IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL

DERECHO PENAL Y DE FAMILIA

UNIDAD Nº I

Naturaleza jurídica Constitucional del derecho de familia y sus principios rectores.

WWW.IPLACEX.CL

Introducción

La presente unidad, titulada "Naturaleza jurídica Constitucional del derecho de familia y sus principios rectores" es la primera parte de un estudio relativo al derecho de familia y su vinculación con el derecho penal. Esto último, específicamente con los delitos cometidos dentro del ámbito de dicha institución de la sociedad.-

De esta forma, en esta primera unidad se estudian los temas esenciales relativos al Derecho de Familia como un todo armónico. En una primera parte, se presentan al alumno los conceptos básicos del Derecho de Familia y ciertos conceptos del derecho penal.-

En este mismo sentido se analizarán definiciones importantes, como el concepto de familia según la Constitución Política y sus principios rectores, las características fundamentales del Derecho de Familia, el parentesco y la importancia de su regulación. De esta el alumno dispondrá de las herramientas para determinar grados y líneas de parentesco, ambas muy importantes en relación con el Derecho de Familia y con los delitos cometidos en este ámbito.-

Para concluir la Unidad, se estudiaran los conceptos básicos del derecho penal, tales como el delito, el tipo y la tipicidad y la participación criminal, para que, llegado el caso, se logre entender la unidad tres, relativas a los delitos cometidos en el ámbito de las familias.

Ideas fuerza

• La familia es un conjunto de personas unidas por ciertos vínculos, entre ellos el de matrimonio, el de parentesco y el de adopción.

• El derecho de familia es el conjunto de normas que regulan las relaciones personales y patrimoniales que mantienen entre sí y respecto de terceros los miembros de la familia.

• En el derecho de familia, prevalece el interés común, es decir, del grupo familiar, por sobre el interés individual de cada uno de los integrantes.

• El derecho de familia no comparte con el derecho patrimonial el principio de autonomía de la voluntad ni el principio de igualdad de las partes ya que se crean ciertos vínculos de dependencia y subordinación.-

• Las principales leyes del derecho de familia se encuentran dispersas en distintos cuerpo legales; Los mas importantes son el Código Civil, la Ley de Registro Civil , la Ley de Matrimonio Civil y Ley que crea los Tribunales de Familia.

• El parentesco es la relación de familia que existe entre dos personas. El parentesco puede ser de dos clases: por consanguinidad y por afinidad.

• Algunas innovaciones de la ley 19.947 en cuanto al matrimonio son, a modo ejemplar las siguientes: establecer cursos de preparación para el matrimonio, reconoce efectos civiles al matrimonio religioso, suprime la causal de nulidad de matrimonio basada en la incompetencia del Oficial del Registro Civil, establece el divorcio y las reglas de compensación económica, entre otras.

• La ley establece requisitos cuya ausencia significa que el matrimonio no nace a la vida jurídica, es decir, es inexistente. Estos requisitos son: contrayentes del mismo sexo, consentimiento de los contrayentes y presencia del Oficial del Registro Civil.

• Asimismo, también existen requisitos cuya ausencia no impiden la existencia del matrimonio, pero afectan su validez, para lo cual se necesita una sentencia judicial. Los requisitos de validez son: el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes, la capacidad legal de los contrayentes y las formalidades legales.

• El matrimonio religioso, es decir, el celebrado ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público, producirá los mismos efectos que el matrimonio civil.

• Se regula La separación de los cónyuges, estableciendo los efectos civiles que esta produce si es que es de hecho o judicial.

I. Naturaleza jurídica Constitucional del derecho de familia y sus principios rectores.

Instituciones que componen el derecho de familia

El análisis y estudio de los conceptos entregados en la unidad en curso estará enfocado, en primer lugar, al manejo, comprensión y análisis de los conceptos básicos del derecho de familia y el derecho penal.

¿Qué es el derecho de familia?

El derecho de familia es aquella rama del derecho civil que regula las relaciones que tienen entre sí los miembros de la familia, constituyéndose en un Ordenamiento Jurídico de vital importancia en la vida práctica. Así, por ejemplo, se puede entender que desde el momento del nacimiento de una persona el derecho de familia se hace presente a través de la institución del parentesco.

Para poder entender lo que es el derecho de familia, debemos analizar previamente el concepto de familia.

El artículo 1º de la Constitución Política de la República, en su inciso 2º, señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Además, en la parte final del mismo artículo se señala que es deber del Estado dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta. No obstante, como el lector podrá apreciar, lo que señala la Constitución no es una definición, sino mas bien el objeto (contenido) de protección jurídica

Entonces ¿Cuál es el Contenido Jurídico de la Noción de Familia?

Con respecto al contenido jurídico de la noción de familia se traduce en averiguar quiénes son las personas que integran esta institución para poder llegar a definirla en última instancia. Para ello será necesario partir por señalar que el legislador no dio un concepto de familia aunque sin embargo en diversas disposiciones del Código Civil se hace referencia a ésta.

Dicho esto, el artículo 42 del Código Civil señala que “en los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de

uno y otro sexo, mayores de edad". También el artículo 815 inciso 3 al referirse al derecho real de habitación, señala que la familia comprende al cónyuge y a los hijos.

Continuando con lo anterior, existen diversos conceptos dados por la doctrina jurídica sobre lo que debe entenderse por familia. De esta manera una definición comúnmente establecida es la que señala que familia "es el conjunto de personas unidas por vínculo de parentesco o por el matrimonio".

Hay autores señalan que la familia "jurídicamente, es el conjunto de personas unidas por el matrimonio, o por la filiación, o por el parentesco o la simple unión conyugal, resultando ellas mismas del matrimonio o de la filiación". Este concepto concibe a la familia en un sentido más amplio.

En un sentido restringido, familia excluye a los colaterales limitándose solamente a los cónyuges y a los descendientes, también se le denomina familia nuclear.

En consecuencia, no hay una definición única de familia, porque como se ha podido apreciar en estas palabras. La familia o su concepto va a depender de la percepción social de la misma y del interés que pueda tener el legislador de proteger ciertas uniones de hecho que dan lugar a estos vínculos, como fue el reciente caso de la norma relativa al Acuerdo de Unión Civil Chileno (A.U.C).

Principios rectores de la Familia en Chile:

Los clásicos principios del Derecho de Familia, vigentes a partir de la fecha de entrada en vigencia del Código Civil (1857), eran los siguientes:

a) Matrimonio religioso e indisoluble;

b) Incapacidad relativa de la mujer casada;

c) Administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal;

d) Patria potestad fuertemente favorecida y

e) Filiación matrimonial fuertemente favorecida

Características del Derecho de Familia

Una vez analizadas las principales nociones de familia y el concepto de derecho de familia, corresponde tomar conocimiento con las principales características que identifican al derecho de familia.

1.- Es de orden público, por lo que sus normas son imperativas e inderogables.

2.- Es de contenido eminentemente ético y moral. Por ejemplo, dentro del derecho de familia se pueden encontrar normas sin sanción alguna u obligaciones incoercibles. Sin embargo, no se debe a un error del legislador, sino a una actuación deliberada: dejar que el sentimiento ético o la sociedad influyan en la persona obligada.

3.- En el derecho de familia, prevalece el interés común, es decir, el del grupo familiar, por sobre el interés individual de cada uno de los integrantes.

4.- El derecho de familia no comparte el principio de autonomía de la voluntad ni el principio de igualdad de las partes. De ahí que en el derecho de familia existan relaciones de jerarquía y de dependencia.

5.- Los derechos de familia, es decir los derechos subjetivos, son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Un ejemplo de esto es el derecho de alimentos.

6.- Los actos del derecho de familia son, por regla general, solemnes, a diferencia del derecho privado, donde son generalmente consensuales.

7.- Es una disciplina de estados, es decir, crea condiciones subjetivas de carácter universal, las personas ocupan una posición dentro de la familia y de la comunidad toda.

Materias o ámbito de aplicación del Derecho de Familia

El derecho de familia ha seguido un proceso de separación del derecho civil donde se originó. En los últimos años se puede apreciar un esfuerzo del legislador por convertir al derecho de familia en una rama del derecho autónoma, con principios y materias que le son propias.

De esta forma, algunas de las materias que se regulan en el Derecho de Familia son las siguientes.

- El parentesco y sus efectos (Filiación y alimentos)

- El matrimonio

- El estado civil.

- Las relaciones patrimoniales.

- Las relaciones de parentesco.

- Los delitos del orden de las familias.-

Estatuto jurídico actual de la familia, leyes que lo regulan

En la actualidad, el principal cuerpo legal que contiene las normas del derecho de familia es el Código Civil.

No obstante, en un esfuerzo del legislador por brindar una legislación completa, se ha hecho necesaria la creación de leyes complementarias. Algunas de ellas son:

- Ley de Registro Civil 19.477

- Ley de Matrimonio Civil de 1884 (que fue reemplazada por la Nueva Ley de Matrimonio Civil de 19.947

- Código Civil

- Otros.-

• El Parentesco

El parentesco es definido como la relación de familia que existe entre dos personas. Cabes señalar que el parentesco puede ser de dos clases: por consanguinidad y por afinidad.

Por un lado, el parentesco por consanguinidad, también llamado natural, se funda en la relación de sangre que existe entre dos personas, cuando una desciende de la otra o ambas de un antepasado común. En este sentido el artículo 28 del Código Civil señala lo siguiente: “El parentesco por consanguinidad es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados.”

Por otro lado, el parentesco por afinidad, o parentesco legal, es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer. Es un tipo de parentesco que la ley crea o asimila. De esta forma,

se puede entender que los cónyuges no son parientes entre sí, pero la ley los asimila a ese carácter para otorgar cierta protección normativa.

