amorosa. Hay afectividad entre parientes cercanos, entre amigos, entre personas asexuales, etc. Entiendo que este tipo de parejas, tanto si son del mismo sexo como si no, pueden celebrar uniones civiles válidas y eficaces, puesto que cumplen los requisitos contemplados en la ley. Lo que no se entiende es por qué se prohíbe acceder a este nuevo estatuto legal a los hermanos (art. 9 Ley N° 20.830). ¿No podrían estar interesadas dos hermanas solteras mayores que viven juntas en tener los derechos y beneficios que concede la unión civil? ¿Alguien podría negar que conforman un hogar y que existe entre ellas una profunda y sincera

Resulta curioso que mientras se alardea sobre la diversidad de tipos de familia, a la hora de legislar el modelo sigue siendo el matrimonio. Es lo que pasó con la Ley N° 20.830 que se suponía venía a resolver la carencia de derechos de más de dos millones de personas que convivían sin estar casadas. Como en su gran mayoría se trataba de parejas heterosexuales, que podían contraer matrimonio, hubiera sido necesario ofrecerles un estatuto que se alejara lo más posible de la imagen matrimonial. Sin embargo, pudo más el "lobby gay", que presionó, ya no para que quedaran protegidos los derechos patrimoniales en caso de convivencia, sino para que la unión civil fuera lo más parecida posible a un matrimonio. Hasta una "presunción de paternidad" se incluyó olvidando que la unión

"12 años de estudio y discusión en el Congreso, con la asesoría directa de destacados profesores de Derecho Civil, haya visto la luz un cuerpo legal tan deficitario desde el punto de vista técnico-jurídico" civil no genera deber de fidelidad ni de cohabitación, que son los presupuestos en los que puede descansar dicha presunción. Como era imposible replicar todo el estatuto matrimonial, lo que salió fue una especie de remedo legislativo -ley espejo- de la Ley de Matrimonio Civil, lo que ya producirá graves problemas de interpretación en muchas materias, principalmente en lo que se refiere a la comunidad de bienes que se contempla entre los convivientes civiles que queda regida por las normas del Código Civil sobre los cuasicontratos. Se pueden

LEY SOBRE ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

nes de un estado de cosas, de las distintas formas y proyectos de vida, sin juzgar entre ellos, sin preferir unos por sobre otros. Lo que muestra esta evolución es la confirmación de esa función de la ley civil familiar. Las rupturas matrimoniales antecedieron el divorcio, así como las convivencias anticiparon al AUC.

El Estado, por intermedio de esta ley de AUC, está integrando a esas familias, que no quieren o no pueden acceder al matrimonio. Les dice que todas las formas de relación afectiva entre dos adultos merecen igual respeto y protección. Que una República no puede articularse en prejuicios religiosos o ideologías excluyentes. Todos son iguales y merecen el mismo trato.

Sin duda podrán dirigirse algunas críticas contra la ley de AUC, pues se trata efectivamente de una regulación muy cercana al matrimonio pero que no considera a los hijos (no aborda la adopción por parejas del mismo sexo, ni la realidad de los hijos con dos padres o dos madres). El AUC es, efectivamente, un "matrimonio sin hijos". Su aplicación, por lo demás, por su propia naturaleza híbrida (y por varias imperfecciones jurídicas, que las sucesivas revisiones en la discusión parlamentaria no lograron eliminar), anuncia importantes desafíos para abogados y jueces.

Pero es un gran avance en inclusión. ¿Quién podrá negar que Chile será un poco mejor con esta ley? Ella reconocerá, protegerá patrimonialmente y permitirá solucionar conflictos al interior de las familias formadas por convivientes.

Nunca una ley civil es mala si ella otorga nuevos derechos.

Evidentemente, el camino no termina aquí. Es necesario abrir ahora el debate en el Congreso sobre el matrimonio igualitario y mejorar también la regulación matrimonial, en particular, eliminando las fastidiosas discriminaciones contra la mujer casada en sociedad conyugal, ya mencionadas. Sé que eso ya se está preparando, y es un nuevo motivo de satisfacción.

¡Cuánto hemos avanzado en tolerancia si releemos esa Libreta de Familia de 1939!

En el mediterráneo oriental, en la época del nacimiento de Jesucristo, los actos normativos del soberano se anunciaban con entusiasmo como "buena nueva". En mi opinión, la AUC es una muy buena nueva para Chile.

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ
Profesor de Derecho Civil
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho Universidad de Chile

imaginar los fraudes a que podría dar lugar la celebración de una unión civil para obtener un beneficio y luego disolverla de la manera extrajudicial y fulminante que permite la ley. No nos detendremos en las numerosas falencias de las que adolece el texto legal y que atormentarán tanto a jueces como abogados, salvo para manifestar la extrañeza de que después de 12 años de estudio y discusión en el Congreso, con la asesoría directa de destacados profesores de Derecho Civil, haya visto la luz un cuerpo legal tan deficitario desde el punto de vista técnico-jurídico.

Quizás ello se deba a que sus impulsores sabían que este cuerpo legal tenía más bien un objetivo mediático y estratégico: servir de plataforma para lograr aquello que realmente se persigue: el matrimonio y la adopción homosexual. Esto se está ahora impulsando a través de dos caminos simultáneos: primero, reclamando que se concedan a la unión civil los beneficios del matrimonio que no quedaron incluidos en la ley y, segundo, propiciando una reforma legislativa para convertir el matrimonio legal en una unión civil, es decir, en una unión entre dos personas, cualquiera sea su sexo, para regular la vida afectiva en común.

Se comprende que estamos ante lo que Derrida llamaría un proceso de "deconstrucción" de la identidad legal del matrimonio, y con ello de todas las relaciones familiares. Utilizando la misma etiqueta se procede a adulterar el contenido del envase para aprovecharse del prestigio acumulado de la institución, mientras paradójicamente se la priva de los fines públicos que justifican ese prestigio y favor social.

Ciertamente, el auténtico matrimonio, esto es, la unión incondicional entre un hombre y una mujer para fundar una familia y acoger y formar a sus hijos, seguirá existiendo, porque se trata de una institución que está inscrita en la misma naturaleza de la persona humana y en la índole de su identidad sexual dual y complementaria: masculina y femenina. Pero ese genuino matrimonio pasará a ser legalmente desconocido ya que las leyes no le otorgarán el trato preferente y específico que merece como tal. Sólo podrá acceder a derechos en cuanto cumpla con las exigencias del nuevo modelo familiar que se habrá entronizado: la pareja convivencial. Se consumará así una verdadera privatización del matrimonio, el que quedará entregado al mercado de los deseos y de las preferencias, particulares y contingentes, de los individuos.

