

## 5. UNIONES Y PARENTALIDAD

El capítulo que se presenta a continuación muestra las temáticas de matrimonio civil y divorcio; filiación y adopción; postnatal masculino; y el proyecto ciudadano de unión homosexual. Para cada tópico se incluye el estado de situación actual, la legislación, normativa y reglamento y en algunos casos jurisprudencia y políticas públicas.

### 5.1. MATRIMONIO CIVIL

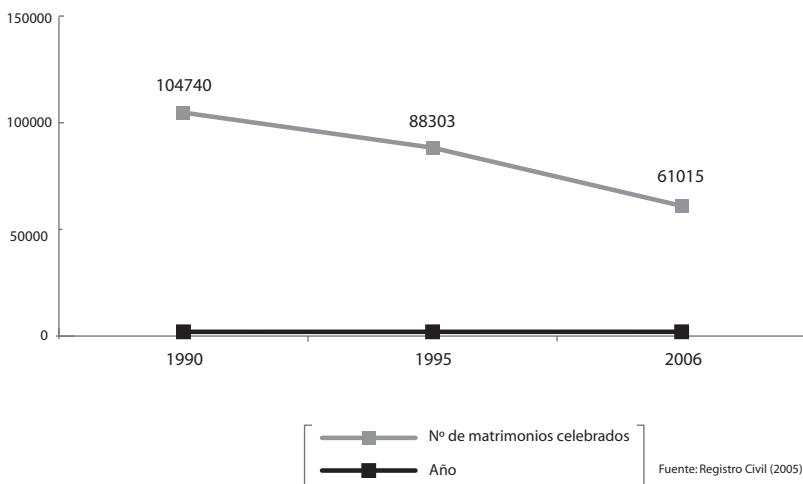
Tanto la Nueva Ley de Matrimonio Civil, como la de filiación y adopción, han sido pasos importantes tanto para la igualdad entre hombres y mujeres, como para los derechos de los niños y niñas, nacidos dentro y fuera del matrimonio o adoptados. No obstante, aún queda camino por recorrer, sobre todo si se observan los tratados internacionales suscritos por Chile y el compromiso que asumió en la Conferencia Internacional Sobre Población y Desarrollo, El Cairo, en 1994.

#### 5.1.1. SITUACIÓN ACTUAL

Hasta el año 2004, Chile era el único país en el mundo que no contaba con una ley de divorcio que regulara las rupturas matrimoniales (Fundación Chile 21, 2001). Esta ausencia de regulación obviaba la realidad de nuestro país y no reconocía los cambios en materia de nupcialidad ocurridos en las últimas décadas instando a la

búsqueda de respuestas para resolver las rupturas a través de resquicios legales tales como la declaración de nulidad del matrimonio. Así por ejemplo, desde la década de los '90 se registra una fuerte tendencia a la disminución de los matrimonios civiles. El Servicio de Registro Civil e Identificación (2005) indica que en el año 1990 se realizaron 104.740 matrimonios; en 1995 decayeron a 88.303 y en el 2004 se celebraron sólo 35.791, como lo muestra el siguiente gráfico:

| GRÁFICO 1 |



El Censo 2002, da cuenta que mientras solteros/as y viudos/as mantienen casi los mismos porcentajes respecto al Censo del año 1992, las categorías de separado y, en especial de conviviente/pareja, experimentan un alza importante durante el decenio, en desmedro de los casados que, de 51,8% en 1992 bajan a 46,2% en 2002 (INE, 2003).

Estas transformaciones hicieron evidente la urgencia de contar con una legislación que regulara el término de los matrimonios, especialmente dado el número de niños que nacían fuera de uniones reconocidas por el derecho.

### 5. 1. 2. LEGISLACIÓN, NORMAS Y REGLAMENTOS

En el año 2004, tras años de debates parlamentarios se promulga una nueva Ley de Matrimonio Civil (19.947) que reemplazó a la ya existente que databa del siglo XIX (1884). Esta Ley fue más conocida como la “Ley de Divorcio”, ya que además de

regular el matrimonio, los requisitos para poder contraerlo, quiénes pueden casarse, ante que autoridades, por primera vez se regulan las condiciones para su fin<sup>128</sup>.

Los principios que orientaron la creación de la nueva ley de matrimonio civil fueron: la valoración de la institución familiar y el matrimonio; la valoración pública de las distintas visiones existentes en la sociedad respecto del matrimonio; el reconocimiento de la función social relevante de las organizaciones de la sociedad civil; el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil y la ruptura matrimonial como un hecho social negativo que afecta a la comunidad y legitima su intervención<sup>129</sup>.

La promulgación de esta ley significó largos años de debate parlamentarios, cuyos avances fueron obstaculizados muchas veces por la influencia que ejerce la Iglesia Católica en los representantes del sistema político en Chile. Por la cercanía del tema a toda la ciudadanía le era muy importante el hecho de legislar a favor de una ley de divorcio, sin embargo, no se sucedieron grandes debates de parte de ciudadanos laicos sino incipientes –y débiles– esfuerzos por parte de organismos que apuestan a políticas ciudadanas y de derechos con representación de libertades laicas. En cambio, los representantes de diversas iglesias fueron convocados por el ex Presidente Ricardo Lagos (2000–2006) a participar del debate.

En 1884, y durante gran parte del siglo XX, se sucedieron diversas iniciativas que pretendieron, sin éxito, abordar el problema social de las rupturas matrimoniales. Tanto a favor como en contra de la idea de legislar, se pronunciaron valiosos y respetables argumentos, los que derivaron en no pocas ocasiones en posiciones distanciadas, invocando valores fundamentales que aparecían en abierta contradicción unas con otras. Tal es el caso de la defensa de la familia fundamentada en el matrimonio, por un lado, y la valoración de la libertad individual como una garantía ciudadana básica, por el otro (Opiniones, Informativos, 2004).

<sup>128</sup> Esta Ley regula todo lo relacionado con el matrimonio: su significado, los requisitos para casarse, quiénes lo pueden contraer, los deberes y derechos que implica, qué autoridad realiza el matrimonio, la forma en que éste se termina y las vías para resolver los conflictos que se producen. Establece que el matrimonio termina debido a la muerte natural de uno de los cónyuges, por muerte presunta de uno de los cónyuges, por sentencia firme de nulidad y por sentencia firme de divorcio. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2004). Recuperado: 15 de marzo de 2006 desde <http://www.udp.cl/comunicados/0604/18/matrimonio.htm>

<sup>129</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Regímenes Patrimoniales (s/f) Recuperado: 15 de marzo de 2006 desde <http://www.bcn.cl/pags/ecivica/repatri.htm>.

El proyecto de la nueva ley de matrimonio civil, se originó en una moción parlamentaria, la cual luego de obtener la aprobación en la Cámara de Diputados, se paralizó durante un período prolongado. Frente a esta circunstancia, el Gobierno decidió intervenir y generar un diálogo profundo con representantes de las principales corrientes de opinión sobre el tema, propiciando un encuentro con las iglesias, organizaciones filosóficas y morales, organizaciones académicas y grupos parlamentarios. Luego de este período, se incorporaron nuevas visiones y proposiciones en una indicación del Ejecutivo que finalmente motivó la pronta tramitación en el Senado. Prueba de lo dificultosa que resultó la tarea en nuestro país son las palabras de la entonces Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Cecilia Pérez, quien al iniciar la discusión en el Senado en agosto del 2003 señaló: “pocos temas de la agenda pública han sido más cercanos al interés de toda la ciudadanía, y a la vez más debatidos y controversiales como es el referido al ordenamiento jurídico de las relaciones de pareja y sus efectos en la familia” (Pérez, 2003).