Del análisis de la ley se deduce que el legislador ha dado muchísima más importancia al parentesco por consanguinidad, ya que, el parentesco por afinidad no confiere derechos, pero si establece obligaciones, como veremos mas adelante. Incluso, la ley considera al parentesco por afinidad como un impedimento para contraer matrimonio, a pesar de no existir vínculos de sangre, como por ejemplo, la imposibilidad de contraer matrimonio con la suegra o suegro aunque se haya divorciado de la hija o hijo o se haya enviudado.

Por último, existe una tercera forma de parentesco, y es el que se realiza por medio de la adopción, en este punto se debe tener presente que la adopción confiere el estado civil de hijo respecto del o de los adoptantes.

• Línea y Grado de Parentesco

La llamada línea de parentesco describe la serie de parientes que descienden unos de otros (línea recta) o de un tronco común (línea colateral).

Por ejemplo: El nieto y el abuelo son parientes en línea recta mientas que los primos son parientes en línea colateral

El parentesco por grado se cuenta por el número de generaciones, mientras que para determinar el parentesco colateral se sube al tronco común y después se baja al pariente cuyo grado se desea conocer. De esta forma, el grado mínimo entre parientes colaterales es el segundo grado. No hay parientes colaterales en primer grado.

Por ejemplo: Entre el nieto y el abuelo existe un parentesco en línea recta de segundo grado. En cambio, entre primos hermanos, existe un parentesco colateral de cuarto grado.

Por último, respecto al parentesco por afinidad, se aplican las mismas reglas. Así, la línea y el grado de afinidad de una persona con el consanguíneo de su marido o mujer se califican por la línea o grado de consanguinidad de dicho marido o mujer con el respectivo consanguíneo.

En principio, ¿Por qué es impórtate determinar el grado de parentesco que se pueda tener respecto de ciertas personas?

Esto se debe a dos grandes razones, según este estudio.

El primero, es en cuanto a la importancia conferida a los derechos hereditarios resultantes del vínculo familiar y por la otra, en relación a la comisión de los delitos cometidos en el ámbito de la familia.

Solo **por ejemplificar,** señalaremos que en caso de fallecimiento de un cónyuge, gran parte de la masa hereditaria pertenece al cónyuge sobreviviente y a los hijos del causante (Fallecido).

En el segundo caso, respecto de la comisión de los delitos, se podrá apreciar en la Unidad III que la ley es más severa con aquellos parientes que cometen atentados contra la vida de sus familiares que contra los terceros que participan con ellos. **Por ejemplo;** Asesinar al padre o madre es parricidio, pena que amerita presidio perpetuo, versus el caso del homicidio de un tercero que a pesar de ser un delito grave, no conlleva necesariamente la pena perpetua.

Los derechos hereditarios resultantes del vínculo familiar

Como ya se ha revisado, la familia está compuesta por un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco. Siguiendo los planteamientos de la doctrina clásica, el patrimonio, es decir, el conjunto de derechos y obligaciones de las personas de ser apreciados pecuniariamente, se transmite una vez que un sujeto fallece y este, vale la pena recordarlo, se transmite a sus herederos, que a la sazón son sus familiares más directos (A veces al Fisco como ya veremos).

Por ende la sucesión por causa de muerte pasa a ser, una especie de subrogación personal, pues los herederos pasan a ocupar la situación jurídica del difunto.

En la sucesión por causa de muerte se involucran una serie de intereses muy complejos:

- El interés del difunto, producto del cual se puede disponer de parte de sus bienes lo cual tendrá pleno efecto después de su muerte. (Con un tope de 25% de la masa hereditaria)

- El interés familiar, el cual queda de manifiesto en las asignaciones forzosas, lo cual se fundamente en que el difunto conformó su patrimonio con la colaboración de su núcleo familiar.(Tope de 75%)

- Y por último, el interés de la sociedad, esto se manifiesta en que el fisco puede eventualmente heredar y que además algunas herencias pagan impuestos.(Sin tope)

El Código Civil reglamenta de forma detallada la forma en que opera la

sucesión por causa de muerte, configurando un sistema coherente que sirve para dar continuidad al patrimonio de una persona muerta tanto en lo que respecta al pasivo como al activo.

Nuestra legislación no define la sucesión por causa de muerte de forma independiente sino que como un modo de adquirir.

Pero para el derecho sucesorio, la expresión sucesión es la transmisión de todo o parte del patrimonio de una persona fallecida a una o más personas vivas, señaladas por el difunto o la ley.

De forma breve, **¿Cómo se inicia la sucesión por causa de muerte?**

Se producen los siguientes efectos jurídicos.

Apertura de la sucesión.

La muerte del causante es el hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmiten en propiedad. Es en este momento en que se comienza la transmisión del patrimonio del causante.

Es acertado definir la apertura como un hecho jurídico consecuencial de la muerte de una persona, y en cuya virtud los bienes pasan a sus sucesores, es decir, la apertura de la sucesión da lugar a la sucesión por causa de muerte. Es el efecto jurídico que sigue a la muerte de una persona y que se traduce en la transmisión instantánea de su patrimonio a los herederos en conformidad a las disposiciones legales.

Causas de la apertura de la sucesión

La sucesión se abre con la muerte, la que debemos entender en primer término como muerte natural, no obstante esto, también se abre con la declaración de muerte presunta.

Momento de la apertura de la sucesión.

El Código Civil dispone en el art. 955 que la sucesión en los bienes de una persona se abre “al momento de su muerte”. Esta es la razón por la cual la inscripción de una partida de nacimiento debe expresar la fecha de la muerte.

La importancia de la apertura de la sucesión, radica en lo siguiente:

- En ese momento se define la capacidad y dignidad de los asignatarios. Esto se explica porque algunos herederos no son “Dignos” de la herencia, son desherados.

- El momento de la apertura de la sucesión es en el que se crea la comunidad hereditaria.

- Comienza el estado de indivisión.

- Desde ese momento se pueden celebrar pactos sobre la sucesión.

- La sucesión se rige por las reglas vigentes al tiempo de su apertura.

- La validez o nulidad de las disposiciones testamentarias debe ser analizada en ese momento.

- Por último, una vez aceptada o repudiada la asignación, los efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.

Lugar de la apertura de la sucesión

El art. 955 del Código Civil establece que la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte, “en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados”.

El lugar de la apertura de la sucesión tiene gran importancia por los siguientes motivos:

- Es juez competente para conocer de todo lo relacionado con la sucesión por causa de muerte el del último domicilio del causante (artículo 148 del C.O.T.).

- La apertura y publicación del testamento debe hacerse ante el juez del último domicilio del testador.

- Desde el punto de vista de la legislación aplicable, la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre (último domicilio del causante). Esto constituye una excepción al artículo 16 inciso 1° del Código Civil. En efecto, si el causante tuvo su último domicilio en el extranjero, respecto de los bienes situados en Chile, relacionados con la sucesión, será aplicable la legislación extranjera.

Esta regla tiene importantes excepciones:

- Si muere un chileno teniendo su último domicilio en el extranjero, aunque la sucesión se regirá por la ley extranjera (art. 955 del Código Civil), los parientes chilenos tienen en esa sucesión, que se va a regir por la ley extranjera, los derechos que les otorga la ley chilena (art. 15 del Código Civil).

- Si muere un extranjero en el extranjero dejando herederos chilenos, los herederos chilenos tienen sobre los bienes situados en Chile los derechos que les confiera la ley chilena (art. 998 del Código Civil).

- En caso de muerte presunta, esta debe ser declarada por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile. De modo que aunque exista constancia que el último domicilio del causante fue en el extranjero, sigue rigiéndose la sucesión por la ley chilena (art. 81 del Código Civil).

La delación

El art. 956 del Código Civil la conceptualiza la delación de una asignación de la siguiente manera "Es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla"

Todo asignatario puede aceptar o repudiar la asignación con completa libertad, y esta coincide con el momento de la apertura de la sucesión, esto es con la muerte del causante, siempre que la asignación no sea condicional.

Incapacidades e indignidades para suceder

Como decíamos, para suceder a un difunto, se requiere de requisitos de capacidad y dignidad. Varios de estos elementos nos conectarán con la comisión de delitos en el derecho de familia.

Una breve explicación nos dice que la regla general es que todas las personas son capaces de suceder por causa de muerte, es decir hábiles para ser asignatarios. Por ende las incapacidades son la excepción y reciben por tal motivo un tratamiento restrictivo.

Las incapacidades son las siguientes

- Son incapaces de suceder quienes no existen al momento de abrirse la sucesión (art. 962 del Código Civil). Por ejemplo, una persona que no existe.

- Son incapaces de suceder las entidades que carezcan de personalidad colectivas jurídica, salvo que la asignación tuviere por objeto la creación de una persona jurídica (art. 963).

- Son incapaces de suceder ciertos eclesiásticos o personas cercanas vinculadas a ellos, cuando estos eclesiásticos han estado en estrecho contacto con el causante antes de morir (art. 965).

- Son incapaces de suceder testamentariamente el Notario, testigos y familiares o dependientes (art. 1061).

Otros aspectos sobre las incapacidades:

- Son de orden público puesto que miran al interés general de la sociedad y no sólo al del testador.

- El testador no puede renunciar o perdonar la incapacidad; si así ocurriere este acto sería absolutamente nulo (arts. 966 y 1314 del Código Civil).

- Cuando existe una causal de incapacidad, opera de pleno derecho sin necesidad de que se pronuncie una sentencia judicial: el juez sólo se limita a constatar la incapacidad.