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Profesor de Derecho Civil
Director de Departamento de Derecho Civil y Romano
Facultad de Derecho Universidad de los Andes

NOVEDADES EDITORIALES



ESTUDIOS DE DERECHO FAMILIAR I. ACTAS PRIMERAS JORNADAS NACIONALES. FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE. 2016

Coordinado por la Vicedecana de la Facultad de Derecho Prof. Maricruz Gómez de la Torre Vargas y el Coordinador Académico del Programa de Estudios de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia Prof. Cristian Lepin Molina, editorial Thomson Reuters.

Este libro constituye un gran esfuerzo por poner a disposición de la comunidad jurídica las conferencias y ponencias presentadas en las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Familiar celebradas en el Salón de Honor y la Sala de sesiones del ex Congreso Nacional los días 11 y 12 de junio de 2015 y organizadas por el Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescen-

cia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Se configura como una instancia de análisis y discusión de la legislación, doctrina y jurisprudencia, con una mirada interdisciplinaria que persigue integrar temas de derecho civil, derecho procesal, derecho constitucional y derecho internacional privado de familia. Dentro de estas materias, destacan temáticas tales como la regulación del matrimonio, el acuerdo de unión civil y las uniones de hecho, regímenes patrimoniales y efectos patrimoniales de las relaciones de familia, responsabilidad civil en el derecho familiar, el derecho a la identidad, filiación y noción de familia, sistema recursivo y la cosa juzgada en la justicia de familia, normas de policía e importancia de los vínculos de familia en casos de extranjeros expulsados del país, entre otros.



ESTUDIOS SOBRE LA NUEVA LEY DE ACUERDO DE UNIÓN CIVIL, 2016

Directores Prof. Mauricio Tapia Rodríguez y Prof. Gabriel Hernández Paulsen, editorial Thomson Reuters.

Esta obra recoge las ponencias desarrolladas por diversos académicos en el Seminario "Nueva Ley sobre Acuerdo de Unión Civil", organizado por el Departamen-

to de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. A través de las contribuciones de destacados profesores, la obra busca realizar un estudio y análisis crítico de los aspectos más relevantes de esta nueva institución, tales como su forma de celebración, sus requisitos, efectos personales y patrimoniales y mecanismos de terminación, además de las principales críticas a la nueva legislación.



REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA N° 9, MONOGRÁFI-CO "LEY DE ACUERDO DE UNIÓN CIVIL", 2016

Director Prof. Cristián Lepin Molina, editorial Thomson Reuters.

En este número, de carácter monográfico, está dedicado a la Ley N° 20.830, la cual constituye un hito trascendental en el Derecho Familiar, incorpora nuestra regulación a un contexto de notoria evolución de las valoraciones sociales respecto a la pareja y a su reconocimiento civil, la figura del acuerdo de unión civil. Con la intención de realizar un estudio y análisis de los

aspectos más relevantes y de las principales problemáticas de esta nueva normal, la Revista incluye, en su sección doctrina nacional, los artículos de los profesores Jorge del Picó Rubio, Henan Corral Talciani, Joel González Castillo, Eduardo Court Murasso, Pablo Cornejo Aguilera y Susana Espada Mallorquín, en doctrina internacional, contiene las contribuciones de los doctores Ma. Victoria Pellegrini y Leonardo Pérez Gallardo, y además contempla un resumen ejecutivo de la Historia de la Ley N° 20.830 para contribuir a la interpretación de la norma.

NOVEDADES EDITORIALES



MANUALE DI DIRITTO DI FAMIGLIA

Autor Prof. Michele Sesta, sexta edición, editorial Wolters Kluwer CEDAM, 2015.

Obra italiana que pone a nuestra disposición un manual actualizado donde se revisan las instituciones más relevantes del Derecho Familiar italiano, con constantes referencias a la jurisprudencia y la doctrina italiana y europea, en la que se destaca principalmente el tratamiento de la filiación y la custodia compartida, la atribu-

ción del nombre familiar, la modificación en los plazos para la separación y el divorcio, la propuesta de una simplificación o derogación de la copropiedad, la introducción de la negociación asistida en el área de la separación y el divorcio, la evolución internacional de los derechos del niño y el reconocimiento de la identidad y de la dignidad del niño, la aplicación de los principios de la responsabilidad civil en las relaciones entre los cónyuges y entre padres e hijos, etc. Todo ello, además de incluir un apéndice con guías para facilitar al lector el estudio de esta materia.



DERECHO DE FAMILIA

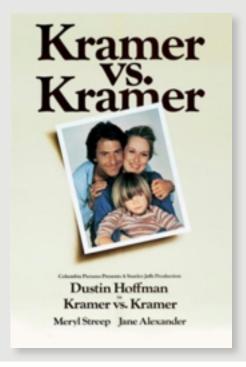
Autores Prof. Eduardo Roveda y la Prof. Graciela Medina, enmarcada en la Colección de Derecho Civil y Comercial dirigida por los profesores Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, 2016.

Obra argentina que a través de un análisis exegético del articulado del Nuevo Código Civil y Comercial de

la Nación analiza todo el Derecho de Familia, desde el concepto de persona, pasando por los regímenes patrimoniales del matrimonio, las uniones convivenciales, adopción y el régimen parental, agregando también el estudio sobre los procesos de familia y para entregar una herramienta útil no solo a los estudiantes de derecho, sino también a profesionales, a quienes brinda una mirada acabada de esta área del derecho.

KRAMER VS. KRAMER⁷

TÍTULO ORIGINAL	Kramer versus Kramer
AÑO	1979
PAÍS	Estados Unidos
GÉNERO	Drama
DIRECTOR	Robert Benton
MÚSICA	John Kander y Hereb Harris
FOTOGRAFÍA	Néstor Almendros
GUIÓN	Robert Benton (Basada en la novela Kramer vs. Kramer de Avery Corman. 1977)
DURACIÓN	105 minutos
PROTAGONISTAS	Dustin Hoffman (Ted Kramer) Meryl Streep (Joanna Kramer) Justin Henry (Billy Kramer)





Introducción

Kramer contra Kramer es un drama sobre las angustias que genera el divorcio o la separación matrimonial y las dificultades para compatibilizar el trabajo y la familia. Trata sobre un joven esposo que dedica gran parte de su tiempo al trabajo, en búsqueda del éxito profesional, y cuando parece lograrlo, su señora le comunica que ha decidido irse de la casa y dejarlo al cuidado de su pequeño. Después de unos meses la mujer regresa para pedir la custodia de su hijo.

as distintas temáticas que plantea la película nos permiten analizar y reflexionar respecto a las relaciones de familia en sus distintos aspectos, como son los roles de género, las relaciones de poder al interior de la misma, las distintas formas de familia, la relación trabajo y familia, y por último sobre el desarrollo de los procedimientos judiciales de cuidado personal o tenencia de los hijos. Por ello, hemos dividido este comentario en tres partes: la primera relativa a los antecedentes y un breve relato de la película; la segunda, la justificación de la obra elegida; y la tercera corresponde al análisis de los principales aspectos sociológicos y jurídicos que es posible desprender y por ultimo las conclusiones.