Desde la mirada de la Iglesia Católica, la ley fue observada con preocupación, en particular, por la incorporación del divorcio vincular, lo que provocó un abierto rechazo, tanto por razones religiosas -el carácter sacramental del matrimonio- como por estimar la Conferencia Episcopal que la ley introduce una vía para desestabilizar la familia. La ocasión fue propicia para que la Iglesia afirmara el carácter indisoluble atribuido al vínculo matrimonial. La Iglesia Católica valora la aceptación del matrimonio religioso y las normas que apuntan a preparar el matrimonio y a intentar salvarlo, como los procedimientos referidos a conciliación y mediación.

Por su parte, las Iglesias Evangélicas afirmaron la necesidad de la ley, incluyendo la posibilidad del divorcio vincular. Sin perjuicio de considerar como un hecho negativo el divorcio, consideran que el Estado no puede impedir una decisión que es propia de los cónyuges por razones de índole religiosa.

Los sectores laicos, por otro lado, enfatizaron el respeto a la opción de conciencia y la separación del ámbito religioso de la esfera de lo público, como ha sido su histórica posición en estas materias.

Aún cuando sólo en el 2004 se realiza una modificación sustancial de la legislación relativa al matrimonio y el divorcio, ya en el año 1994, se establecieron algunas modificaciones con el objetivo de ampliar las posibilidades

de contraer matrimonio bajo distintas modalidades o regímenes patrimoniales. Los regímenes patrimoniales son sistemas que regulan las relaciones económicas al interior del matrimonio, al cual optan libremente los interesados cuando se casan. Desde la promulgación de la Ley 19.335 en 1994 existen tres sistemas patrimoniales, los cuales se distinguen por la forma en que se administran los bienes y por cómo se protege a los/as esposos/as en situaciones de deuda, en otras palabras es “el conjunto de normas jurídicas que regula los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y de éstos en relación a los terceros” (Aguad, s/f).

La actual legislación sobre regímenes patrimoniales del matrimonio permite tres sistemas distintos. La regulación inicial en esta materia sólo contemplaba el régimen de sociedad conyugal.

El primero de estos regímenes “**Sociedad Conyugal**” se crea con el Código Civil en 1855 e implica que el marido es el jefe de la sociedad y es el único que puede administrar los bienes que la integran, salvo impedimento declarado judicialmente. Para cualquier operación relativa a los bienes conyugales, necesita de la autorización de la mujer. Son parte del matrimonio los bienes adquiridos durante y antes de contraer el vínculo, si se termina el matrimonio, se liquidan los bienes quedando cada uno con la mitad. Sin perjuicio de estas disposiciones, la ley (artículo 150 del Código Civil) establece que la mujer que se casa en régimen de sociedad conyugal y que trabaja remunerada e independientemente del marido goza de un patrimonio reservado que administra como si fuese separada de bienes.

El segundo “**Separación de Bienes**” promulgado en 1934 propone que hombre y mujer son independientes para administrar sus bienes, el patrimonio de cada cónyuge queda protegido en caso de que uno tenga problemas con acreedores y en caso de fallecimiento cualquiera puede dejar a través de un testamento una mejora en la situación del cónyuge sobreviviente.

Por último en 1994 es decretado el régimen de “**Participación de los gananciales**”, el cuál puede ser aplicado a través de dos formas: (a) “*sistema de modalidad diferida*”, mediante el cual los cónyuges están separados totalmente de bienes y por tanto administran y actúan libremente respecto del patrimonio de cada cual; pero en el caso que durante el matrimonio estos patrimonios hayan crecido, una vez finalizado el vínculo se forma una comunidad efímera, limitada en el tiempo, con los aumentos producidos y para el sólo efecto de ser liquidada y dividida por mitades entre los cónyuges o sus herederos. Cada cual

tiene, entonces, un derecho real sobre la mitad que le corresponde. Por otro lado, el (b) “*sistema de compensación de beneficios o de modalidad crediticia*” implica que mientras está vigente, el régimen opera del mismo modo anterior. Pero al terminar el régimen, los cónyuges siguen separados de bienes sin formar comunidad. Cada cónyuge adquiere un crédito contra el otro, los que se compensan hasta el de menor valor. Este sistema se ha criticado aduciendo que su efectividad es menor que el de comunidad en que los cónyuges adquieren un derecho real y no un derecho personal o crédito, de otro lado. Se destaca la ventaja de proteger mejor el interés de los terceros que contratan con los cónyuges (Aguad, op. cit.). Los cónyuges estando casados, por distintas razones, pueden pasar de la Sociedad Conyugal a la de Separación de Bienes o a la Participación de Gananciales pero no a la inversa. En tanto, sí pueden cambiar de Separación de Bienes a Participación de Gananciales y viceversa. Todos los posibles cambios son a cuenta de los interesados, tanto en escrituras como abogados (Opiniones, informativos, 2004).

A consecuencia de la promulgación de la Ley 19.335 de participación de los gananciales, el Servicio del Registro Civil e Identificación, desde el año 1994 registra cambios en los regímenes patrimoniales de los matrimonios celebrados. En el año 1995 se cambiaron 5.168 regímenes patrimoniales, mientras que en el año 2004 lo hicieron 5.226 matrimonios (Registro civil, 2005).

### 5.1.3. DIVORCIO

#### 5.1.3.1. SITUACIÓN ACTUAL

Como se indicó antes, Chile sólo recientemente cuenta con una regulación jurídica que dé término a un matrimonio, posibilitando que las personas puedan volver a casarse. El divorcio está regido por la Ley N°19.947, de Matrimonio Civil, publicada en mayo de 2004.

Antes de la introducción del divorcio vincular, una de las formas de término de los matrimonios era a través de un resquicio legal de la “nulidad del matrimonio”, esto es, la declaración de que el acto de matrimonio tenía un vicio en su forma, por lo cual debía ser declarado nulo. El vicio se acreditaba estableciendo que el oficial de registro civil era incompetente para celebrar el matrimonio.

La nulidad procedía sólo si ambos cónyuges estaban de acuerdo, y pese a que se verificara “el vicio” a través de la prueba testimonial, la

sentencia que declaraba nulo el matrimonio debía ser confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva. Todo ello generaba criterios disímiles entre jueces, algunos de los cuales no declaraban nulo el matrimonio porque entendían la nulidad como una especie de fraude a la ley, otros no lo otorgaban sin señalar razones para ello y un tercer grupo que confirmaba la nulidad. Todo ello con la consiguiente incertidumbre de los matrimonios que recurrían a este mecanismo para romper el vínculo matrimonial Opiniones, Informativos (2003). En el año 2003, antes de ser promulgada la actual ley, 6433 matrimonios accedieron a este resquicio legal para poner término a su unión (Instituto Nacional de Estadísticas, 2004). El Instituto Nacional de Estadísticas refiere que son los matrimonios con más de 20 años de casados quienes acceden en mayor proporción a la anulación, al mismo tiempo son las personas de 30 a 44 años quienes optan en mayor medida por esta opción (Instituto Nacional de Estadísticas, 2005).