- El incapaz no adquiere nada por sucesión por causa de muerte, aun cuando no hubiere declaración judicial.

- Si enajena a un tercero, el tercero nada adquiere, es decir, la incapacidad pasa a los terceros de buena o mala fe.

- Si adquiere el asignatario o el tercero sólo habrá sido por prescripción adquisitiva del derecho (art. 967 del Código Civil).

Las indignidades

El legislador señala taxativa y minuciosamente las causales de indignidad, están contempladas en los arts. 968 a 972 del Código Civil,

además de otras que se encuentran repartidas en todo el Código. Se pueden definir como

> …la falta de mérito para suceder" o "una sanción que consiste en excluir de la sucesión a un asignatario, como consecuencia de haber cometido actos que importen un grave atentado contra el difunto o un serio olvido de sus deberes para con este.

Características:

- Son de orden privado, están establecidas en exclusivo provecho del difunto y por ende éste puede en vida perdonarlas (art. 973).
- Deben ser judicialmente declaradas (art. 974) en juicio ordinario a instancias de cualquier interesado en la exclusión del asignatario indigno. Mientras, el asignatario es digno.
- Si la sentencia lo declara indigno, se le presume de mala fe y por ende debe restituir los efectos hereditarios con los frutos (art. 974).
- Se "purga" por cinco años de posesión de la herencia o legado (art. 975).
- Si el indigno enajena, los efectos de la acción de indigidad no pueden alcanzar al tercer adquirente de buena fe (art. 976). Sólo alcanza a terceros de mala fe.
- Por último, la indignidad se transmite a los herederos con el vicio por todo el tiempo que falte para completar los cinco años (art. 977).

Causales de indignidad (art. 968 del Código Civil).

- Homicidio del causante: "El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla".
- Atentado grave contra el causante o pariente:

  …El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de

la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada.

- Incumplimiento del deber de socorro: "El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo".
- Fuerza o dolo para obtener las disposiciones testamentarias o impedir que se otorgue testamento.
- Detención u ocultación del testamento: "El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación".

Si el difunto no señala quienes son sus herederos antes de morir, ¿Quién determina el carácter de heredero y en qué orden los herederos concurren a la masa hereditaria?

El carácter y orden de heredero está determinado por la ley, y eso, en derecho se denomina "Órdenes de sucesión intestada."

El orden de sucesión es un sistema que se basa en la distribución de los parientes en clases, categorías u órdenes, en los cuales unos prefieren a otros.

Concepto

El orden de sucesión se puede conceptualizar de la siguiente manera: "Es el conjunto de herederos que considerados colectivamente excluyen o son excluidos por otros herederos, considerados también colectivamente".

Es por este motivo que para determinar los derechos hereditarios de una persona es necesario examinar el orden a que pertenece y no al grado de parentesco que la liga al causante.

No obstante dentro de los respectivos órdenes el parentesco es determinante, los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano, con la excepción de que intervenga el derecho de representación a favor de la descendencia que la hace mejorar el grado.

Parientes que fijan el orden de sucesión.

Dentro de cada orden de sucesión existen herederos que fijan el orden y le dan su nombre y otros que simplemente concurren con ellos. Para poder pasar de un orden a otro es preciso que falten todos los parientes que fijan el orden.

Existen cinco órdenes de sucesión:

1. Del Cónyuge y los hijos.
2. Los ascendientes.
3. De los hermanos.
4. De los colaterales.
5. Del fisco.

Primer orden de sucesión de los hijos

Este orden lo componen los hijos y el cónyuge sobreviviente, el art. 988 establece que los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que exista cónyuge sobreviniente, supuesto en el cual este concurrirá con aquellos. Los hijos pueden ser también representados. Se le conoce también a este orden como de los descendientes.

El cónyuge sobreviviente comparece también en su calidad de heredero legitimario del causante.

Como ya se mencionó los hijos excluyen a todos los herederos salvo que hubiere también un cónyuge sobreviviente, caso en el cual este concurrirá con aquellos. En este caso el cónyuge sobreviviente recibirá una porción que por regla general será del 50% de los bienes de la herencia. Por su parte los hijos se reparten el saldo en partes iguales.

Segundo orden de sucesión o del cónyuge y ascendientes

En el caso que falten los hijos ya sea personalmente o representados, el Código Civil dispone en el art. 989 “Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo.”.

En este supuesto la herencia se divide en tres partes, correspondiéndole 2/3 para el cónyuge y un tercio a los ascendientes, para el supuesto que sólo haya un ascendiente en el grado más próximo, éste lleva toda la porción destinada a tales parientes, puesto que el grado más cercano excluye a los demás.

También es dable que sólo haya cónyuge o sólo ascendiente, si existe solamente el cónyuge, toda la herencia para él, y si solo existen ascendientes toda la herencia es para estos, no podemos dejar de mencionar que no opera la representación respecto de los ascendientes.

Tercer orden de sucesión, de los hermanos

El Código Civil dispone en el art. 990 “Si el difunto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, le sucederán sus hermanos”. El inc. 2° del mismo art. Prosigue

Entre los hermanos de que habla este artículo se comprenderán aun los que solamente lo sean por parte de padre o de madre; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal.

Cuarto orden de sucesión, de los colaterales

No concurriendo descendientes, ascendientes, cónyuge sobreviviente, ni hermanos suceden los demás colaterales del causante, extendiéndose sólo hasta el sexto grado, esto en conformidad a lo dispuesto en el art. 992 del Código Civil. Los colaterales de doble conjunción (de padre y madre) llevan el doble de porción de los de simple conjunción. Es decir pueden heredar los primos del causante, pero no así los sobrinos, puesto que en ese entendido opera la representación.

Quinto orden de sucesión, el fisco

El art. 995 del Código Civil establece "A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco".

Sucesión parte testada y parte intestada

El art. 996 del Código Civil dispone que cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato.

Pues bien, si entre los herederos concurren legitimarios con quienes no lo sean, y el causante no dispone total o parcialmente de la parte de mejoras o de libre disposición, no se produce el acrecimiento del art. 1191 del Código Civil, puesto que sobre él prevalecen las reglas de sucesión intestada.

Además, el art. 996 complementa que los que suceden a la vez por testamento y abintestato imputarán, a la porción que les corresponda abintestato, lo que recibieron por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria si excediere a la otra. Vale decir, si lo que les toca como abintestato es más que lo que les toca por testamento, participarán de la sucesión intestada hasta completar la porción que les corresponda abintestato. A la inversa, la porción testamentaria excediere a la intestada, llevará la primera.

El Código Civil en el art. 996 inc. final establece que "prevalecerá sobre todo ello la voluntad expresa el testador, en lo que de derecho corresponda". En otras palabras debe respetarse la voluntad del testador si éste declara que le deja a fulano tanto por testamento sin perjuicio de sus derechos como heredero abintestato.

Para concluir esta primera unidad, es pertinente la revisión de los fundamentos básicos del derecho penal, los que nos habilitaran para estudiar los delitos cometidos en el orden de las familias al analizar la Unidad tres.

Como adelanto, podemos señalar que algunos de esos delitos son el Aborto, el infanticidio, el parricidio, solo por citar los de mayor connotación social.-

IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL

DERECJHO PENAL Y DE FAMILIA

UNIDAD Nº I

Introducción al Derecho de familia

WWW.IPLACEX.CL

Ideas Fuerza

- El derecho penal es la rama de las ciencias jurídicas, plenamente autónoma, que consagra normas encargadas de regular las conductas que se estiman capaces de producir un daño social o de originar un peligro para la comunidad, bajo la amenaza de una sanción.

- Como delito se debe entender a todo aquello que el derecho asigna una pena o como lo señala el Código Penal en su artículo 1º "El delito es toda acción u omisión penada por la ley"; por su parte el delincuente es una persona humana a la cual se le atribuye responsabilidad en la comisión de un delito y en consecuencia se encuentra obligado a soportar una pena.

- Las características del derecho penal son: una rama del derecho público, regula actos externos, está compuesto por normas jurídicas, es de carácter aflictivo, utiliza criterios de subsidiaridad y proporcionalidad y se vale de distintos principios a favor del procesado.

- El derecho penal chileno tiene su origen o raíz en el Derecho Español, que fue traspasado en la época del descubrimiento y posterior conquista, sin embargo no se puede desconocer la influencia de numerosos pueblos en lo que es actualmente la legislación chilena.

- El 17 de enero de 1870 se nombró la comisión redactora del Código Penal Chileno, la cual inició su trabajo tomando como modelo el Código Español del año 1848. Se dicta el 12 de noviembre de 1874 la ley que lo aprobó, comenzando a regir el 1 de marzo de 1875, el cual ha sido objeto de numerosas modificaciones.

- El principio de reserva o legalidad consiste en que por muy grave que sea el daño ocasionado con el delito (homicidio, robo, violación, etc.), no se le puede castigar al infractor (delincuente) con una sanción penal (pena) que no haya estado establecida en forma previa por una ley.

El derecho penal "es la rama de las ciencias jurídicas, plenamente autónoma, que consagra normas encargadas de regular las conductas que se

estiman capaces de producir un daño social o de originar un peligro para la comunidad, bajo la amenaza de una sanción".

Cuando se habla de derecho penal, se debe tomar en consideración que se conjugan tres elementos, los cuales son: el delito, el delincuente y la pena. Como delito se debe entender a todo aquello que el derecho asigna una pena o como lo señala el Código penal en su artículo 1º "El delito es toda acción u omisión penada por la ley"; por su parte el delincuente es una persona humana a la cual se le atribuye responsabilidad en la comisión de un delito y en consecuencia se encuentra obligado a soportar una pena. Entendiéndose por pena la pérdida o disminución de derechos personales.