Es menester considerar que también pueden presentarse como temas de análisis tanto la separación como el divorcio, sin embargo, estimamos que no resulta necesario, ya que son los temas más analizados, en sus distintos aspectos.

LA HISTORIA

Ted Kramer, joven padre y esposo, después de meses de arduo trabajo ha logrado obtener la representación de una de las cuentas más grandes de la empresa de publicidad en la que trabaja. Feliz, llega a su hogar con la intensión de compartir esta buena nueva con su mujer, Joanna.

^{7.} Agradezco a la investigadora del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Andrea Vargas, por su importante colaboración.

Al llegar y tratar de contar la noticia, Joanna le comunica que se va de la casa pues no aguanta más la vida que han estado llevando hasta ese minuto. Sin entender totalmente la situación, Ted trata de detenerla y le pregunta qué sucederá con Billy, el hijo de ambos. Ella, muy nerviosa, le señala que no cree estar haciendo bien el papel de madre pues no tenía la paciencia necesaria y que por eso el niño debía quedarse con él. Termina diciéndole que ya no lo ama y que por ello no pretende volver.

Ted inmediatamente, además de trabajar, tiene que enfrentarse a las responsabilidades propias de criar a un niño, todas cuestiones de las que se encargaba Joanna antes de abandonarlos. Así, debe agregar a sus labores diarias las de cocinar, llevar y traer a Billy del colegio y a los cumpleaños, hacer las compras del hogar, asistir a reuniones de padres y actos escolares, etc.

Al mismo tiempo, Billy reciente la falta de su madre lo que se evidencia claramente en su comportamiento. A pesar y a consecuencia de ello, padre e hijo estrechan sus lazos.

Tras quince meses, Joanna regresa y se reúne con Ted. Ahí, le explica que tras abandonar el hogar comenzó a trabajar en California y consiguió ayuda psicológica. Gracias a ello es que entiende que jamás se había sentido realizada como mujer pero que ahora sí está lista para cuidar de Billy, razón por la cual pedirá la custodia del niño. Ambos, Ted y Joanna, consiguen asesoría jurídica.

Todo lo anterior comienza a afectar el desempeño laboral de Ted, quien llega tarde a reuniones y no cumple con los plazos que le exigen en su empresa. Por ello, Ted pierde su trabajo al mismo tiempo que comienza el juicio de custodia.

Ante los comentarios de su abogado, Ted busca inmediatamente un nuevo trabajo, aceptando algo muy por debajo de su cualificación.

Iniciado el juicio, ambas partes declaran ante el tribunal. Joanna comenta que antes de casarse trabajaba pero que después del matrimonio no pudo continuar porque su marido se negaba, alegando que no ganaría lo suficiente para poder contratar una niñera. Conjuntamente, comenta que su marido no la apoyó durante su relación, toda vez que estaba siempre ocupado con el trabajo. En razón de ello, señala que no tenía más opción que dejarlos ya que creía ser una persona horrible y que su hijo estaría mucho mejor con su padre. Habría aprendido, gracias a terapia, que no era una mala madre por querer trabajar y que quiere mucho a su hijo.

Contrainterrogada, Joanna reconoce que Ted nunca los trató mal a ella y a su hijo y que él siempre se encargó de proveer sus necesidades. Al mismo tiempo, reconoce que no ha tenido relaciones permanentes además de su matrimonio y de su hijo, a quienes dejó ya hace dieciocho meses.

Por su parte, Ted señala que lamenta muchas cosas de su matrimonio. Sin embargo, también destaca que el juicio no es sobre los problemas que tuvieron mientras estaban juntos, sino lo que es mejor para Billy, con quien él ha construido una vida después de que Joanna los abandonó. En el contrainterrogatorio, destacan eventos donde no habría cumplido con su anterior empresa para demostrar que no es una persona responsable. Ted trata de indicar que todos ellos tuvieron relación con el cuidado de su hijo, pero a pesar de ello, pierde la custodia del niño.

El tribunal decreta que la custodia pertenece a la madre, otorgando derechos de visita en favor de Ted.

El día en que Joanna debe recoger a Billy y llevarlo a su casa, pide hablar antes con Ted y llorando le dice que no se puede llevar al niño, pues él ya se encontraba en su casa.

JUSTIFICACIÓN

Los trascendentales cambios que la conformación jurídica de la familia ha experimentado la sociedad moderna, se deben en gran medida a la influencia de los cambios sociales que inciden en los distintos roles de cada uno de sus integrantes, y la forma de organizarse de los distintos grupos familiares. También por la demanda de ciertos sectores que tradicionalmente han sido ignorados por la legislación familiar, como los niños, mujeres y homosexuales (Roudinesco, 2002).

La película que hemos elegido para analizar es un clásico del cine, definida por la crítica como "atemporal" dada la problemática familiar planteada, derivada del conflicto conyugal, la posterior separación y la discusión judicial sobre la custodia de su pequeño hijo.

El desarrollo de la historia nos permite reflexionar no sólo sobre la separación de la pareja y los conflictos por permanecer junto a sus hijos, sino también, analizar los distintos modelos de familia, la incidencia del trabajo en las relaciones familiares, los roles de género y los litigios judiciales por el cuidado de los hijos.

En este sentido, la película logra de manera magistral instalar la reflexión sobre una serie de problemas derivados de los cambios sociales que determinan modificaciones en la regulación familiar, que cuestionan el rol protagónico del marido/padre en la estructura familiar, para dar paso a estructuras más democráticas en que se deben considerar los derechos fundamentales de todos los integrantes, e incluso en la actualidad con una preponderancia del interés del niño(a) por sobre los intereses de sus padres.

En síntesis, la película retrata los problemas cotidianos de la vida moderna, aquellos que ni los "exitosos" pueden evadir...los problemas familiares.

ASPECTOS SOCIOLÓGICOS

1. Rol de género y distribución de poder

La película plantea un quiebre en los tradicionales roles de género que han desempeñado hombre y mujeres al interior de la familia. En las primeras escenas, queda en evidencia la distribución de las cargas de trabajo al interior del hogar: el marido trabaja remuneradamente fuera de la casa (proveedor) y la mujer realiza las labores del hogar (dueña de casa). Dicha distribución de roles ha sido la predominante en la sociedad occidental y determina también las cargas de familia, pero fundamentalmente los derechos y deberes de sus integrantes.