La promulgación de La Nueva Ley de Matrimonio Civil, y por ende la existencia de una Ley de Divorcio fue considerada por tanto como un triunfo a las libertades de las personas, prueba de ello, es que la ex Ministra del Sernam, Cecilia Pérez, señaló en dicha ocasión: "Es un orgullo para mí... concurrir esta mañana a la germinación del fruto de tantos años de duro trabajo ... (ya que) es una ley que nos aleja de la mentira, nos aleja de la iniquidad social, nos aleja del abandono y nos aleja de una concepción que no reconoce a las personas el derecho a construir y reconstruir sus vidas afectivas en libertad. Es una Ley que nos acerca a la verdad, nos acerca a la protección del individuo y nos acerca a la igualdad entre hombres y mujeres. Una ley que deja de negar la realidad y comienza a reconocerla... es una buena ley para las mujeres porque establece la figura del divorcio vincular y, de esta manera, genera un marco adecuado para normar las rupturas matrimoniales en condiciones adecuadas" (Pérez, 2004).

Según la Ley Nº 19.947 se pueden advertir tres categorías de divorcio: divorcio-culpa, divorcio por mutuo consentimiento y divorcio remedio. Así, la ley permite la solicitud de divorcio cuando exista violación grave de los deberes y obligaciones en el matrimonio que tornen intolerable la vida en común, por ejemplo: atentados contra la vida, maltrato psíquico contra el cónyuge o los/as hijos/as, conducta homosexual (artículo 54 de la Ley 19.947). Existe el divorcio por mutuo acuerdo, cuando ambas partes solicitan el divorcio y han acreditado, entre otros, el cese de convivencia por un lapso superior a un año (artículo 55 de la Ley 19.947) o se está frente al divorcio-remedio, cuando

uno de los cónyuges demanda el divorcio habiendo acreditado el cese o separación de los cónyuges de tres años (artículo 55 de la Ley 19.947)<sup>130</sup>.

Se ha considerado, además como causales de divorcio el mutuo consentimiento de los ex-cónyuges con un período de reflexión de un año pasado el cese de la convivencia, la existencia de violencia al interior del matrimonio, el adulterio, la infracción grave o reiterada de los deberes de auxilio y protección, la adopción de conductas que contradigan gravemente los fines del matrimonio y el abandono injustificado del hogar común de modo permanente.

Esta ley entró en vigencia en noviembre de 2004, fecha en que aún no entraban en operación los Tribunales de Familia. Entre la entrada en vigencia y el funcionamiento de los Tribunales de Familia en octubre de 2005, estos casos fueron conocidos por tribunales civiles. Esta medida se considera *moderna* ya que crea un organismo especializado en la resolución de los acuerdos y/o conflictos derivados de un divorcio o de otros asuntos que comprometen a las familias y las relaciones entre sus miembros. También se considera *moderna* la nueva ley en cuanto a que introduce aspectos de la experiencia de otros países en la materia, introduciendo instituciones como la mediación y en general los métodos no controversiales de solución de conflictos, y la especialización de los tribunales de familia para atender este tipo de acciones legales.

En el caso del divorcio solicitado por separación de los cónyuges, los Tribunales de Familia deberán iniciar un procedimiento, llevado por un juez, llamado "audiencia de conciliación", sea para reunir a la pareja o para que ambas partes lleguen al mejor acuerdo posible en lo relativo, por ejemplo, a la tuición de los hijos, pensiones alimenticias y régimen de visitas. De no resultar esta vía, la pareja puede someterse a un proceso de mediación el cual es una estrategia de intervención que tiene como fin conseguir una salida pacífica a los conflictos generados en la convivencia familiar. En este proceso, las partes en disputa pretenden resolver sus diferencias negociando con la ayuda de una tercera persona, el o la mediador/a, quien facilita la búsqueda de soluciones, permaneciendo neutral y sin ejercer ningún tipo de poder en las decisiones que se adoptan (Corriente de opinión, 2003).

---

<sup>130</sup> Congreso Nacional (s/f) El Ciudadano/En la Familia/Matrimonio Civil/Divorcio. Recuperado el 15 de febrero de 2006 desde <http://www.bcn.cl/pags/ecivica/eldivo.htm>.



Otra característica de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, es la existencia de la figura de “compensación económica” hacia el cónyuge que por haberse dedicado al apoyo de los/as hijos/as o a las labores propias del hogar común no desarrolló actividad remunerada o lo hizo en menor medida, esta compensación es válida en los casos de anulación y divorcio, los cónyuges, pueden ponerse de acuerdo si habrá o no compensación económica, cuánto se pagará y de qué forma. Este acuerdo debe hacerse por escritura pública o en Acta de Avenimiento, estos documentos deben someterse a la aprobación del Tribunal que tramitará la nulidad. Si no existiera acuerdo, será el o la jueza quien determine si corresponde pagarla y la forma como ésta se pagará, para llegar a esta resolución el o la jueza determinará si hubo menoscabo económico atendiendo las siguientes variables: la duración del matrimonio y la vida en común de los cónyuges; la situación económica de ambos; la buena o mala fe, la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario; la situación en materia de beneficios previsionales y de salud del cónyuge beneficiario; la calificación profesional del cónyuge beneficiario y sus posibilidades de acceso al mercado laboral y la colaboración que el cónyuge beneficiario hubiere dado a las actividades lucrativas del otro cónyuge (Gobierno de Chile, 2004).

### 5.1.3.2. JURISPRUDENCIA

No es posible aún establecer un corpus de jurisprudencia en la materia ni tener claridad sobre los criterios con que los tribunales de familia declaran el divorcio y determinan, por ejemplo, la procedencia de la compensación económica. Las sentencias son aún escasas en tribunales de familia y ellas no han sido confirmadas por los tribunales superiores de justicia. Sólo como ejemplo citamos a continuación el caso, en que la parte demandada de divorcio unilateral solicitó la modificación de la causal invocada, al mismo tiempo que demandó reconventionalmente de compensación económica<sup>131</sup>. Así no sea claro, en efecto, quedó establecido:

“Que en la audiencia la parte demandada contesta solicitando se modifique la causal de divorcio invocada, por la establecida en el artículo 54 No. 2 de la Ley de Matrimonio Civil, esto es la trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio y asimismo, demandó reconventionalmente de compensación económica, fundado en los artículos 61 y siguientes de la ley 19.947, ello en

<sup>131</sup> “Maya con Maya” RIT C-491-2005; 1 Juzgado de Familia de Santiago.

atención a que no pudo desarrollar una actividad remunerada, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado personal de los hijos. Por lo expuesto [la mujer] demandó a título de compensación económica la suma de \$30.600.000, con expresa condenación en costas. En efecto, sostuvo que el demandante no dio cumplimiento en forma reiterada a su obligación de proveer de alimentos a su cónyuge e hijos<sup>132</sup>.

Para acreditar la procedencia de la compensación económica, la parte interesada presentó un conjunto de documentos, como también prueba testimonial, la de un hijo mayor de edad quien señaló que:

“sus padres están separados hace más de 25 años, como fecha del cese el año 1979, la vida matrimonial fue un desastre, por las agresiones del demandante debido al alcoholismo, el quiebre matrimonial se produjo por agresión, excusa para ocultar un romance con compañera de trabajo, después de la separación no prestó ayuda económica a la familia, la madre se dedicó al cuidado de los hijos, trabajando esporádicamente realizando primeros auxilios, que no cumplió su padre con el deber de fidelidad, que le otorgó alimentos a su madre con posterioridad, no teniendo actualmente capacidad laboral ni salud; que su madre con ayuda de un tío [quien] le pagó [la educación en ] el Liceo de Aplicación<sup>133</sup>.