Delitos en el ámbito de la familia

Definiciones de derecho penal

Cuello Calón: "conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente".

Von Liszt: "conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen como hecho a la pena como legítima consecuencia".

S. Soler: "parte del derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, esto es, generalmente la pena".

Mezger: "conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado; conectando en el delito la pena como consecuencia jurídica".

Nosotros podemos decir que es "el conjunto de normas jurídicas que se refieren al delincuente, al delito y a las pena".

Características del derecho penal

1.- Es una rama del derecho público. El Estado es el único que puede fijar cuáles son las conductas ilícitas, es decir, cuáles son las infracciones punibles.

Luego, es un derecho de tipo social que establece medidas para prevenir y reprimir los delitos, sólo por el Estado en uso de la soberanía.

2.- Castiga las conductas externas. Luego, se dice que el derecho penal es un derecho regulador de conductas externas. Entonces, se dice que no se pena el hecho de pensar.[1] Por ende, se castiga la conducta externa cuando se transgrede la ley o el derecho.

3.- Es un derecho normativo. Es decir, cuando el individuo comete un hecho punible o una infracción punible estaría violando una norma.

El derecho penal establece prohibiciones, normas y mandatos que deben ser observados estrictamente por los destinatarios (Polaino).

4.- Es un derecho valorativo. El derecho penal para sancionar elige conductas que tengan un significado importante. Se aquilatan las conductas importantes, no toda actuación va a ser una infracción penal.

5.- El derecho penal a finalista. Tiene como fin velar por el respeto de la norma.

---

[1] *Novoa*

Para el bienestar común y por ser finalista es un derecho destinado a corregir.

6.- El derecho penal es un sistema discontinuo de ilicitudes, vinculado esto con el aspecto normativo y valorativo. Cuando la conducta ilícita es importante y viola o causa detrimento a una persona, el legislador la eleva a la calidad de delito, no se castigan todos los actos del ser humano, sino los que tengan relevancia en el plano social; ej., aborto.

7.- El derecho penal es un derecho sancionatorio o punitivo, es decir, que castiga los actos delictivos. Ampara y protege bienes jurídicos de importancia. Luego al sancionar se protegen estos bienes.

Por lo anterior, se dice que no es declarativo de derechos.

8.- Es un derecho personalísimo. Las penas y sanciones se aplican exclusivamente a la persona que cometió el delito. Hoy no responden los parientes ni los hijos por los hechos delictivos de otros.

El principio de la reserva legal

El hecho de que la ley sea la única fuente de derecho penal se conoce generalmente con el nombre de principio de la reserva o legalidad y constituye la base fundamental de todo el sistema jurídico penal.

En un sentido amplio, este principio de legalidad tiene un triple alcance;

a. Solamente la ley puede crear delitos y establecer sus penas es decir se establece la legalidad en sentido estricto).

   En su aspecto práctico, el principio de la reserva o legalidad se traduce en que el juez no podrá sancionar por delitos que no estén establecidos como tales en la ley con anterioridad a la realización de los hechos, ni aplicarles penas que no estén igualmente determinadas en la ley en cuanto a su naturaleza, duración y monto.

b. La ley penal no puede crear delitos y penas con posterioridad a los hechos incriminados y sancionar éstos en virtud de dichas disposiciones, en otras palabras no opera la retroactividad de la ley penal

   La irretroactividad de las leyes penales está también de manifiesto en el texto constitucional. Pese a lo categórico que puede parecer el texto del art. 19 n 3, la irretroactividad de la ley penal tiene excepciones; como serán por ejemplo una ley posterior que despenalice una conducta o

bien que sea más favorable al reo, etc.[2]

c. La ley penal, al crear delitos y penas, debe referirse directamente a hechos que constituyen aquéllos y a la naturaleza y límites de éste, lo cual pasa a denominarse tipicidad.

Finalmente, el principio de reserva o legalidad tienen un sentido de tipicidad. Significa que, la ley penal en su contenido, debe referirse a hechos concretos y penas determinadas. Así aparece de manifiesto en el art. 19 nº3, inciso 8º, CPE cuando señala "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". De manera tal, que el juicio penal no puede referirse, por ejemplo, al estado o condición de una persona, sino a hechos específicos. Y estos hechos deben juzgados en virtud de una ley, que debe referirse, a su vez, también a hechos.

En síntesis, todos esos elementos configurados dan lugar a la existencia de los delitos.

Definiciones de delito

"Es delito toda acción típica, antijurídica y culpable adecuada a una figura legal".

La ley penal debe referirse a hechos concretos, y no puede dar simples criterios de punibilidad.

La descripción pormenorizada de los hechos que revisten caracteres de delito se denomina “Tipicidad”

La tipicidad se vincula con la conducta exclusivamente del ser humano. Es la adecuación o el encasillamiento que se hace de la conducta humana en el tipo penal. Adecuar la conducta humana en los tipos penales, se llama juicio de tipicidad, función que realiza el juez. En el fondo es la focalización de la conducta humana al hecho típico.

Si la conducta particular no encuadra dentro del tipo penal, hablamos de una conducta atípica, que no es punible. Como consecuencia de lo anterior, se pueden ejecutar todas las conductas que la ley penal no está prohibiendo.

La ley penal es la descripción de los tipos, lo hace en forma exhaustiva y cerrada por regla general. Es decir, trata de abarcar todas las conductas ilícitas, por eso se sostiene por los autores que el Código Penal es un catálogo cerrado

---

[2] *Sobre el tema de irretroactividad se volverá al examinar la aplicación de la ley penal en el tiempo.*

de delitos o repertorio de delitos.

Por ejemplo, el homicidio es un delito indicado en la ley que señala “El que mate a otro será castigado con …” Como se aprecia, el hecho se encuentra descrito en la ley, es decir, matar a otro y eso es la tipicidad en palabras muy simples.-

A contrario sensu, si una conducta no se encuadra en el tipo penal, simplemente no es un delito. Por eso, por su propia naturaleza, no puede hablarse de causales sistematizadas de falta de tipicidad. Cualquiera discordancia entre un hecho y la descripción legal del delito, determinará su falta de tipicidad. Con ello, el derecho penal habrá pronunciado su parecer respecto de dicho acto: es impune. No hay, por tal razón, vacíos en el derecho penal, que ante cualquier hecho tiene siempre un pronunciamiento: o es punible o es impune.

Personas intervienen en la comisión de un delito

Se puede participar en un delito como autor, cómplice o encubridor.

Los autores y cómplices intervienen en el delito con anterioridad a él o en el momento mismo de la ejecución y los encubridores aparecen una vez que el delito ya se ha cometido, es decir, participan con posterioridad a la realización del delito. Ej. Persona que compra a sabiendas cosas robadas.

1. **Los autores**

Están contemplados en el art. 15 del C.P., mas este artículo no menciona "quién es autor", sino que "a quien se considera autor". Y de este modo se ha ampliado notablemente el concepto de autor en términos tales, que ha dejado reducido a los cómplices a una expresión mínima, toda vez que se ha considerado a quienes en verdad son cómplices.

Se consideran autores:

1.1. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

1.2. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

1.3. Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

2. **Los Cómplices**

Art.16.- Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Cury "es cómplice quien coopera dolosamente a la ejecución del hecho de otro, por actos anteriores o simultáneos".

La extensión de la complicidad resulta bastante reducida por la amplitud del campo de la autoría. La calidad de cómplice es subsidiaria a la de autor, ya que para serlo es requisito indispensable no ser autor.

Los actos de complicidad importan un conocimiento (dolo) a la tarea que se sabe y quiere común. Es necesario que el autor se haya servido efectivamente de la colaboración prestada, pues en caso contrario habría una pura tentativa de complicidad, que no es punible.

No es necesario una ayuda material, basta un auxilio moral o intelectual o bien una omisión (por ejemplo; dejar abierta la puerta).

3. Los Encubridores:

Art. 17, C.P. El encubridor interviene en el crimen o simple delito con posterioridad a la perpetración del mismo y, por tanto, no es, verdaderamente, un partícipe del mismo; sino que sólo es una ficción legal.

Requisitos del Encubrimiento

4.1. Conocimiento de la perpetración del crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo. Esta última frase se refiere a la posibilidad cubrir una tentativa o un delito frustrado. Del texto legal se desprende que no hay encubrimiento de faltas.

4.2. No haber sido ni autor ni cómplice. La intervención del encubridor es subsidiaria.

4.3. Debe intervenir con posterioridad a la ejecución del crimen o simple delito. Para Cury este es el elemento característico para la calificación.

4.4. Debe intervenir de alguno de los modos siguientes (art. 17):

4.4.1. Aprovechándose por sí mismo o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito. (Aprovechamiento o receptación).

4.4.2. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos e instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento (Favorecimiento real)

4.4.3. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable (Favorecimiento personal ocasional).

4.4.4. Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los

malhechores, sabiendo que lo son, aún sin conocimiento de los delitos que hayan cometido, o facilitándole los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos o suministrándole auxilio o noticias, para que se guarden, precavan o salven (Favorecimiento personal habitual).

Por último, se establece que están exentos de la pena impuesta los encubridores que lo sean de su cónyuge y de determinados parientes señalados en la ley (489, excusa legal absolutoria).

Para concluir el punto, es pertinente señalar que aquellos que cometen un delito se exponen a una sanción, es decir a "la Pena".

La pena

El C.P. no define la pena. Se ha señalado que la pena, es una pérdida o disminución de derechos personales que se le impone al responsable de un delito.