Desde un punto de vista sociológico, se ha señalado que "es posible vincular la relación matrimonial hombre-mujer con la división de las funciones familiares, e incluso con una división económica del trabajo que se describe en todas las sociedades: unidades de cooperación padre-hijos o madre-hijas, o de los esposos entre sí. La distribución es arbitraria en cada cultura (como todos los rasgos culturales), pero en todas existen regulaciones" (Fucito, 1999).

Por otro lado, se sostiene que "la protección del trabajo en los comienzos del desarrollo de la legislación laboral fue unida a la protección de la familia, con lo cual se intentó una labor de moralización de las clases trabajadoras, sobre todo, mediante la reclusión de las mujeres en el espacio doméstico y su exclusión del ámbito laboral. Se desarrolla así un modelo doméstico y familiar en el que se sobrevalora el papel de la mujer como esposa y madre, cuyas competencias son las actividades domésticas, los cuidados y la educación de los hijos al interior del hogar mientras que la responsabilidad de proveer los medios de subsistencia y representar a la familia en el espacio público se atribuye a varones" (Caamaño, 2011).

Es fácil advertir que, en la película, Joanna no estaría conforme con su vida, siendo su interés el poder ejercer una actividad remunerada fuera del hogar, y que por ello es que toma la decisión de abandonar su casa, su familia y su forma de vida, viajando a otra ciudad para empezar nuevamente.

En Chile, se ha señalado que "en la actualidad, las transformaciones económicas y sociales del trabajo han puesto en evidencia que los sistemas jurídicos clásicos inspirados en el impuesto paradigma del "hombre proveedor y la mujer cuidadora" no han estado preparados para responder a las interrogantes que hoy representan los problemas derivados de la incidencia de la discriminación por causa del sexo y la demanda por conciliar responsabilidades laborales y familiares, todo lo cual ha llevado inexorablemente a tener que co-

menzar a rediseñar la legislación laboral. Así, entonces ocurre que el cuestionamiento de los roles de género tradicionales, y la imperiosa necesidad de un número creciente de personas por armonizar su vida personal y familiar con el trabajo, en especial en los casos de familias monoparentales, ha significado que esta problemática haya salidos de la esfera estrictamente privada para convertirse en un problema público relacionado con el bienestar de la familia" (Caamaño, 2011).

Se advierte también que, "de acuerdo al informe de la OIT y el PNUD, mientras predominaba el modelo familiar de hombre proveedor y mujer ama de casa, las familias de América Latina y el Caribe se organizaban en torno a una clara división de tareas entre la pareja. En la actualidad, las mujeres comparten con los hombres el papel de proveer ingresos, lo que marca un cambio drástico con el modelo familiar tradicional. Sin embargo, este proceso ha sido asimétrico, pues los hombres no han asumido de manera equivalente la corresponsabilidad de las tareas domésticas. En efecto, a pesar de su mayor participación en el trabajo remunerado, las mujeres siguen dedicando muchas horas a las labores dentro del hogar, por lo que el funcionamiento de las sociedades todavía supone que hay una persona dentro del hogar entregada completamente al cuidado de la familia" (Caamaño. 2011).

En este sentido, las teorías feministas sostienen que la familia es un sistema económico en el que los hombres se benefician del trabajo de mujeres y niños (Delphy y Leonard, 1992). También que las mujeres realizan más tareas domésticas que hombres, cuidan más enfermos y ancianos (Finch, 1989).

La participación de la mujer en el mercado laboral chileno, según los datos entregados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año 2002, señalan que el aporte que hombres y mujeres hacen a cada tipo de trabajo es muy diferente. Las mujeres aportan con el 35% de la fuerza laboral mercantil, lo que significa que un 65% de ellas están dedicadas al trabajo doméstico no remunerado. Del total de personas que declararon dedicarse a las labores del hogar, el 95% son mujeres. Según un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a 45% llegó la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo en Chile en el año 20108, aumentando la participación de la mujer en un 10%, pero aún por debajo de la participación en el mercado laboral de los hombres (Lepin 2013).

Esta incorporación de la mujer al trabajo remunerado ha generado nuevos problemas, como las importantes diferencias en remuneraciones y funciones que desempeñan las mujeres versus las que desempeñan los hombres. Existe diferencia en la participación en cargos públicos y en cargos de jerarquías en empresas privadas,

^{8.} Según un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a 45% llegó la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo en Chile en 2010, lo cual posiciona a nuestro país en el décimo primer lugar de América Latina en un ranking que lidera Perú con un 62%. El promedio de participación femenina en la región es de 50%. En tanto, el desempleo femenino en Chile llegó a 10% en 2010, lo que lo situó en el noveno lugar en América Latina.

Disponible en: http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=38814> [consulta: 4 junio 2015]

además de diferencias en las remuneraciones por las mismas funciones realizadas

En cierta forma, el monopolio de los ingresos y del patrimonio determina también la distribución del poder al interior de la familia y del matrimonio, de manera que mientras el marido/padre era el único proveedor, era a su vez quien detentaba el poder exclusivo sobre su mujer y sus hijos.

Estos últimos deben respeto y obediencia al marido/padre, quien posee un conjunto de derechos sobre su persona y bienes (potestad marital y patria potestad). Será sólo a partir de la década del 20 que la mujer y los niños se empiezan a incorporar al trabajo remunerado, lo que determina, por lo menos en Chile, sendas modificaciones para facilitar su incorporación y poder contar con más mano de obra. De esta manera, la incorporación de la mujer y los niños al trabajo genera un fuerte cuestionamiento a la potestad del hombre.

Se sostiene que "los sistemas familiares, en cuanto al poder relativo de los cónyuges, son *patripotestales o equipotestales*. Los primeros reconocen al padre de familia poder sobre la esposa y los hijos..." (Fucito, 1999).

2. Modelos tradicionales de familia. Del matrimonio a la familia monoparental

El matrimonio es, sin duda, el modelo más tradicional de familia. Durante años ha sido la forma principal (sino exclusiva) de constituirla. Incluso, se ha reservado en la mayoría de los países a las parejas heterosexuales (tendencia que ha comenzado paulatinamente a cambiar)

En el caso en comento, Ted y Joanna conforman una familia de tipo tradicional, organizada bajo un matrimonio heterosexual monogámico, e integrada también por su hijo Billy. En este sentido, es una familia nuclear, constituida por los padres y los niños (Fucito, 1999).

Dicha situación se mantuvo hasta que Joanna decide abandonar su casa y viajar a otra ciudad para comenzar una nueva vida. De esta forma, la familia tradicional, formada por un matrimonio, por medio de la separación de los cónyuges da paso a la familia monoparental compuesta por el padre y su hijo.