No obstante ello, el tribunal declaró, sin prestar fundamentos claros que:

“(…) Este tribunal en virtud de la prueba rendida, no se logró formar la convicción necesaria a fin de acreditar los presupuestos que hacen procedente la compensación económica en los términos del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, por lo que procederá a rechazarlo<sup>134</sup>.

Como se ve, el tribunal sólo estima que no alcanzó la convicción de que procediera razonar sobre los supuestos en que descansa la compensación. Este caso fue apelado sin un resultado definitivo aún.

---

<sup>132</sup> Op. cit. Considerando sexto.

<sup>133</sup> Op. cit. Considerando décimo tercero, párrafo segundo.

<sup>134</sup> Op. cit. Considerando décimo séptimo.

### 5.1.3.3. POLÍTICAS PÚBLICAS

#### Funcionamiento de Tribunales de Familia en torno a matrimonios y uniones

Con la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia, en octubre de 2005 comenzaron a funcionar 60 tribunales, repartidos por todo Chile, a cargo de 258 jueces especializados que tratan temas como matrimonio civil, adopción, violencia intrafamiliar, maltratos, tuición y regímenes de visita, entre otros. En los lugares en que no existan Tribunales de Familia, serán los Juzgados de Letras los que tengan las competencias en dichos casos (Biblioteca Congreso Nacional, 2005).

El gobierno señaló que los Tribunales de Familia van a contar con un equipo multidisciplinario de especialistas (como psicólogos/as y asistentes sociales) y, en una de las características más importantes de su funcionamiento, el juez deberá estar presente en las audiencias y diligencias. De esta manera se eliminan los intermediarios entre las partes y la justicia, haciendo los trámites más expeditos.

Asimismo, será política de estos tribunales el buscar soluciones de conciliación y avenimiento, reduciendo tiempo (una causa no puede demorar más de 60 días), costos para los involucrados y asegurando una mayor participación de las personas en la resolución de los conflictos. Por ejemplo, en casos de tuición los menores serán considerados parte válida y el Juez de Familia puede solicitar su opinión. El presupuesto para esta iniciativa fue de 58.500 millones de pesos, que serán destinados a infraestructura, capacitación y contrataciones, con el objeto de que los Tribunales de Familia estén totalmente operativos en el año 2007.

No obstante lo anterior, la expectativa creada sobre los tribunales de familia generó un “colapso” debido a la alta demanda existente en el país, de esta forma el 24 de enero de 2006 la Cámara de Diputados acordó por unanimidad investigar y proponer la asignación de los recursos económicos y humanos necesarios para resolver el tema. Diversos medios de comunicación dieron cuenta de esta situación, de esta forma si bien el sistema estaba pensado para resolver las causas en tres meses, actualmente se han registrado casos de personas cuyo primer comparendo está registrado para nueve meses más tarde desde la fecha de registro de la demanda. La principal causa, para el “colapso” como ya se refirió esta dada por la alta expectativa

generada en la población, lo que hizo que incluso personas con causas pendiente hace tres o cuatro años (como lo refirió el ex Presidente Ricardo Lagos) esperará el inicio del nuevo sistema para iniciar los procesos, lo que genera además la falta de recursos tanto humanos como del sistema mismo, como lo denunció Miriam Palma, funcionaria del 4º Tribunal de Santiago, en conferencia de prensa.

#### CUIDADO DE LOS/AS NIÑOS/AS: RÉGIMENES DE VISITAS Y PENSIÓN DE ALIMENTOS

De acuerdo a la Ley, en caso de separación de los padres, el cuidado de los/as hijos/as corresponde a la madre, no obstante, mediante escritura pública (ante un Notario Público), o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo/a dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos/as corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades, es decir por medio de otra escritura pública o de una sentencia judicial.

En todo caso, cuando el interés del/los hijo/s lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el o la jueza podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres, siempre y cuando éste hubiese contribuido al mantenimiento del hijo/a mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre (Corporación de Asistencia Judicial región de Valparaíso, regiones III, IV y V, 2005).

En nuestro país, los casos donde los tribunales les concede la tuición de un menor al padre en desmedro de la madre, son escasos y responden generalmente a una comprobación efectiva y certera de que la madre se encuentra *“seriamente incapacitada de ejercer su rol”*, no obstante, la discriminación y el apego del conservadurismo de algunos poderes del Estado quedo de manifiesto luego que en un fallo inédito, la Cuarta Sala de la Corte Suprema (2004) revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que había otorgado la tuición de sus hijas a la jueza lesbiana argumentando que las menores al vivir con su madre están en *“una situación de riesgo para su desarrollo integral”* (Derechos Humanos, 2004).

En lo que se refiere al régimen de visitas, éstas pueden ser acordadas por los padres del menor, para lo cual se efectúa una convención del régimen de visitas, que se somete a la aprobación del tribunal. Si no se logra un acuerdo,

se puede presentar una demanda, para hacer efectivo el derecho que la ley confiere. Puede, por tanto, demandar el padre o la madre, según sea el caso. El o la jueza pueden pedir informes a psicólogos y al personal idóneo, como asistentes sociales, que estime pertinentes, cuando proceda hacerlo. En la misma demanda, se puede “proponer” o pedir un régimen de visitas determinado. Finalmente, se establecerá no sólo el derecho semanal sino que -también- las vacaciones (de invierno y de verano), la forma de como éstas serán compartidas por los padres; y festividades o cumpleaños (Corporación de Asistencia Judicial región de Valparaíso, regiones III, IV y V, op. cit.).

En lo que se refiere a la pensión de alimentos la legislatura chilena reconoce dos caminos, el extrajudicial, donde las dos partes de acuerdo firman un contrato de Transacción, el cual posee la misma fuerza que una sentencia judicial, en tanto es autorizado por un notario o por el Jefe de la Corporación de Asistencia Judicial y es presentado ante el Juez de familia para que sea aprobado y el judicial donde el padre al cuidado del menor interpone una demanda al Tribunal de Familia y el juez determina la pensión correspondiente. Una vez obtenida la resolución la Ley 19.947 establece que el monto mínimo a asignar en el caso de un solo hijo/a es el equivalente al 40% de un ingreso mínimo mensual, en el caso de que la demanda sea por más de un hijo/a el monto mínimo alcanza al 30% de un ingreso mínimo mensual, por cada uno de los/as menores. Por otro lado, la misma ley establece que ya sea por uno o más hijos/as el monto máximo a asignar por pensión de alimentos no podrá sobrepasar el 50% del ingreso mensual del demandado/a.

No obstante lo anterior, el juez o jueza podrán determinar el monto de la pensión de acuerdo a los elementos probatorios y las circunstancias del caso.

Finalmente, la ley asiste en el caso de incumplimiento pudiendo el juez ordenar apremios tales como arresto nocturno, arraigo - el que se mantendrá vigente hasta que se efectúe el pago de lo adeudado -, pago solidario del o la conviviente del demandado/a y la constitución de garantías sobre los bienes de propiedad del demandado, de manera de asegurar el pago de la pensión fijada<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> República de Chile, Ley 14.908 sobre abandono de familias y pago de pensiones alimenticias y modificadas por la Ley 19741 y 19.968 sobre tribunales de familia.