Clasificación de las penas

I.- Según su gravedad:

a.- Penas de Crímenes
b.- Penas de Simples delitos
c.- Penas de Faltas.

a. P. de crímenes: Cadena perpetua, privativas y restrictivas de libertad mayores. Cuando hablamos de penas mayores son las superiores a cinco años y un día.

b. P. de simples delitos: Privativas y restrictivas de libertad menores. Cuando hablamos de penas menores son de cinco años y un día hacia abajo, hasta sesenta y un día.

c. P. de faltas: Prisión, penas de uno a sesenta días.

Naturaleza y efectos de las penas

1. **Penas privativas de libertad**

Estas penas producen la pérdida de libertad personal, especialmente bajo su aspecto de libertad ambulatoria o de desplazamiento.

I. Reclusión y presidio. La diferencia entre estas dos es que el presidio sujeta al condenado obligatoriamente a los trabajos establecidos por el Reglamento del establecimiento carcelario; y la reclusión no somete al condenado a dichos trabajos.

Las penas de presidio y reclusión pueden ser:

1.1 Perpetuas, que duran toda la vida del condenado; o

1.2 Temporales, que duran de 61 días a 20 años.

Las temporales que van de 61 días a 20 años se dividen en:

1.2.1 Mayores, que van de 5 años y un día a 20 años, se dividen en:

1.2.1.1 Mínimo, que va desde 5 años y un día a 10 años;

1.2.1.2 Medio, que va desde 10 años y un día a 15 años; y

1.2.1.3 Máximo, que va desde 15 años y un día a 20 años.

1.2.2 Las menores se dividen en:

1.2.2.1 Mínimo, que abarca de 61 a 540 días;

1.2.2.2 Medio, que va desde 541 días a 3 años; y

1.2.2.3 Máximo, que va de 3 años y un día a 5 años.

II. Prisión: Es también pena de encierro y no impone la obligación de trabajar. Es pena de falta y va de uno a 60 días, y se divide en:

Menores, que van de 61 días a 5 años.

Mínima, que va de uno a 20 días;

Medio, que va de 21 a 40 días; y

Máximo, que va desde 41 a 60 días.

2.- Penas restrictivas de libertad

1.- Relegación: Es la traslación del encausado a un punto habitado del territorio de la república con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad.

2.- Destierro: Es la expulsión del sentenciado de algún punto de la república.

3.- Confinamiento: Es la expulsión del sentenciado del territorio de la república con residencia forzosa en algún lugar determinado y con prohibición de regresar al país.

4.- Extrañamiento: Es la expulsión del condenado del territorio de la república a un lugar de su elección.

3.- Penas pecuniarias

1.- Multas: Suma de dinero que la ley impone como sanción al responsable de un delito.

2.- Comiso: Pérdidas de los instrumentos o efectos de un delito de propiedad del responsable de éste.

Instrumentos del delito: Son los medios materiales de que los autores se valen para perpetrar el delito.

Efectos del delito: Son los objetos materiales sobre los que ha recaído la acción delictiva o que sea producto de ello.

3.-Caución: Pena que consiste en obligar al sentenciado a presentar un fiador que responde:

- O bien que aquel no ejecutará el mal que se pretende precaver;
- O de que cumplirá su condena.

El fiador se obliga a satisfacer, para el caso de incumplimiento de parte del penado, la cantidad que el tribunal haya fijado, art. 46. La caución es siempre pena accesoria.

IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL

IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL

DERECHO PENAL Y DE FAMILIA

UNIDAD Nº II

El matrimonio, sus efectos y término de la relación matrimonial

WWW.IPLACEX.CL

El Matrimonio y sus consecuencias jurídicas en el campo jurídico y patrimonial.

El matrimonio

El matrimonio se encuentra regulado en el Código Civil en los artículos 102 y siguientes y en la ley 19.947, que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil, derogando la antigua ley que databa de 1884.

Una de las principales innovaciones de la ley Nº 19.947 es la incorporación de la institución del divorcio a la legislación chilena como causal de terminación del matrimonio.

Sin embargo, el divorcio no es la única creación de esta ley. Alguna de estas novedades se menciona a continuación:

a) Establece cursos de preparación para el matrimonio.
b) Aumenta la edad mínima para casarse a 16 años.
c) Reconoce efectos civiles al matrimonio religioso.
d) Suprime el rapto como vicio del consentimiento.
e) Incorpora el error en las cualidades determinantes del otro contrayente como vicio del consentimiento.
f) Suprime la causal de nulidad de matrimonio basada en la incompetencia del Oficial del Registro Civil.
g) Suprime como incapacidades para el matrimonio la impotencia perpetua e incurable y el adulterio.
h) Incorpora nuevas causales de nulidad.
i) Regula la separación de hecho y crea la separación judicial de los cónyuges.
j) Establece reglas sobre compensación económica a favor del cónyuge más débil en caso de nulidad de matrimonio o divorcio de los cónyuges.
k) Incluye reglas sobre conciliación y mediación en los juicios sobre separación y divorcio.
l) Radica los juicios sobre separación, nulidad de matrimonio y divorcio en los juzgados de familia.

Concepto de Matrimonio

La nueva Ley de Matrimonio Civil, a pesar de todas sus innovaciones, no modificó la definición de matrimonio que da el Código Civil. De esta manera el artículo 102 del Código Civil señala que el matrimonio es:

"Un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente." artículo 102 del Código Civil.

Características del Matrimonio

Una vez analizado el concepto de matrimonio, corresponde tomar conocimiento con las principales características que identifican a esta institución.

1.- Es un contrato.
2.- Es un contrato solemne: Si bien se acepta que el matrimonio sea un contrato, es uno muy especial por cierto. Es solemne por cuanto la ley exige una serie de formalidades para su celebración, como lo es la presencia del Oficial del Registro Civil y los testigos.
3.- El matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer. De forma que la ley estima que es esencial al matrimonio la diferencia de sexo entre los contrayentes, además de la monogamia, es decir, debe tratarse de un hombre y una mujer.
4.- El matrimonio tiene carácter indisoluble, a pesar que la ley de matrimonio civil permite el divorcio de un matrimonio válidamente contraído.
5.- El matrimonio tiene como finalidad, entre otras, la de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Requisitos del matrimonio

La ley contempla dos grandes grupos, los cuales inciden en los tipos de sanciones civiles ante su incumplimiento. Estos son los Requisitos de existencia y los requisitos de validez

- Requisitos de existencia

Si bien la nueva ley de matrimonio civil no distingue expresamente entre requisitos de existencia y validez, estos se pueden deducir de sus propias normas.

Así, se puede entender que la omisión de los requisitos de existencia produce inexistencia, es decir, el matrimonio no llega a existir, mientras que la omisión de los requisitos de validez (o su cumplimiento parcial) produce nulidad, es decir, el matrimonio existe, pero viciado.

Los requisitos de existencia del matrimonio son los siguientes:

a) La Diferencia de Sexo entre los Contrayentes

Este requisito proviene de la misma definición de matrimonio del Código Civil, el Código Civil reconoce esta unidad entre un hombre y una mujer, es decir, heterosexual. Asimismo, el artículo 80 de la nueva ley de matrimonio civil reafirma expresamente esta exigencia. Consecuencia de lo anterior, la diferencia de sexos es un requisito esencial para la celebración del matrimonio, ya que si se celebra con personas de un mismo sexo no tendrá ninguna existencia.

b) El Consentimiento de los Contrayentes

El vicio del consentimiento es una causal de nulidad, por lo que sólo la falta de consentimiento es capaz de generar inexistencia del matrimonio, como si el Oficial del Registro Civil declara casados a los contrayentes no obstante uno de ellos manifiesta su voluntad contraria o no manifiesta su voluntad.

c) La Presencia del Oficial del Registro Civil

Esto quiere decir que solamente debe celebrarse el matrimonio ante un Oficial del Registro Civil para ser existente, es decir, no se podría contraer matrimonio ante un notario. El único funcionario autorizado por la ley para sancionar un matrimonio es el Oficial del Registro Civil, tanto así, que su ausencia es causal de inexistencia, es decir, el matrimonio no nace a la vida jurídica.

La sanción civil ante la ausencia de estos requisitos es la inexistencia jurídica.

- Requisitos de Validez

Una vez analizados los requisitos de existencia del matrimonio que permiten su nacimiento a la vida jurídica, corresponde estudiar aquellos requisitos que establecen la validez del matrimonio, los que a su vez dan lugar a la causal de nulidad del matrimonio. Los requisitos son los que se mencionan a continuación.

Estos son;

1. Consentimiento libre y espontaneo,
2. Capacidad legal de los contrayentes
3. Cumplimiento de las formalidades que la ley exige.

1. Consentimiento Libre y Espontáneo

Este requisito se refiere a que el consentimiento debe prestarse exento de vicios. Así, la ley se dedica a enumerar los vicios del consentimiento que afectan al matrimonio, los cuales son el error y la fuerza. Con respecto al dolo, la tradición jurídica ha señalado que es normal que en las relacionales prematrimoniales las personas exageren sobre algunos atributos, ello no es razón suficiente para establecerlo como vicio del consentimiento.
Por ejemplo: Cocino muy bien.

1) El Error

El error como vicio del consentimiento ya existía en la ley anterior, pero la ley 19.947 incorporó el error respecto de las cualidades personales del otro

contrayente. Cabe señalar que el error debe ser determinante, es decir, que sea tan importante que sin él la persona no se hubiese casado, y además debe tener lugar en el momento de celebración del matrimonio.