Se entiende por familia monoparental a "aquellos hogares formados por el padre o la madre con hijos menores de edad o incapaces que se encuentran a su cargo y que no tiene una pareja estable con la cual conviven" (Grosman y Herrera, 2008).

Se señalan como sus principales fuentes: a) la ruptura matrimonial o de convivencia; b) el fallecimiento de uno de los cónyuges o conviviente; c) madre o padre solteros; d) la procreación humana asistida; e) la adopción por parte de un hombre o mujer solteros; entre otros. (Grosman y Herrera 2008).

En la película se pueden apreciar los desafíos que la nueva forma de familia plantea a Ted, quien inmediatamente, además de trabajar, tiene que enfrentarse a las responsabilidades propias de criar a un niño, todas cuestiones de las que se encargaba Joanna antes de abandonarlos. Así, debe agregar a sus labores diarias las de cocinar, llevar y traer a Billy del colegio y de cumpleaños, hacer las compras del hogar, asistir a reuniones de padres y actos escolares, etc.

3. Trabajo y Familia. Exceso de trabajo. Compatibilizar trabajo y familia

Otro tema es la incidencia del factor trabajo en las relaciones familiares, no sólo por la señalada distribución de roles (marido/proveedor y mujer/dueña de casa), sino también por el exceso de trabajo o por la forma en que se pueden compatibilizar el empleo y la familia.

Desde este punto de vista, es interesante analizar la influencia que tiene la dedicación excesiva de una persona al trabajo (los denominados "trabajólicos") en desmedro de la relación con sus familiares más cercanos.

En la película, se puede establecer un vínculo entre el exceso de trabajo y la falta de dedicación a su cónyuge e hijo, los que determinan un quiebre en la relación. Quizás se puede agregar a esto que el escaso tiempo y compromiso con la familia deriva en el deterioro del vínculo afectivo.

Resulta evidente que Ted se encontraba tan inmerso en búsqueda del éxito laboral o profesional, con una importante carga de trabajo, con extensas jornadas y con un gran desgaste, que ni siquiera fue capaz de ver cómo su matrimonio y su familia se desmoronaban. Se podría decir que ni los exitosos están exentos del fracaso familiar, ya que, en muchas ocasiones, su dedicación casi exclusiva al trabajo es precisamente la causa del quiebre.

En otro sentido, también se pueden considerar las dificultades para hacer compatible el trabajo y la familia, lo que se puede apreciar cuando Ted comienza a fallar en su trabajo producto de la dedicación a su hijo Billy (incluso lo termina perdiendo).

En Chile, se ha planteado que "desde el punto de vista del Derecho, la reformulación de los roles de género frente al trabajo y la familia adquiere aristas de enorme relevancia social, ya que por una parte, dicen relación con el reconocimiento efectivo del derecho de las mujeres a poder desarrollarse en su dimensión laboral (y no sólo familiar o de cuidado) con igualdad de oportunidades que los hombres. A lo anterior cabe agregar, por otra parte; el interés cada vez más significativo de los padres trabajadores de poder asumir de modo más directo e intenso sus responsabilidades familiares, lo que hoy resulta muy difícil al negarles el ordenamiento jurídico-laboral prácticamente todo derecho en este sentido, a pesar de que la legislación civil los reconoce como co-responsables frente a sus hijos. Sin perjuicio de lo anterior, el tema en análisis cobra vigencia, puesto

que involucra también los intereses superiores de los niños y niñas, quienes son titulares de derechos fundamentales, entre otros, el de poder recibir el cuidado, atención y cariño de su padre y de su madre, lo que es dificultoso de materializar, si sus progenitores no tienen posibilidades concretas de conciliar trabajo y vida familiar" (Caamaño, 2011).

En este punto, es necesario adecuar la legislación laboral para el desarrollo de una vida familiar, sobre todo en cuanto a horarios, jornadas y lugares donde se realizan las actividades laborales.

4. Procedimientos judicial sobre la custodia de los hijos

Derivado de lo anterior, del conflicto de pareja, se encuentran los conflictos judiciales de familia: los procedimientos de divorcio, de alimentos, de custodia de los hijos y de visitas.

En la película, Joanna regresa y se reúne con Ted. Ahí, le explica que tras abandonar el hogar comenzó a trabajar en California y consiguió ayuda psicológica. Gracias a ello es que entiende que jamás se había sentido realizada como mujer pero que ahora sí está lista para cuidar de Billy, razón por la cual pedirá la custodia del niño. Ambos, Ted y Joanna, consiguen asesoría jurídica.

Se puede apreciar, en el desarrollo del juicio, lo nocivo que pueden resultar los juicios sobre tenencia o custodia de los hijos, principalmente por los daños que deja la separación o el quiebre de la pareja, y por la representación de las conductas de los padres. Esto último transforma el juicio sobre cuidado personal de los hijos, en un juicio sancionatorio de las conductas de los padres, por ejemplo, del abandono o la falta de contribución económica. Ello, sin dejar de lado los naturales temores que representan para una persona el cambio gatillado por la separación.

En este sentido, para Rivas, "como la separación es vivenciada como un daño, cuyas secuelas permanecen congeladas en el tiempo, en el "yo" de cada una de las partes se necesita al hijo para reparar la propia identidad lesionada. Para el niño lo que se juega en estas disputas no es una situación de consensuada conveniencia (como ocurriría en los procesos de común acuerdo) sino la certeza de que éste se desarrollará mejor en la convivencia con uno de los padres, pero quedando implícita la descalificación del que es excluido como custodio, como una marca social y jurídica que denotaría su culpabilidad" (Husni y Rivas, 2008).

Luego agrega, en específico sobre los juicios de cuidado o tenencia de los hijos que, "para sustentar los reclamos de tenencia se supone que aquello en lo cual el *partenaire* 'falló' en el vínculo de pareja (falta de amor, de interés, ejercicio de violencia) será repetido idénticamente en el vínculo con el hijo, estructurándose, de acuerdo con este tipo de pensamiento, el futuro en función del pasado. Se descalifica (y se teme) lo diferente (costumbres, hábitos, pensamiento, familia) que el otro progenitor pueda aportar al hijo, por lo que el

mecanismo que se utiliza es el rechazo del otro y el intento de convertir en conocido lo extraño por ser éste un factor de intranquilidad. Se considera que lo único bueno que puede darse al hijo es lo propio. A veces, el desacuerdo entre los padres con respecto a la tenencia radica en guerer que el niño viva una infancia idéntica a la propia (que se críe en determinada zona geográfica, que concurra al mismo tipo de colegio al que concurrió el progenitor, que desarrolle las mismas creencias religiosas o valores morales, etc.), lo cual encubre una visión particular del hijo como si éste fuera una copia o un 'clon' de sí mismo: curiosa forma de concebir el futuro (del hijo) en función del pasado (propio). Cuando el niño (o adolescente) muestra los aspectos negativos de su personalidad -cuando éste se sale del 'molde' que se ha diseñado para él-, se asocia esto inmediatamente a las características de la contraparte, atribuyéndoseles una única explicación, en lugar de interpretación como sucesos derivados del crecimiento que contribuirán al armado de su identidad. Una mamá separada que convivía con su hijo decía: 'tengo miedo de que sea como él y que también me maltrate'" (Husni y Rivas 2008).