## POSTNATAL MASCULINO

A partir de la publicación en el Diario Oficial de la Ley 20.047 del 2 de septiembre de 2005 en Chile existe un permiso paternal en el Código del Trabajo, este permiso establece un post natal de cuatro días pagados para los padres (que pueden ser usados de forma continua o separadamente durante el primer mes) con el fin de que puedan compartir con sus esposas o parejas cuando nace un hijo/a o cuando lo adoptan, al igual que el pre y post natal de la mujer se trata de un derecho irrenunciable.

Esta Ley, supone un gran avance en cuanto a los derechos de la paternidad, no obstante ya se han alzado voces críticas en cuanto “hay que decir que cuatro días es un período ridículo frente al cúmulo de tareas que significa para los progenitores el cuidado de un recién nacido” (MUJERES HOY, 2005).

## 5.2. FILIACIÓN Y ADOPCIÓN

La filiación es el grado de parentesco o relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es madre o padre. El origen de la palabra filiación viene del latín “filus” que quiere decir hijos.

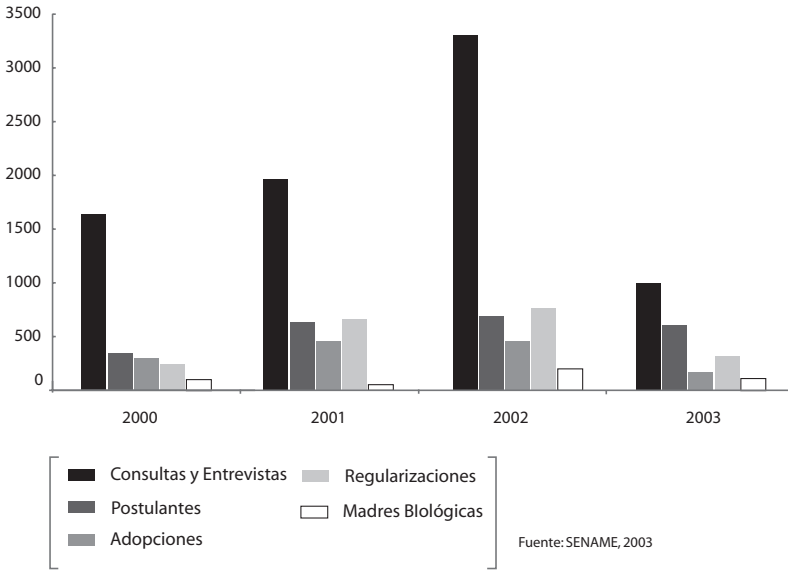
Para Sename el acto de adopción es una medida de protección a los/as niños integral, que se aplica cuando se han agotado todas las posibilidades para que un niño/a pueda reintegrarse o permanecer bajo el cuidado personal de sus padres o familia de origen. El objetivo de la adopción es proporcionar a un niño/a o adolescente en situación de abandono una familia estable en el tiempo, que le permita crecer y desarrollarse en forma saludable en un ambiente de protección y afecto. Con ello se espera reparar, en lo posible, el impacto que han tenido en él o ella las experiencias tempranas (SENAME, 2005).

### 5.2.1. SITUACIÓN ACTUAL

En Chile, en el año 2004 nacieron 240.011 niños/as incluyendo a los chilenos/as nacidos en el extranjero, mientras que en el año 1995 nacieron 320.952. En consecuencia se registra una creciente disminución en el número total de nacimientos (Registro Civil, 2005), siendo en porcentaje cada vez mayor quienes nacen fuera del matrimonio y de madres y padres adolescentes.

Con relación a la adopción, ésta se ha transformado en una respuesta efectiva para los/as niños/as que se encuentran en situación de abandono. Se han implementado en todas las regiones del país unidades de adopción (MIDEPLAN, 2003).

| GRÁFICO 2 |



### 5.2.2. LEGISLACIÓN, NORMAS Y REGLAMENTOS

Durante mucho tiempo en nuestro ordenamiento jurídico, se consideraron varios tipos de filiación, a saber: legítima, ilegítima, natural y adoptiva y dentro de ésta simple o plena. Sin embargo, a contar de octubre de 1999 rige en nuestro país, una nueva legislación relativa a la filiación y adopción, ley N° 19.585 y la ley N° 19.620 respectivamente. La promulgación de la nueva ley de filiación significó un gran cambio en el tratamiento jurídico y económico de los/as hijos/as, que cada vez en mayor medida nacían fuera del matrimonio, lo que se relaciona con la emergencia de nuevas formas de las relaciones de pareja y de la convivencia como modalidad legítima de conformación de familia, no obstante, el dar curso a esta Ley no fue tarea fácil, así ya en 1993 el ex presidente Patricio Aylwin, en un primer intento por reformularla refería frente al congreso "como es de vuestro

conocimiento el régimen de filiación actual es profundamente discriminatorio, en la medida que clasifica a los hijos en legítimos e ilegítimos, según si han nacido dentro o fuera del matrimonio, estableciendo marcadas diferencias de trato para una categoría y otra. Lo anterior transgrede abiertamente el principio constitucional que reconoce y asegura la plena igualdad de todas las personas ante la ley y viola el mandato contenido en la carta fundamental, que expresa que en Chile no se podrán hacer diferencias arbitrarias, ni por ley ni por autoridad alguna” (Aylwin, 1993).

#### LA NUEVA LEY DE FILIACIÓN EN RELACIÓN A HIJOS/AS NACIDOS DENTRO DEL MATRIMONIO

Si bien, con la aplicación de la nueva ley se eliminan del código civil y de toda su legislación las expresiones “legítimos”, “naturales” y “simplemente ilegítimos”, utilizadas para diferenciar a los hijos nacidos dentro del matrimonio de los nacidos fuera, y a los parientes de los primeros de los parientes de los segundos, se ha mantenido la diferenciación entre filiación matrimonial y no matrimonial para el sólo efecto de la determinación de la filiación. Esto se fundamenta en que la circunstancia del matrimonio otorga un principio de certeza a la filiación. Por ello, el matrimonio de los padres continuará facilitando la prueba de filiación y no se requerirá un reconocimiento expreso del padre o de la madre para darle por acreditada. Esto quiere decir, que la ley asume que todo hijo (a) nacido dentro de un matrimonio es hijo (a) del esposo de la madre.

#### LA NUEVA LEY DE FILIACIÓN EN RELACIÓN A HIJOS/AS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO

La nueva ley, en caso de no existir filiación matrimonial, consagra el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad utilizando pruebas de ADN (Biblioteca Congreso Nacional, 2005). Previo a ello, no existía esta posibilidad, esta materia ha sido modificada recientemente por las dificultades de demandar bajo la Ley 19.585. En efecto, la ley exigía que para dar curso a la demanda de filiación, la demanda debía contener antecedentes plausibles para que el juez o jueza procedieran a la tramitación de la demanda. Ello significó en la práctica que se estableció una valla que las mujeres debían sortear para que su caso fuera resuelto. Esta Ley consagra el principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad, contemplándose toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, que serán practicadas por el Servicio Médico Legal o por los laboratorios médicos que el o la jueza designe. Si el presunto padre o madre se niega a la práctica de las pruebas decretadas por el o la jueza, se establece que su negativa injustificada será



presunción grave en su contra, que unida a otras pruebas, podrá servir para acreditar su filiación.

Por otro lado, en caso de que el presunto padre no pueda ser analizado, ya sea por su muerte o desaparición; el estudio de paternidad puede realizarse indirectamente a través de la reconstrucción del genotipo del padre presunto ausente. Para ello, es necesario el análisis de la mayor parte de familiares directos del presunto padre. Cuando la reconstrucción es total, las probabilidades de paternidad resultan tal cual como si se tratara de una paternidad tradicional, cuando esta no es posible el resultado será dependiente de la cantidad de información disponible (SERNAM, 2000).