En cuanto a las distintas posibilidades de error en el consentimiento, éstas se mencionan a continuación.

a) Error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente, es decir, cuando uno de los contrayentes se equivoca respecto de la persona física del otro. En caso de producirse una situación que comprenda esta hipótesis, sólo el contrayente que incurre en el error tendrá derecho a la acción de nulidad para invalidar el matrimonio. Esta acción de nulidad prescribe en el término de 3 años, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio de error.

b) Error acerca de alguna de las cualidades personales del otro contrayente, éste exige que, en el tiempo de la celebración del matrimonio, hubiera existido un error, es decir, un falso concepto o juicio en uno de los contrayentes. Este error debe recaer sobre alguna cualidad personal del otro contrayente.

Estas cualidades personales pueden ser de diversa naturaleza, comprendiendo las de carácter físico y de carácter moral, pero siempre que haya sido determinante para prestar el consentimiento, es decir, la persona que sufre el error ha hecho de esa característica un aspecto esencial para prestar su consentimiento al matrimonio.

Continuando con lo anterior, la ley dejó establecidos algunos criterios para juzgar aquellas cualidades personales y su carácter determinante.

De esta manera el error debe tratarse

1° Una cualidad personal determinante en orden a la naturaleza de matrimonio, es decir, respecto de aquellos elementos que caracterizan al matrimonio como comunidad de vida.

2° Debe tratarse de una cualidad personal determinante en orden a los fines del matrimonio, es decir, cuando su ausencia impide que se forme el matrimonio. Esto quiere decir que cualquier cualidad personal que no aparezca como vinculada a la naturaleza o fines del matrimonio no puede ser estimada como determinante para prestar el consentimiento matrimonial, es decir, su ausencia no obstaculiza la formación del matrimonio.

A continuación se explicará otra forma de afectar el consentimiento en el matrimonio, la fuerza.

2) La Fuerza

La fuerza se la puede definir como:
“Toda coacción física o moral que se ejerce sobre una persona, sobre sus bienes o sobre otras personas vinculadas con ella, que hubiere sido determinante para contraer el matrimonio.”

Continuando con lo anterior, la nueva ley de matrimonio civil, al aplicar la fuerza como vicio del consentimiento en el matrimonio recurre a los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, éstos contienen ciertos requisitos para que la fuerza efectivamente vicie el consentimiento.

De acuerdo con lo anterior, resulta interesante mencionar cuales son tales requisitos:

a) La fuerza debe ser actual e inminente. Esto significa que la fuerza debe existir necesariamente al tiempo de la celebración del matrimonio.

b) La fuerza debe ser grave, lo que significa que debe ser capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Entonces, se mira como fuerza grave todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

c) La fuerza debe ser determinante en la celebración del matrimonio.

d) La fuerza puede ser obra de cualquier persona o incluso de una circunstancia externa.

Entonces, la aplicación de fuerza física sobre uno de los contrayentes también constituye falta de consentimiento, donde la voluntad expresada no es la propia, sino una ajena.

2. Capacidad Legal de los Contrayentes

De acuerdo a la ley chilena, contraer matrimonio es un derecho esencial de las personas, lo que significa que todas las personas pueden contraer matrimonio, salvo las excepciones legales, por supuesto.

Así, la ley sólo se dedica a expresar quienes no pueden contraer matrimonio. A estas incapacidades se les denomina impedimentos y se clasifican en impedimentos dirimentes absolutos e impedientes o relativos.

Los impedimentos dirimentes son aquellos que optan a la celebración del matrimonio de tal suerte que si no se respetan, la sanción es la nulidad del vínculo matrimonial.

En cambio, los impedimentos impedientes son las prohibiciones y su incumplimiento no produce nulidad sino otro tipo de sanción.

Continuando con lo anterior, los impedimentos dirimentes pueden ser absolutos o relativos. De esta forma, serán absolutos cuando obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona, por el contrario serán relativos cuando impiden contraer matrimonio con una persona determinada.

1) Los Impedimentos Dirimentes Absolutos

Los impedimentos dirimentes absolutos, como ya se había mencionado, son aquellos que impiden la celebración del matrimonio con toda persona. Es importante saber, eso sí, que para que estos impedimentos tengan el efecto de un vicio del consentimiento, es decir, que afecten la validez del matrimonio, deben existir al momento de la celebración.

A continuación se abordarán cada uno de los impedimentos dirimentes absolutos que impiden la formación y celebración del matrimonio.

a) El Vínculo Matrimonial No Disuelto

El vínculo matrimonial no disuelto constituye la ratificación del matrimonio monogámico en la sociedad chilena, prohibiendo la poligamia[1] y la poliandria[2]. En su virtud se prohíbe a un hombre que contraiga simultáneamente matrimonio con varias mujeres y que una mujer contraiga matrimonio con varios hombres. De esta forma, siempre que uno de los cónyuges se halle vinculado por un matrimonio anterior no disuelto, no podrá contraer nuevo matrimonio.

Eso sí, y esto es importante, para que se produzca la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio por existir un vínculo matrimonial anterior no disuelto, es esencial que dicho primer matrimonio sea válido.

---

[1] *Es un tipo de relación amorosa y sexual entre más de dos personas, por un período significativo de tiempo, o por toda la vida.*
[2] *Una mujer que está en matrimonio con varios hombres.*

Este impedimento de vínculo matrimonial no disuelto producirá la nulidad del segundo matrimonio, pero para que esta nulidad produzca efectos debe ser declarada por una sentencia judicial. Esto significa que mientras no se declare la nulidad por sentencia judicial el segundo matrimonio es válido.

b) Los Menores de 16 años

Si uno de los contrayentes es menor de 16 años el matrimonio no será válido, por lo tanto será nulo. La nueva ley de Matrimonio Civil innovó en cuanto a la ley anterior, ya que ésta establecía la edad mínima para contraer matrimonio de acuerdo a la pubertad de los contrayentes, es decir, centrando la atención en la capacidad para procrear de éstos.

La nueva ley determinó alterar el criterio y centrarlo en la edad y madurez de los contrayentes para comprender y comprometerse con los derechos y deberes del matrimonio, estableciendo como edad mínima para celebrar matrimonio los 16 años.

c) La Privación de Razón

De acuerdo a la ley, no pueden contraer matrimonio los que se hallaren privados del uso de razón. La ley, al hablar de privación de razón, se refiere a la enajenación mental. Incluso, podría tratarse de una privación de razón temporal que se presenta en el momento de prestar el consentimiento para el matrimonio.
En la ley anterior, que databa de 1884, se contemplaba esta capacidad bajo el concepto de “dementes”, término que presentaba ciertas complicaciones que fueron subsanadas por la nueva ley.

De este modo, el concepto de privación de razón es más amplio, puesto que incluye a la demencia y a otras enfermedades o enajenaciones mentales, sean permanentes o temporales, estén o no declarados en interdicción por un tribunal. Esto significa que incluye perfectamente a quienes hayan contraído matrimonio en estado de ebriedad, bajo efectos de estupefacientes, hipnotizados, etc.

d) El Trastorno o Anomalía Psíquica

Esta causal se encuentra en el mismo numeral que la anterior y consiste en un trastorno o anomalía psíquica la cual debe estar fehacientemente diagnosticada y ser de tal gravedad que los contrayentes sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio.

e) La Carencia de Suficiente Juicio y Discernimiento

No se podrán casar quienes carecieren de suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.

Este numeral de la ley (art. 5º Nº 4) establece una causal subjetiva, puesto que no está relacionada con alguna medida objetiva. Así, cualquier cónyuge podría pedir la nulidad del matrimonio en base a que el otro cónyuge carecía de suficiente juicio y discernimiento, pero, he aquí lo importante, sin importar la edad. Así es, la ley no exige una edad mínima o máxima para alegar esta causal de forma que, por ejemplo, incluso una persona mayor de edad puede carecer de suficiente juicio y discernimiento.

Como se puede observar, esta causal tiene cierta relación con la del art. 5º Nº 2, que impide casarse a los menores de 16 años. Pues bien, con ambos numerales la ley se preocupa de abarcar los dos criterios, el objetivo con el Nº 2 y el subjetivo con el Nº 4.

f) Los que No Pueden Expresar su Voluntad

En el Nº 5 del artículo 5º, la ley termina con la causal que está dirigida a quienes no pueden expresar su voluntad, por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas.

Esta causal ya existía en la ley de 1884, pero a diferencia de la ley actual, aquella señalaba que no podían contraer matrimonio por incapacidad los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad.

Así, se puede ver la innovación de la ley de matrimonio civil, incorporando el derecho de los sordomudos que no pueden expresarse a contraer matrimonio, siempre que puedan manifestarse por lenguaje de señas.

2) Los Impedimentos Dirimentes Relativos

La clasificación de los impedimentos se hace entre dirimentes absolutos y relativos, siendo estos últimos los impedimentos que inhabilitan a una persona a contraer matrimonio con ciertas y determinadas personas.

a) El Parentesco
b) El Homicidio
c) La Adopción
   a) El Parentesco

No pueden contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado.

Esto quiere decir que no se pueden casar entre sí los hermanos, pero si pueden casarse los primos, ya que el mínimo que exige es la colateralidad por consanguinidad en segundo grado.

b) El Homicidio

El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito.

En esta causal existen varios conceptos importantes. Así, por ejemplo, la ley establece que el cónyuge sobreviviente no se podrá casar con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación, es decir, la ley no espera a que una sentencia establezca con toda seguridad que tal persona fue efectivamente el responsable del homicidio del marido o la mujer del cónyuge sobreviviente.

En este contexto, el imputado es aquella persona a quien se le atribuye la responsabilidad de un delito y es una calidad que se adquiere desde el primer momento de la primera actuación del procedimiento en su contra. De esta forma, se diferencia del condenado en que éste último lo es a partir de la sentencia judicial que lo declara como tal.