Por último, es interesante reflexionar sobre el rol de la judicatura en el conflicto familiar. Desde ya es necesario dejar asentado que las personas llegan a los tribunales por su incapacidad de resolver sus propios problemas. También es necesario partir de la base de que, en un gran número de casos, el conflicto en términos personales se ve agudizado a tal punto, que no existen soluciones colaborativas posibles. En ese escenario, la intervención judicial debe contribuir a la solución del problema familiar, intentando colocar el foco en el bienestar del niño, en su mejor interés, y no en sancionar las conductas pasadas de los padres.

CONCLUSIONES

La película Kramer contra Kramer resultó una real oportunidad para analizar los distintos factores sociológicos derivados de las relaciones familiares, algunos de carácter internos, como la distribución de los roles al interior de la familia o los distintos modelos que pueden adquirir, y otros de carácter externos, como la relación del trabajo y la familia, o los juicios sobre custodia de los hijos.

En cada uno de ellos se puede apreciar los distintos cambios sociales que ha experimentado la familia, que van desde los cuestionados roles de género y la participación de la mujer en el trabajo, hasta el exceso de trabajo y la necesaria compatibilización entre familia y trabajo. Por último, es necesario analizar el rol de la judicatura de familia en los procesos de custodia de los hijos y, por cierto, de la legislación familiar de algunos países, que colocan el foco en sancionar a los padres, en vez de velar por el mejor interés de los hijos.

CRISTIÁN LEPIN MOLINA

Coordinador Académico Programa de Derecho de Familia Infancia y Adolescencia Facultad de Derecho, Universidad de Chile

PRIMER TRIMESTRE AÑO 2016

1. JUECES TIENEN LIBERTAD PARA DETERMINAR EL MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE DEBERÁ EL AUMENTO DE PENSIÓN DE ALIMENTOS

"Que el recurso reclama infringido el artículo 331 del Código Civil en cuanto la sentencia recurrida dispone que los alimentos que se deben desde la notificación de la demanda se entienden pagados con aquellos fijados en la causa principal. El citado artículo dispone que "Los alimentos se deben desde la primera demanda...". La recurrente alega que esta disposición se aplica tanto a los alimentos que se demandan originalmente, como a aquellos que resultan del aumento de la pensión.

Consideraciones tanto de texto como sistemáticas desmienten la tesis de la actora. El citado artículo se refiere a la "primera demanda". No es ésta una fórmula habitual en la legislación. Ella sugiere que puede haber tanto una primera demanda como demandas posteriores. La regla dispone que los alimentos se deban desde la primera demanda; no dispone, sin embargo, que el aumento de pensión se deba desde la demanda de aumento. La voz "primera" obliga al intérprete a distinguir ambas situaciones.

Desde el punto de vista sistemático, la interpretación cuestionada también aparece impugnada a derecho. Si el aumento de pensión se debiera desde la notificación de la demanda, no se ve razón para no concluir que su rebaja también debiera hacerse efectiva desde la notificación de la demanda respectiva. Esto daría lugar a acciones de pago de lo no debido que el legislador ciertamente ha querido evitar.

Tratándose de un aumento de pensión, el legislador ha preferido dejar a los jueces en libertad para determinar el momento a partir del cual ella se deberá, atendiendo a las circunstancias del caso. En consecuencia, la sentencia recurrida no ha incurrido en infracción del artículo 331 del Código Civil."

(Considerando octavo, Corte Suprema Rol Nº 8455-2015, 05 de enero de 2016)

2. VULNERACIÓN DE LA SANA CRÍTICA NO SE SATISFACE CON LA PERSONAL APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS PRODUCIDAS EN EL PROCEDIMIENTO POR PARTE DEL LITIGANTE PERDEDOR

"Desde otro ángulo, es lo cierto que no se explica la afrenta que lo actuado haya podido importar al artículo 32 que se alza como el eje de toda la acusación.

Se dice que "A este respecto cobra importancia fundamental, en el sistema de la sana crítica, la llamada garantía de la motivación, en cuya virtud se le da al juez libertad de apreciación, pero al mismo tiempo, se le obliga a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrando su conclusión, para prevenir la arbitrariedad. La motivación lógica debe ser coherente, es decir, debe basarse en razonamientos armónicos entre sí, que no contradigan los principios de identidad, de contradicción y tercero excluido. Además, la motivación debe respetar el principio de razón suficiente, para lo cual el razonamiento debe constituirse mediante inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en (su) virtud se vayan determinando, surgiendo así las exigencias de ser concordante, verdadera y suficiente".

No hace falta detenerse en lo que constituye un verdadero axioma del recurso de casación en el fondo, en punto a que no le es dable ingerir en la relación fáctica, que incumbe exclusivamente a los adiudicadores de instancia.

Para que esa incursión se legitime, es menester que se describa la vulneración de la sana crítica, lo que no se satisface con una objeción acodada en la personal apreciación de las pruebas producidas en el procedimiento, por parte del litigante perdedor. Para legitimar la revisión del fallo en su perspectiva fáctica, se requiere que el acusador precise de qué manera los razonamientos en torno a los cuales se estructura la decisión quiebran reglas elementales de la lógica formal o reniegan de aquello que el conocimiento popular y común tiene de los sucesos del cotidiano vivir en sociedad o, simplemente, se colocan más allá o más acá del conocimiento al alcance del mínimo común denominador de las personas en sano juicio.

Como se advierte de lo transcrito del libelo de queja, nada de eso aquí se ofrenda."

(Considerando undécimo, Corte Suprema Rol Nº 4242-2015, 12 de enero de 2016)

^{9.} Los considerandos han sido reproducidos de forma textual, sin modificar sus textos

3. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA POR EL OBLIGADO PRINCIPAL NO EXONERA PER SE A LOS ABUELOS PATERNOS DE CONTRIBUIR A LOS ALIMENTOS SI PENSIÓN TUVO SU ORIGEN EN LA INSUFICIENCIA DEL MONTO Y EN LA FALTA DE PAGO

"Que la apreciación acerca de la insuficiencia de la pensión que debe solucionar el padre para cubrir las necesidades actuales de su hijo surge, pues, a la luz de ciertos hechos que resultan inamovibles en sede de casación, como son el que dichos requerimientos han aumentado desde la anterior regulación, en tanto se han mantenido las limitadas facultades económicas de la madre, situación fáctica que el recurrente no ha intentado desvirtuar en esta sede -por los medios que concede la ley en el contexto de un recurso destinado a velar por la correcta aplicación del derecho- más allá de limitarse a señalar que la de las necesidades del niño no fue una cuestión debatida en el juicio.