#### FILIACIÓN DE HIJOS/AS CONCEBIDOS MEDIANTE APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Por otro lado, en lo que respecta a la filiación de hijos/as concebidos mediante aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, el artículo 182 del Código civil, estipula que el padre y la madre del hijo/a nacido bajo estas técnicas son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. En Chile han nacido aproximadamente 1.139 niños y niñas a partir de dichas técnicas (SERNAM, op. cit).

Desde la presente normativa se puede desprender que las técnicas de reproducción asistida son empleadas por parejas heterosexuales, ya que supone el reconocimiento de un padre y una madre; que la ley establece perentoriamente que el padre y la madre del hijo/a serán quienes se sometieron a las técnicas de reproducción asistida y, que se impide el ejercicio de las acciones destinadas a impugnar la filiación resultantes de éstas técnicas así como aquéllas destinadas a reclamar una distinta. Es decir, al mismo tiempo que se consagra una verdad formal no biológica; se impide que se impugne la filiación así determinada y que los eventuales terceros donantes pudieran reclamar paternidad. Una consecuencia negativa de lo anterior es que el o la menor, bajo esta premisa, no tiene derecho a conocer su origen biológico, lo que implica desconocer su derecho a una identidad (SERNAM, op. cit).

#### LA NUEVA LEY DE ADOPCIÓN

Respecto de la adopción, el código civil señala que se trata del vínculo entre el adoptado y los adoptantes. La nueva Ley otorga igualdad con los

hijos biológicos según la Ley de adopción N°19.620 que rige a contar de octubre de 1999. Esta ley era profundamente necesaria y la discusión de su transformación ya era referida por el ex presidente Aylwin en enero de 1993 “(la) finalidad (de cambiar la ley) es subsanar los vacíos legales observados en la legislación vigente sobre adopción y al mismo tiempo, adecuar dicha normativa a la Convención sobre Derechos del Niño, promulgada con fecha 27 de septiembre de 1990” (Aylwin, 1993).

En efecto, anterior a la Ley de 1999, en Chile se reconocían dos tipos de adopciones, la simple y la plena. La adopción simple era una medida de protección a menores de 18 años que carecían de bienes y de otro sistema que los amparará, solamente se podía adoptar por una persona y el adoptado quedaba sujeto a la autoridad paterna y patria potestad, si es que no estaba sujeto a otra, y el adoptante contraía las obligaciones de dar alojamiento, sufragar los gastos de alimentación, crianza y educación del adoptado, esta adopción estaba contemplada en la Ley N° 18.703 y no confería derechos sucesorios. Por su parte, la adopción plena de la Ley N° 18.703, le otorgaba al adoptado la calidad de hijo legítimo de los adoptantes. Se constituía por sentencia judicial y sólo lo podía hacer un matrimonio a ciertos menores que se encontraban en alguna de las situaciones de hecho que la ley tipificaba: huérfano de padre y madre, ser de filiación desconocida, encontrarse abandonado, o ser hijo de cualquiera de los adoptantes. La adopción plena era irrevocable y exigía una diferencia de 20 años o más entre adoptantes y adoptado (Rodríguez, 1999).

Por su parte la nueva ley de adopciones reconoce un solo tipo de adopción (plena) y en su artículo primero señala que “la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen”.

La nueva ley de adopción traza una estratificación en cuanto al tipo de personas que pueden adoptar; en primer lugar, se encuentran los cónyuges chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile que cumplan con los requisitos legales; en caso de no existir matrimonios residentes en el país interesados en la adopción de un niño/a podrán hacerlo cónyuges extranjeros no residentes en Chile y ante la falta de interés de las personas señaladas, pueden postular solteros/as o viudos/as, chilenos o extranjeros, con residencia permanente en Chile (SENAME, 2005).

Tanto la ley de adopción como la de filiación significaron un gran avance en términos de los derechos de los niños y niñas en nuestro país y el mandato de velar por su protección. Se consideró una gran innovación y adelanto en relación al conservadurismo manifiesto del sector político en nuestro país. Los debates que se sucedieron en el parlamento tuvieron como punto de discusión aspectos menores, relativos fundamentalmente a los mecanismos para determinar la filiación más que a obstáculos para legislar en pos de la igualdad de derechos de los niños nacidos dentro y fuera de los matrimonios.

### 5.2.3. JURISPRUDENCIA

Respecto a las normas del Código Civil que permiten aplicar presunción grave de paternidad en caso de que el requerido se niegue injustificadamente a realizarse el examen de ADN, la Corte Suprema se ha pronunciado expresamente acerca de la constitucionalidad de dichas normas, especialmente que el demandado se niegue la realización del ADN para la determinación de la filiación. En efecto, ha sostenido:

“8.- Que hoy en día, bajo la vigencia de la ley 19.585, de 26 de Octubre de 1998, que introdujo substanciales modificaciones a la legislación civil sobre filiación, se eliminó en el Código Civil la diferencia de hijos naturales e ilegítimos, quedando establecida solamente la filiación matrimonial y la no matrimonial.

9.- Que en los actuales artículos 186 a 203 del Código Civil se reglamenta la forma de obtener la determinación de la filiación no matrimonial, entre las cuales se encuentran las disposiciones objetadas por el recurrente.

10.- Que previo al análisis de las normas controvertidas, cabe señalar que los autores establecen que el nombre de una persona es un atributo de la personalidad, por el solo hecho de existir, que le permite diferenciarse de cualquiera otra y además, un derecho substancial de toda persona y que incluso se encuentra protegido por una norma penal, como es el artículo 214 del Código Punitivo que sanciona al que usurpare el nombre de otro.

11.- Que, adicionalmente a lo expuesto, cabe señalar que el artículo 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, y que es ley de la República (Diario Oficial de 27/Septiembre/1990), establece que el

niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, agregando el artículo 8° que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

12.- Que el artículo 198 del Código Civil, en su redacción actual, establece que en los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte, agregando su inciso segundo que no obstante, para estos efectos será in suficiente por si sola la prueba testimonial, y se aplicará a las presunciones los requisitos del artículo 1712. En consecuencia, para esta normativa se pueden admitir todos los medios probatorios, incluidos los periciales de connotación biológica, con la sola excepción de la prueba testimonial, que no es apta para acreditar, por si sola, la paternidad o maternidad reclamada, sin perjuicio de considerar que ellas puedan estimarse ya sea como base de una presunción judicial o una presunción judicial, conforme a lo establecido en los artículos 383 y 384 del Código de Procedimiento Civil.

13.- Que, por su parte, el artículo 199 del Código Civil dispone que las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el Juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico, agregándose en el inciso segundo, que la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el Juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil.

14.- Que como puede desprenderse de su sola lectura, la negativa del padre o madre para someterse a una prueba de carácter biológica, con las consecuencias probatorias que ello podría causar, no es cualquiera negativa, sino que debe ser una negativa injustificada, que, además, por si misma no ocasiona un perjuicio probatorio definitivo, sino que configura una presunción grave, que por si sola no acredita el hecho, (recuérdese que el artículo 198 establece que las presunciones en estos casos se rigen por las normas del artículo 1712 del Código Civil, que establece que ellas deben ser graves, precisas y concordantes) sino que permite al Juez, previa valoración, apreciarla para formar su convencimiento.