En la segunda parte de este numeral, la ley se preocupa de los condenados, es decir, en este caso hubo una sentencia condenatoria. Además, se incluye a los cómplices y encubridores del delito, ampliando aún más la aplicación de la causal de nulidad.

c) La Adopción

La adopción es también una causal de impedimento relativo. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley. Un efecto importante de la adopción es que ésta extingue todos los vínculos de la filiación de origen del adoptado, para todos los efectos civiles, exceptuando los impedimentos para contraer matrimonio.

Pero esto no significa que no se apliquen los mismos impedimentos en relación a su nueva filiación. De esta forma, también se le aplica la causal de parentesco.

3) Impedimentos Impedientes (Prohibiciones)

Las prohibiciones, también llamadas impedimentos impedientes no afectan la validez del matrimonio, es decir, no son causales de nulidad, pero su infracción trae como resultado otras sanciones.

Las prohibiciones son las que se mencionan a continuación:

a) Impedimento de falta de consentimiento de Terceros
b) Impedimento de guardas
c) Impedimento de segundas nupcias

a) Impedimento de falta de consentimiento de Terceros

El Código Civil establece que para que los menores de 18 años puedan contraer matrimonio deben contar con el consentimiento de ciertas personas. La ley se refiere a los menores de 18 años y mayores de 16, puesto que los menores de 16 se ven impedidos por la causal del art. 5º Nº 2.

Este consentimiento debe ser expreso y puede otorgarse en el momento de la celebración del matrimonio o con anterioridad, pero en este caso, debe constar por escrito. Incluso, si se ha prestado el consentimiento con anterioridad, puede ser revocado hasta antes de la celebración del matrimonio. Además, en este consentimiento debe individualizarse determinadamente a la persona que será el otro cónyuge.

Finalmente, y cuando llegue el momento de hacer la inscripción en el Registro Civil, deberá dejarse constancia del consentimiento prestado en dicha inscripción.

Respecto de las personas que deben prestar el consentimiento para el matrimonio de un menor de 18 años y mayor de 16 años, se mencionan las siguientes:

- Los padres. Si ambos están vivos entonces ambos deben prestar su consentimiento.

Si no existe acuerdo entre ellos, la ley señala que prima la opinión partidaria de la realización del matrimonio. Si falta uno, el otro será el encargado de consentir.

El o los ascendientes de grado más próximo. Estos parientes son los encargados de prestar su consentimiento cuando los padres faltan. Si no existe acuerdo entre ellos, se sigue la misma regla anterior.

La ley señala que se entiende que faltan el padre, la madre u otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino por estar demente o por hallarse ausente del territorio de la República y no esperarse su pronto regreso o por ignorarse el lugar de su residencia.

- El curador general. Si también faltaren los ascendientes entonces, deberá prestar su consentimiento el curador general. Y también cuando el menor provenga de una filiación no determinada. Ahora, si el menor careciere de curador general, el consentimiento para la celebración del matrimonio lo dará el Oficial de Registro Civil que debe intervenir en su realización.

Estos últimos dos órdenes (el curador general y el Oficial del Registro Civil) son aplicables también a los hijos cuya filiación no ha sido determinada respecto de ninguno de sus padres, ya que ahí se entiende que faltan. Es decir, es la aplicación de la regla general, del mismo orden.

En este contexto cabe preguntarse ¿qué sucede si se niega el consentimiento?

La oposición al matrimonio de las personas llamadas a prestar su consentimiento se denomina disenso.

Continuando con lo anterior, el padre, la madre o los ascendientes no necesitan justificar el disenso. En cambio, el curador general y el Oficial del Registro Civil tienen la obligación de expresar la causa por la cual niegan su consentimiento al matrimonio del menor. En todo caso, el Código Civil se preocupa de enumerar las causales de disenso que estos funcionarios pueden invocar.

De esta manera, las causales que dan lugar al disenso, son las siguientes:

– La existencia de cualquier impedimento legal.

– El no haberse practicado alguna de las diligencias que la ley exige para el caso de las segundas nupcias.

– El grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia.

– La vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual, de la persona con quien el menor desea casarse.

– El haber sido condenada esa persona por delito que merezca pena aflictiva.

– No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

En cuanto a las sanciones civiles en caso que el menor se case sin la autorización, se mencionan a continuación:

– El Desheredamiento. Si un menor contrae matrimonio sin la autorización de un ascendiente estando obligado a obtenerla, puede ser desheredado por cualquiera de éstos y no sólo por aquél cuyo consentimiento debió obtener. La sanción se extiende al caso en que el ascendiente muera sin dejar testamento. En este caso, el menor no llevará más de la mitad de lo que le habría correspondido en la sucesión del difunto.

– La Revocación de Donaciones. El ascendiente cuyo consentimiento para el matrimonio debió obtener el menor y no lo hizo, puede revocar las donaciones que le hubiere hecho a éste. A diferencia del desheredamiento, esta sanción sólo la puede efectuar el ascendiente cuyo consentimiento no se obtuvo.

– Alimentos: Pese a la gravedad, este hecho no priva al menor del derecho de alimentos.

b) El Impedimento de Guardas

Otra de las prohibiciones es la comúnmente denominada es el impedimento de guardas. Ésta se encuentra establecida en el artículo 116 del Código Civil, la que consiste en que el guardador (tutor y curador) y sus descendientes no pueden contraer matrimonio con el pupilo menor de 18 años, mientras la cuenta de la administración de guarda no haya sido aprobada judicialmente.
En todo caso, si el matrimonio es autorizado por el o los ascendientes cuyo consentimiento es necesario para contraerlo no existe el impedimento. De esta forma, se puede afirmar que el impedimento de guardas busca proteger a los incapaces y su patrimonio.

En el caso de infracción a esta prohibición, se privará al guardador de la remuneración que le corresponde por el ejercicio de la guarda. De acuerdo a la ley, la remuneración corresponde a la décima parte de los frutos de los bienes del pupilo.

c) El Impedimento de Segundas Nupcias

La persona que tenga hijos de un precedente matrimonio, bajo su patria potestad o bajo tutela o curaduría, y desea volver a casarse debe proceder a la facción de inventario solemne de los bienes que esté administrando y que pertenezcan a dichos hijos como herederos del cónyuge difunto o cualquier otro título.

Continuando con lo anterior, el impedimento de la viuda, es un corolario del impedimento o prohibición de las segundas nupcias, aplicándose tanto a la viuda como a la mujer divorciada o anulada en su matrimonio, pero tiene un objetivo adicional: impedir las dudas sobre la paternidad de los hijos.

De esta forma, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez) antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la declaración de disolución o nulidad.

En todo caso, de este plazo de doscientos setenta días, se podrán descontar todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer.

3. Cumplimiento de las formalidades que la ley exige.

Las formalidades que la ley exige al matrimonio deben clasificarse en las ordenadas antes de la celebración, las coetáneas a ésta o las posteriores al matrimonio.

a.- Formalidades legales previas al matrimonio

- Manifestación
- Información

b.- Formalidades coetáneas

c.- Formalidades posteriores

a) Formalidades Previas al Matrimonio.

La Manifestación
La Información

Deberán observarse previamente al matrimonio los siguientes actos solemnes:

- La manifestación: Que consiste en el aviso verbal, escrito o por medio de lenguaje de señas que, de los propósitos de contraer matrimonio, dan al Oficial del Registro Civil quienes quieren contraerlo.

En este contexto, cuando la manifestación se hace por escrito o con lenguaje de señas, el Oficial del Registro Civil debe levantar acta completa de ella, la que debe ser firmada por él y los interesados, si supieren y pudieren hacerlo, y además, autorizada por dos testigos.

Además, las personas pertenecientes a una etnia indígena pueden solicitar que la manifestación, la información para el matrimonio y la celebración de éste se

efectúen en su lengua materna. Si este fuere el caso, y como sucede cuando uno o los dos contrayentes no conocieren el idioma castellano, o fueren sordomudos que no pudieren expresarse por escrito, la manifestación (y la información y celebración) debe hacerse por medio de una persona habilitada para interpretar su lengua, o por quien conozca el lenguaje de señas.

En el acta debe dejarse constancia del nombre, apellido y domicilio del intérprete, o de quien conozca el lenguaje de señas.

Respecto del contenido de la manifestación, cabe señalar que la harán los interesados en contraer matrimonio indicando sus nombres y apellidos; el lugar y la fecha de nacimiento; su estado de solteros, viudos o divorciados y, en estos dos últimos casos, el nombre del cónyuge fallecido o de aquel con quien contrajo matrimonio anterior, y el lugar y la fecha de la muerte o sentencia de divorcio, respectivamente; su profesión u oficio; los nombres y apellidos de los padres, si fueren conocidos; los de las personas cuyo consentimiento fuere necesario, y el hecho de no tener incapacidad o prohibición legal para contraer matrimonio.

¿Qué Oficial del Registro Civil es competente?

Anteriormente, esto es, antes de la nueva ley de matrimonio civil, la manifestación debía hacerse ante el Oficial del Registro Civil del domicilio o residencia de cualquiera de ellos donde hayan vivido los últimos tres meses anteriores a la fecha de la manifestación, quien era también competente para la información y para la celebración del matrimonio. Actualmente, es competente cualquier Oficial del Registro Civil.

- Información sobre Finalidades del Matrimonio

La información sobre las finalidades del matrimonio se realiza en el mismo acto de la manifestación y en ella el Oficial del Registro Civil entrega a los futuros contrayentes información suficiente acerca de las finalidades del matrimonio, de los derechos y deberes recíprocos que produce y de los distintos regímenes matrimoniales existentes.