Por otra parte, constituye también un hecho de la causa, el que la sentencia que determinó la obligación de los abuelos paternos, en el juicio Rit C 5212-2012 antes citado, se fundó no sólo en el "evidente y reiterado incumplimiento en el pago de la pensión alimenticia vigente por parte del padre", sino también en "la insuficiencia en

el monto de dicha pensión a la luz de las reales necesidades del menor", lo que esclarece el punto de prueba fijado por el tribunal a este respecto -que el recurrente se ha encargado de destacarque apunta, precisamente, a determinar "si la pensión alimenticia fue regulada en razón del no pago o también de la insuficiencia de la pensión de alimentos que paga el padre en razón de las necesidades del alimentario y si dicha insuficiencia se mantiene". En consecuencia, al establecerse que la pensión fijada a los abuelos paternos tuvo su origen en ambas circunstancias contempladas en el citado artículo 232 del Código Civil-insuficiencia y falta de pago- y que se mantiene la insuficiencia de la pensión que debe solucionar el principal obligado, el hecho de que éste se encuentre al día en el pago de la obligación alimenticia, no exonera de su obligación a los demandantes."

(Considerando sexto, Corte Suprema Rol Nº 10431-2015, 13 de enero de 2016)

4. LA SOLA EXCLUSIÓN DE PATERNIDAD NO INVALIDA EL ACTO DE RECONOCIMIENTO

"Que, en efecto, el artículo 202 en relación con el 1698, ambos del Código Civil, obligaban al actor probar el error que reclamó como vicio de su voluntad en el acto de reconocimiento de paternidad para proceder a su nulidad, lo que, en la especie, no sucedió, pues como se viene diciendo, no basta para la acreditación de dicha circunstancia la prueba pericial -destinada solamente a establecer o descartar el vínculo biológico entre los involucrados- pues la sola exclusión de paternidad no invalida el acto de reconocimiento.

En efecto, dicho tipo de probanza no es suficiente para probar el error que el demandante acusa, desde que además de plantear los fundamentos fácticos que lo provocan mediante una descripción escueta y genérica de los hechos que lo constituyen, requería el establecimiento judicial de circunstancias concretas que lo configuran, conforme las normas generales que rigen la materia."

(Considerando undécimo, Corte Suprema Rol Nº 18123-2014, 28 de enero de 2016)

5. DIVORCIO DECRETADO MIENTRAS SE TRAMITA EL JUICIO DE ALIMENTOS IMPIDE ACOGER LA DEMANDA

"Que la constatación de dichos presupuestos fácticos por los jueces del fondo, específicamente el hecho del divorcio decretado, hace claramente improcedente la concesión de alimentos a favor de la demandante, por lo que acoger la demanda, como sucede en la especie, configura un yerro jurídico que debe ser reparado por medio de este arbitrio.

En efecto, se vulneran los artículos 60 de la Ley N° 19.947 y 321 N° 1° del Código Civil al acoger la demanda de alimentos en la forma que los sentenciadores del grado lo hacen, pues, además de ser equivocado, es innecesario emitir declaración y dictar condena

respecto de los alimentos, que aunque provisorios, ya se encuentran devengados -obligación fundada en resolución judicial previa y firme, y que, por lo tanto, tiene el carácter de indubitada-. Por lo mismo su cobro debe perseguirse conforme las reglas generales de cumplimiento de las resoluciones judiciales."

(Considerando décimo, Corte Suprema Rol Nº 18123-2014, 28 de enero de 2016)

6. TIENEN APLICACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LAS CUOTAS IMPUGNADAS DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA LAS NORMAS RELATIVAS A LOS ALIMENTOS CON EXCEPCIÓN DE AQUELLAS QUE AFECTAN LA LIBERTAD PERSONAL

"Que el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil establece: "Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajustable. La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia", determinación por la cual el legislador asimila o hace equivalente la compensación económica regulada en cuotas con las obligaciones de alimentos. Esta regulación legislativa hace aplicable, en la etapa de cumplimiento, todas las disposiciones referidas a los alimentos a la compensación económica.

Sin embargo, surge a este respecto la norma del artículo $7\ N^\circ\ 7$ de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual prescribe "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios", conforme a lo cual el valor fundamental está constituido por el respecto a la libertad personal, la cual no podrá ser restringida con motivo del cobro de deudas impagas, haciendo excepción las obligaciones alimenticias.

Esta exposición de las normas legales hace indispensable desarrollar la labor interpretativa de las mismas, considerando especialmente que la libertad personal es una garantía fundamental que solamente podrá ser restringida por una regulación constitucional, salvo que simplemente se la esté regulando en su empleo, evento en el cual no podrá ser afectada en su esencia.

Igualmente debe dejarse indicado que la compensación económica establecida en cuotas tiene por causa hechos pos-matrimoniales y pre-divorcio, regulada judicialmente como una compensación, indemnización y reconocimiento de los esfuerzos y postergaciones del cónyuge beneficiado con ésta. Es por ello que la norma de la Ley de Matrimonio Civil indica que las cuotas de la compensación económica se considerará como alimentos, únicamente para el cumplimiento. Es por ello que coincidiendo en el hecho que tales obligaciones constituyen expresión de los deberes de auxilio recíproco de los cónyuges y de naturaleza asistencial, por lo que queda de manifiesto, sin embargo, que la compensación no es una prestación alimenticia.

De lo anterior se sigue que la interpretación dada a los preceptos debe serlo de manera que ambas disposiciones cobren vigencia. En tales circunstancias, atendiendo a los principios indicados, han de tener aplicación en la ejecución de las cuotas impugnadas de la compensación las normas relativas a los alimentos con excepción de aquellas que afectan la libertad personal."

(Considerando primero, Corte Suprema Rol Nº 37478-2015, 03 de marzo de 2016)

7. LA LEY AUTORIZA EXPRESAMENTE AL HIJO PARA DIRIGIR LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN EN CONTRA DE LOS HEREDEROS DEL PRE-SUNTO PADRE SI ÉSTE FALLECE

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

y lo que dispone el artículo 1.097 del referido texto legal, que establece que los herederos representan a la persona del causante y la noción general que los derechos y obligaciones son trasmisibles; razones por las que el recurso no podrá prosperar por adolecer de manifiesta falta de fundamento, lo que autoriza su rechazo en esta etapa de tramitación."