15.- Que de la manera que se ha razonado no se observa de qué forma estas normas infringen las garantías constitucionales del recurrente, y que él señala que estas disposiciones conculcan, puesto que está plenamente garantido en sus derechos procesales, como se ha establecido en el motivo precedente, y el legislador desechó obligar al demandado por medio de apremios a someterse a pericias determinadas, y sólo cabe señalar, que como se ha dejado establecido con anterioridad, que hay que pensar también en los derechos de la creatura que necesita un nombre para identificarse en la vida y para requerir auxilio de sus progenitores, derechos que están ampliamente reconocidos en la legislación civil y tratados internacionales aceptados por nuestro país.

16.- Que no está demás señalar que diversas disposiciones de nuestra legislación permiten sancionar procesalmente al incurso en una comparecencia, como en los casos de los artículos 284 y 394 del Código de Procedimiento Civil, respecto de la confesión en juicio; el artículo 349 del mismo Código anterior, respecto de los documentos a exhibir; el artículo 435 del Código citado respecto del reconocimiento de la firma o confesión de deuda para crear un título ejecutivo; el artículo 532 del mismo cuerpo legal que permite al Juez suscribir un instrumento o constituir una obligación por el demandado, si éste no lo hace dentro del plazo que le señale el Tribunal; el artículo 190 de la actual Ley de Alcoholes que establece que a la persona que se niega injustificadamente a practicarse el examen de alcoholemia, que, a su vez es una prueba biológica, el Juez podrá apreciar este hecho como un antecedente calificado, al que podrá dar valor suficiente para establecer el estado de ebriedad, y en ninguno de estos casos se ha pretendido sostener la inconstitucionalidad de dichas normas.

17.- Que por lo que se ha razonado no se observa que los artículos 198 y 199 del Código Civil sean contrarios a la garantía del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, por lo que el recurso de inaplicabilidad deberá rechazarse<sup>136</sup>

Así, ante la negativa injustificada de la parte requerida de practicarse el examen de ADN, cabe aplicar la presunción grave contemplada en la Ley. Tal como establece la Ley, para poder dar un efecto a la no realización del

<sup>136</sup> "Rodrigo Ramón Valenzuela Quezada contra Décimo Tercer Juzgado Civil de Santiago", Rol 2569-2004, Corte Suprema, 31 de marzo de 2006.

examen y presumir con ello la filiación, se requiere que existan otros elementos de prueba que acrediten este hecho. La mera negativa sin más antecedentes no puede constituir presunción, y así se ha determinado:

“Que esta “negativa”, para configurar la referida presunción, como todo acto jurídico, debe consistir en una manifestación de voluntad expresa o tácita. De la sola ausencia o no comparecencia del demandado al Servicio Médico Legal para el examen pericia de A.D.N. no puede presumirse legalmente dicha negativa: ninguna ley le atribuye tal efecto; tampoco el juez a quo puede deducir ese resultado de la simple incomparecencia: el proceso no le proporciona antecedentes graves, precisos y concordantes para establecer la negativa.

La negativa es una presunción grave en contra del recurrente, pero esta negativa no puede conciliarse por otra presunción. Las presunciones no pueden basarse en otras presunciones”<sup>137</sup>.

Otras situaciones que han debido resolver los tribunales son aquellas en que se impugna una filiación ya determinada. Esta situación se suscita toda vez que existe una filiación legal o social y otra biológica que no correspondería. Sobre esta materia, se ha advertido que:

“Así, pues, si la filiación -cualquiera que sea- está determinada, como en el caso de autos, para reclamar otra distinta, debe impugnarse la existente, lo que obliga a que sean interpuestas simultáneamente la acción de impugnación y la de reclamación, como lo establece el citado artículo 208, y ello es lógicamente explicable porque, obviamente, se ha querido evitar decisiones contradictorias; de este modo, resulta que el padre biológico está legitimado para reclamar la filiación que pretende, pero la ley le impone el deber de impugnar simultáneamente la que ya está determinada, sin que de ningún modo excluya el reclamar una filiación no matrimonial”<sup>138</sup>.

Otra de las situaciones problemáticas de la determinación de la filiación, se trata de aquellos casos que habiéndose establecido una filiación, ella se impugne fuera de los plazos establecidos por la ley y que resulte en una filia-

<sup>137</sup> “NN contra Francisco Demetrio Mendoza Romero”, Rol 223-2005, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de septiembre de 2005, Considerando noveno.

<sup>138</sup> “Solabarieta Fernando contra Kozak Sergio Eduardo”, Rol 2050-2000, Corte Suprema, 5 de mayo de 2005, Considerando primero, letra d, párrafo 6.

ción biológica diversa a la social o de hecho. La Corte ha sostenido que no prima necesariamente la verdad biológica sino el estado notorio de Estado civil:

“Séptimo: Que descrita la situación fáctica se infiere que la menor Cintya Swanne Matamala nació después de los 180 días de celebrado el matrimonio entre el actor y su madre, la demandada, en consecuencia, se presume que su padre es Paul Swanne Day, conforme a lo previsto en el artículo 184 del Código Civil.

Dicha norma establece en su inciso final que “La paternidad así determinada o desconocida podrá ser impugnada o reclamada, respectivamente, de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII”.

Por su parte, el artículo 212 del Código Civil establece que “La paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio podrá ser impugnada por el marido dentro de los ciento ochenta días siguientes al día en que tuvo conocimiento del parto, o dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer”.

Octavo: Que en tales circunstancias no pudo prosperar la acción intentada por el actor, por cuanto constituye un hecho de la causa, inamovible para este tribunal de casación, que el actor no acreditó encontrarse dentro del plazo establecido por el artículo 212 del Código Civil para impugnar la paternidad determinada en la ley.

Dicha disposición legal, al contrario de lo que plantea el recurrente, ha sido correctamente aplicada por los sentenciadores puesto que la paternidad determinada en el artículo 184 del Código Civil sólo puede impugnarse por el padre, a través de la acción concedida en el artículo 212 del texto legal señalado, la que debe ser ejercida dentro de los plazos que la norma contempla, sin que sea posible considerar que la sola circunstancia de acreditar la verdad biológica a través del examen de A.D.N., constituye una excepción a la norma.

Sobre el particular, y a mayor abundamiento, no resulta efectivo que la ley 19.585 consagre como principio absoluto la verdad material por sobre la formal, como pretende estimarlo el recurrente, puesto que dicho estatuto legal contiene disposiciones, como el artículo 201 del Código Civil, que

prefiere la posesión notoria del estado civil de hijo por sobre la prueba pericial de carácter biológico, en caso de cumplirse determinados requisitos”<sup>139</sup>

Así, los casos de impugnación y reclamación de filiación resultan especialmente interesantes por cuanto se juega el derecho del hijo/a a definir su identidad con determinación biológica la que no necesariamente prosperará atendido al estado civil notorio que esa persona haya detentado.

#### 5.2.4. POLÍTICAS PÚBLICAS

En Chile existe una Política nacional a favor de la Infancia y la Adolescencia que contiene orientaciones éticas, valóricas y operativas con una perspectiva de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del 33.6% de la población del país –5.110.903 niños, niñas y adolescentes. El tema de la infancia ha sido relevado en la agenda pública social a partir de 1990, teniendo como marco de referencia los compromisos asumidos por Chile en la “Cumbre Mundial en favor de la Infancia” en 1990, y a partir de la suscripción de la Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN), ratificada por nuestro país en ese mismo año.