(Considerando sexto, Corte Suprema Rol Nº 7501-2016, 16 de febrero de 2016)

8. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE RECHAZA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN OPUESTA EN LA ETAPA DE CUMPLIMIENTO INCIDENTAL DE ALIMENTOS

"Que, por lo anterior, resulta que el recurso de casación en el fondo que se examina no es procedente, ya que la resolución que se impugna es aquélla que confirmó la de primer grado que rechazó la excepción de prescripción opuesta por el ejecutado, todo ello, en el contexto del cumplimiento incidental de una sentencia, resolución

que no participa de la naturaleza jurídica referida, razón por la cual, no puede acogerse a tramitación y será declarado inadmisible."

(Considerando quinto, Corte Suprema Rol Nº 1554-2016, 04 de marzo de 2016)

9. AUTORIZACIÓN PARA LA SALIDA DEFINITIVA DEL PAÍS DE UN MENOR DEBE RESOLVERSE A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

"Que un conflicto como el planteado debe resolverse a la luz del principio rector que rige en materia de familia, que, en el caso concreto, se traduce en determinar cuál es el interés superior del niño J.E., esto es, dar contenido al referido principio, para lo que, como correctamente señalan los jueces del fondo, corresponde considerar sus necesidades materiales, afectivas, educativas, emocionales y psicológicas, y los efectos que en su fuero interno puede provocar cualquier cambio de situación en su vida presente; razón por la que no se divisa cómo se pudo infringir lo que señalan las referidas disposiciones, si para adoptar la decisión que se impugna se ponderó el informe pericial que precisamente abarca todos los aspectos señalados y alude a cada uno de los hechos materia de prueba, lo que no hizo el de tipo sicológico que solo se refirió a ese aspecto especí-

fico, y las demás probanzas rendidas por las partes en la audiencia de juicio, considerando, del mismo modo, la opinión manifestada por el niño J.E. en la diligencia llevada a cabo para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N° 19.968.

Con todo, el discurso del recurrente importa, en definitiva, rebatir la valoración que se hizo de la prueba que fue aportada por los litigantes, o disentir con dicho proceso racional por no estar de acuerdo con la conclusión a la que se arribó, lo que escapa al control que debe efectuarse en sede de casación."

(Considerando octavo, Corte Suprema Rol N° 12164-2015, 07 de marzo de 2016)

10. NO SON REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA DE DUREZA LA ACTITUD PERMANENTE DE INCUMPLIMIENTO Y LA GRAVEDAD DEL MISMO

"Que en este punto se equivocan los jueces, ya que sostienen que el incumplimiento no es reiterado sino irregular porque la palabra reiterada implica que a lo menos se dejó de pagar la pensión en dos oportunidades, lo que quedó demostrado con las órdenes de arresto; sin embargo, la Corte no ha señalado ni explicado qué significaría un cumplimiento irregular; además, sostiene que para que se cumplan los requisitos el demandante debe tener una actitud permanente de incumplimiento y debe ser grave; ambos calificativos no se encuentran en el artículo 55 inciso tercero de la Ley de Matrimonio Civil, por lo cual los jueces yerran al exigirlo. Es de toda lógica entender que incumplir con la obligación de alimentos es grave, ya que significa poner en riesgo la vida de los hijos, ya que no contarán con lo mínimo para su subsistencia. Por último,

también se equivocan, los jueces al entender que los complementos no forman parte de la pensión de alimentos, de lo contrario no es entendible la razón por la cual los tribunales concedieron las órdenes de arresto al respecto; las pensiones de alimentos pueden ser fijadas de distintas maneras y, en este caso, estaba constituida por una cuota mensual y por el complemento que debía pagarse dos veces al año; ambos constituyen la pensión de alimentos de los hijos y cónyuge y, por lo tanto no es cierto sostener que el incumplimiento no sería aplicable ya que se trata solo de los complementos."

(Considerando quinto, Corte Suprema Rol Nº 9444-2015, 09 de marzo de 2016)

11. LA PASIVIDAD DE LA BENEFICIARIA DE LOS ALIMENTOS NO IMPIDE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE DUREZA

"Que es fácil advertir que el recurso se basa en un equívoco insalvable, pues asume hechos diversos a los que se tuvieron por asentados en la instancia. Como se indicó quedó acreditado que el demandante de divorcio incumplió en forma reiterada el pago de la pensión de alimentos a favor de sus hijas y que a la época en que eso ocurrió se encontraba con trabajo y, por ende, recibía un estipendio suficiente para solucionar la pensión de alimentos. Las condiciones de la excepción prevista en el artículo 55 inciso 3° concurren en la especie, no existiendo en el recurso argumento alguno que altere lo razonado y fallado por la sentencia recurrida. La mención al carácter calificado de la excepción no modifica lo resuelto, ni tampoco concurre una argumentación que explique por qué ese carácter calificado debiera haber llevado a una conclusión diversa al juzgador. Es más, luego de señalar que se trata de una excepción "calificada", se limita a indicar las condiciones de procedencia de la excepción, las cuales en nada se ven afectadas por la pasividad de la demandada de divorcio en el cobro de la pensión. No aparece en la regla que se estima impugnada como condición de aplicación la exigencia de que la alimentaria deba compeler al pago de las pensiones devengadas. La pasividad de la beneficiaria de los alimentos o representante de quienes lo sean no impide la aplicación de la excepción, debiendo tenerse presente que la sanción a esa conducta omisiva está determinada por la prescripción de la acción de cobro, dejando la obligación como una natural. En definitiva, lo que el recurso plantea es introducir por la vía interpretativa una nueva condición a la aplicación de la excepción que consistiría en la necesidad que los titulares del crédito de pensión de alimentos estuvieran obligados a reclamarla en forma constante y reiterada, lo que resulta improcedente y contrario al texto que se estima lesionado. A través del planteamiento del recurrente se pretende que el titular del crédito alimenticio proceda a constituir en mora al deudor por vía de interpelación, lo que no está previsto en la regla y, además, conforme lo dispuesto en el artículo 1551 N° 2 del Código Civil, el deudor quedó en mora por el solo transcurso del plazo previsto para el cumplimiento de la obligación. En definitiva, la interpelación opera en forma automática, sin necesidad de requerirla por la vía judicial."

(Considerando cuarto, Corte Suprema Rol Nº 14023-2015, 29 de marzo de 2016)

ANDREA VARGAS CARRASCO

Investigadora Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Facultad de Derecho, Universidad de Chile



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

Boletín de circulación gratuita y digital. Si desea recibir nuestra próxima edición, por favor inscríbase al correo electrónico actualidadfamiliar@derecho.uchile.cl.

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

PROGRAMA DE DERECHO DE FAMILIA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

FACULTAD DE DERECHO — UNIVERSIDAD DE CHILE

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