Los Principios rectores generales de esta política se relacionan con el niño como sujeto de derecho especial; el interés superior del niño; responsabilidad primordial de los padres y la familia en la crianza de sus hijos, e igualdad entre la madre y el padre. Por su parte, existen principios específicos a saber: respeto a la vida y al desarrollo integral del niño en cada una de sus etapas; igualdad de derechos y de oportunidades; autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos; no discriminación y respeto de la propia identidad; libertad de pensamiento y de expresión. Sobre el rol del Estado se estipula que éste, garantiza, promueve, asiste, y repara los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mirando el interés superior del niño y brindando las condiciones para la plena efectividad en la aplicación de los derechos del niño (Gobierno de Chile, 2000). En relación a la adopción se ha implementado y desarrollado el Programa Búsqueda de Raíces, por parte del SENAME destinado a brindar asesoría y apoyo al adoptado que desea conocer sus orígenes. En el año 2002 se llevó a cabo la campaña de adopción de niños/as mayores, lo cual ayudó a desmitificar la adopción como tema asociado a lactantes, y la opinión pública tomó conciencia de la existencia de niños y

---

<sup>139</sup> “Swanne Day, Paul contra Matamala Jarpa, María Angélica”, Rol 4827-2004, Corte Suprema, 13 de junio de 2005.



niñas mayores que necesitan una familia. Las atenciones en las Unidades de Adopción aumentaron en un 1.000%, pasando de 265 mensuales a 2.753 (MIDEPLAN, 2003).

Como ya se ha mencionado la Ley N° 19.620 define al programa de adopción como el conjunto de actividades tendientes a procurar al niño o niña una familia responsable, las cuales deben ser realizadas a través de profesionales expertos y habilitados en el área de la adopción, comprendiendo principalmente el apoyo y la orientación a la familia de origen del niño/a, la recepción y el cuidado de éste/a, la evaluación técnica de los solicitantes y su preparación como familia adoptiva.

En esta perspectiva SENAME con su Programa de Adopción contempla actividades del ámbito psicosociales y jurídico que son desarrolladas por profesionales especializados en el tema. Estas funciones se realizan a través de tres subprogramas contemplados en la Ley (SENAME, 2005):

**“a)** De apoyo y orientación a la familia de origen del niño(a), cuyos objetivos son:

- Brindar orientación y atención profesional integral y sin ningún tipo de discriminación a la familia de origen del niño(a), que enfrenta un conflicto en el ejercicio de su rol y/o ha manifestado su intención de cederlo en adopción. Se trata de que esta familia pueda decidir de manera informada y con el mayor grado de conciencia y autonomía posible respecto al futuro de su hijo(a).
- Apoyar a la madre y/o familia de origen que ha decidido ceder a su hijo(a) en adopción, a través de una atención social, psicológica y legal que le permita asumir de la mejor forma posible las consecuencias de su decisión.
- Proporcionar apoyo social y psicológico a la madre biológica y/o familia de origen que ha decidido asumir el cuidado y protección de su hijo(a), en coordinación con los demás organismos de la comunidad que puedan contribuir a la consecución de este objetivo.

**b)** De recepción y cuidado del niño(a), cuyos objetivos son:

- Proporcionar atención integral al niño(a) susceptible de ser adoptado, con el fin de garantizar su bienestar. Si procede, se pone especial énfasis

en la superación de las carencias afectivas, físicas, psicomotoras y nutricionales del niño (a).

- Evaluar la situación biopsicosocial y legal del niño(a), para determinar su adoptabilidad y procurarle la familia más adecuada a sus características y necesidades o, en su defecto, buscar una solución definitiva al problema que lo afecta.

**c)** De evaluación técnica de los solicitantes y su preparación como familia adoptiva, cuyos objetivos son:

- Brindar al niño(a) una alternativa de familia capaz de garantizarle un adecuado desarrollo integral, como asimismo un cálido ambiente familiar, en el cual pueda encontrar la seguridad emocional que requiere, de modo de sentirse aceptado(a) y querido(a) tal cual es, con su historia familiar, características y necesidades.

- Evaluar técnicamente a los postulantes desde el punto de vista social, psicológico, moral y de salud, con el fin de acreditar su idoneidad para desempeñar el rol de padres adoptivos.

- Brindar asesoría y apoyo a los postulantes declarados idóneos para ejercer la paternidad adoptiva, en la etapa previa y posterior a la adopción.

Sin perjuicio de lo anterior, también se contempla el área de intervención “Búsqueda de Raíces”, que se conforma por el conjunto de actividades destinadas a apoyar, orientar y colaborar con jóvenes o adultos adoptados, que desean conocer su historia a través de la búsqueda de su familia biológica”.

### 5.3. EL PROYECTO DE UNIÓN CIVIL HOMOSEXUAL EN CHILE

La nueva Ley de matrimonio civil no incluye posibilidades para que las parejas homosexuales contraigan matrimonio. Es así como podemos indicar que la concepción del casamiento que sigue prevaleciendo en Chile, sigue siendo exclusivamente heterosexual, en tanto se estipula que se realiza entre un hombre y una mujer, y estipulando que uno de los objetivos del matrimonio es la procreación.

Bajo esta perspectiva y a partir de un trabajo realizado desde 1999 el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) junto al patrocinio de dos diputados, presentó el 2 de junio de 2003 el proyecto de Ley de unión civil entre personas del mismo sexo, éste (que aún se encuentra en trámite) se denominó *"Ley de Fomento de la no Discriminación y Contrato de Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo"*.

Este proyecto, considera a la pareja homosexual como una familia, la cual debe ser protegida jurídicamente. En caso de su aprobación, el contrato de unión civil se efectuaría ante un notario y podría acogerse a la norma los mayores de edad que acrediten una convivencia mínima de dos años y cuenten con la compañía de dos testigos, como prueba de su unión las partes recibirán una escritura pública donde definirán el régimen patrimonial al cual desean acogerse, mientras una copia de ese documento será enviada al Registro Civil en un plazo de 30 días.

El contrato puede ser anulado por violencia intrafamiliar; de mutuo acuerdo, pero transcurrido un año de su celebración; por muerte de una de las partes; por muerte presunta; por separación de hecho superior a un año acreditado por testigos y por consiguiente matrimonio de una de las partes.

Los artículos más importantes del proyecto se refieren, sin embargo, a los derechos u obligaciones que tienen en la unión civil la pareja o una de las partes y las autoridades. En el primer caso, la pareja está obligada a auxiliarse mutuamente y en caso de abandono sin causa justificada donde una de las partes se encontrara en situación de necesidad, la otra está obligada a entregar una pensión alimenticia.

Para el contrato civil es aplicable además la ley de violencia intrafamiliar, en cuanto a sus procedimientos y sanciones, mientras en caso de muerte de una de las partes, el sobreviviente tiene derecho a ser beneficiado con una indemnización por cualquier daño moral o delictivo padecido por quien falleció y tiene prioridad por cualquier otro pariente para adquirir los bienes adquiridos en forma conjunta, sean viviendas o sus equipamientos.

En lo referido a las autoridades el proyecto estipula que estas no podrán impedir a ningún miembro de la pareja cuidar o visitar a sus hijos/as, en caso que los hubiera, mientras cualquier obstáculo puesto a la correcta aplicación del contrato civil se considerará "circunstancia agravante" (Cañón, 2003).