Asimismo, deberá prevenirlos respecto de la necesidad de que el consentimiento sea libre y espontáneo y deberá comunicarles además la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, si no se acredita que los han realizado. En todo caso, los futuros contrayentes podrán eximirse de estos cursos de común acuerdo, declarando que conocen suficientemente los deberes y derechos del estado matrimonial.

En todo caso, la infracción a este deber no acarreará la nulidad del matrimonio ni del régimen patrimonial, lo que viene a confirmar una de las características del derecho de familia, no hay sanciones para muchas de sus disposiciones, ya que se trata casi de normas éticas.

Respecto de los cursos de preparación para el matrimonio, éstos promueven la libertad y seriedad del consentimiento matrimonial, y tienen por objeto especialmente que los contrayentes conozcan los derechos y deberes que impone el vínculo y tomen conciencia de las responsabilidades que asumen.

Continuando con lo anterior, estos cursos pueden ser dictados por el Servicio del Registro Civil, por entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público, instituciones de educación públicas o privadas reconocidas por el Estado o por personas jurídicas sin fines de lucro cuyos estatutos comprendan la realización de actividades de promoción y apoyo familiar.

Por último, el contenido de los cursos que no dicte el Registro Civil será determinado libremente por cada institución y debe ajustarse a la Constitución y la ley.

- La Información

A diferencia de la información acerca de las finalidades del matrimonio, esta información es la comprobación, mediante dos testigos, del hecho que los futuros contrayentes no tienen impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio.

En consecuencia, al momento de presentarse o hacerse la manifestación, los interesados en contraer matrimonio rendirán información de dos testigos por lo menos, sobre el hecho de no tener impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio.

b) Formalidades Coetáneas a la Celebración del Matrimonio

La única formalidad coetánea al matrimonio es la celebración propiamente tal. En este sentido, la ley señala que inmediatamente después de rendida la información y dentro de los noventa días siguientes podrá procederse a la celebración del matrimonio. Si ha transcurrido dicho plazo sin que el matrimonio se haya efectuado, habrá que repetir las formalidades anteriores.

Cabe señalar que de acuerdo a la ley del Registro Civil, el matrimonio se puede efectuar en el local de la oficina del Oficial del Registro Civil o en el lugar que señalen los futuros contrayentes, siempre que se encuentre ubicado dentro de su territorio jurisdiccional.

De esta manera, el matrimonio se celebrará ante dos testigos. Los testigos deben ser hábiles. La regla general es que cualquier persona es hábil para ser testigo.

Continuando con lo anterior, corresponde señalar cuáles son las personas que según la ley de matrimonio civil no pueden ser testigos. Las personas que no pueden ser testigos de un matrimonio son las siguientes:

- Los menores de 18 años.
- Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia.
- Los que se hallaren actualmente privados de razón.
- Los que hubieren sido condenados por delito que merezca pena aflictiva y los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos.
- Los que no entendieren el idioma castellano o aquellos que estuvieren incapacitados para darse a entender claramente. Un extranjero puede ser testigo en la medida que hable castellano.

  Estas personas además no pueden ser testigos para las diligencias o formalidades previas al matrimonio.

Vinculado a lo anterior en el día de la celebración y delante de los contrayentes y testigos, el Oficial del Registro Civil dará lectura a la información de los testigos y reiterará la necesidad respecto que el consentimiento sea libre y espontáneo.

En este contexto, el Oficial debe manifestar privadamente a los contrayentes que pueden reconocer a los hijos comunes nacidos antes de la celebración del matrimonio. A continuación, el Oficial del Registro Civil deberá leer los artículos 131, 133 y 134 del Código Civil, artículos que se refieren a los deberes conyugales. Además, preguntará a los contrayentes si consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer y, con la respuesta afirmativa, los declarará casados en nombre de la ley.

Finalmente, el Oficial del Registro Civil levantará acta de todo lo obrado, la cual deberá ser firmada por él, los testigos y los cónyuges, si pudieren y supieren firmar. Luego, procederá a inscribirlo en los libros del Registro Civil.

c) Las Formalidades Posteriores a la Celebración del Matrimonio.

Se refiere a la inscripción del acta de matrimonio. De esta forma, la inscripción debe incluir las siguientes menciones, entre otras:

- El nombre y apellidos paterno y materno de cada uno de los contrayentes y el lugar en que se celebre el matrimonio.
- El hecho de no tener ninguno de los cónyuges impedimento o prohibición legal para contraer matrimonio.
- El nombre y apellido de la persona cuyo consentimiento fuere necesario.
- El nombre de los hijos que hayan reconocido en este acto.
- El testimonio de haberse pactado separación de bienes o participación en los gananciales, cuando la hubieren convenido los contrayentes en el acto del matrimonio.

- La firma de los contrayentes, de los testigos y del Oficial del Registro Civil.

Los vicios en que pueda incurrir en el acta o en la inscripción, o incluso su omisión, no producen la nulidad del matrimonio, desde que éste quedó perfeccionado, es decir, cuando el Oficial del Registro Civil los declaró casados en el nombre de la ley.

Efectos del matrimonio

El matrimonio implica deberes y derechos. Es más, el Código Civil se encarga de repetirlo en diversos artículos, señalando, por ejemplo, que no puede casarse sin el consentimiento de quienes están llamados a prestarlo "quien no tiene los medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio".

Asimismo, en el artículo 5 Nº 4 de la ley 19947, el legislador señala que no pueden contraer matrimonio, bajo pena de considerarlo inexistente, quienes carecieren de suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.

De esta forma, se puede entender que el matrimonio no es una institución que siente las bases para formar una familia o fortalecer una situación económica, ya que la ley entiende que de tan importante institución necesariamente se suceden deberes y obligaciones para los cónyuges.

Eso sí, estos deberes y obligaciones no tienen un carácter patrimonial o pecuniario, ya que se trata más bien de normas de conductas que los cónyuges deben seguir y respetar.

Deberes de los Cónyuges
A continuación se examinarán cada uno de los deberes que existen entre los cónyuges, a saber:

• Deber de fidelidad.

El artículo 131 del Código Civil señala "Los cónyuges están obligados a guardarse fe...". Esto significa que los cónyuges están obligados a convivir exclusivamente entre sí y no con terceros. La infracción o incumplimiento de este deber de fidelidad resulta en el adulterio.

El adulterio, de acuerdo al artículo 132, constituye una grave infracción al deber de fidelidad. Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge.

Por supuesto, y como sucede con muchas normas del Derecho de Familia, no existe forma alguna de obligar directamente a un cónyuge a guardar fidelidad al otro.

Sin embargo, la infracción al deber de fidelidad tiene otros efectos. Así, el artículo 155 inciso 2º del Código Civil autoriza a la mujer a solicitar al juez la separación de bienes cuando el marido incumple su deber de fidelidad.

De la misma forma, el artículo 26 de la ley 19.947 señala que es causal de separación judicial la violación grave de un cónyuge a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio.

Finalmente, el artículo 54 de la misma ley, dispone que será causal de divorcio: "por falta imputable al otro, la trasgresión grave y reiterada al deber de fidelidad del matrimonio".

Así, el abandono reiterado y continuo es una forma de trasgresión grave.

Como se puede ver, en el caso del divorcio, el legislador ha señalado un requisito adicional: la falta reiterada. A diferencia de la separación, en el caso del divorcio, la falta debe ser continua y reiterada. Dicha distinción se puede entender como una manera de establecer las diferencias entre la separación y el divorcio, es decir, la gravedad que representa cada situación para el matrimonio.

• Deber de socorro.

El deber de socorro, que también se encuentra en el artículo 131 del Código Civil, consiste en la obligación de proporcionarse los auxilios económicos necesarios para vivir, ya sea los cónyuges como la familia en común.

En todo caso, el marido y la mujer deben proveer las necesidades de la familia en común atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes con el que hayan celebrado el matrimonio. Incluso, si llegase a ser necesario, será el mismo juez quien regule la forma en que se hace esta contribución.

Si el régimen es de sociedad conyugal, el marido, como administrador de la sociedad conyugal, debe atender a los gastos de mantenimiento de su mujer y de la familia común.

En cambio, si los cónyuges están casados en régimen de separación de bienes o de participación en los gananciales, cada cónyuge debe atender a sus gastos, sin perjuicio de que si uno carece de bienes debe ser auxiliado por el otro y que, por supuesto, ambos deben proveer a las necesidades de la familia en proporción a sus necesidades.

La aplicación práctica de este deber es el derecho de alimentos que regula el artículo 321 del Código Civil.

• Deber de ayuda mutua

En el mismo artículo 131 del ya citado código se menciona también el deber de ayuda mutua, es decir, que los cónyuges están obligados a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.
Esta asistencia o ayuda se refiere a los cuidados personales de un cónyuge para con el

• Deber de respeto y protección recíprocos

El deber de protección es recíproco y comprende la prestación de amparo físico y moral
El deber de respeto consiste en que los cónyuges, en sus relaciones públicas y privadas, deben guardar la consideración y el trato que se identifica con una sana y armoniosa convivencia.

• Deber de hacer vida en común

De acuerdo al artículo 133 del Código Civil, uno de los artículos que el Oficial del Registro Civil debe leer a los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio, establece que ambos contrayentes tienen el derecho y la obligación de vivir en un hogar común.

Esta obligación de los cónyuges cesa cuando a alguno le asistan razones graves para no vivir en él. Por supuesto, la ley específica a qué se refiere con razones graves, lo que es una ventaja pues queda a criterio del juez y las cambiantes apreciaciones sociales.

IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL

IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL

DERECHO PENAL Y DE FAMILIA

UNIDAD Nº II

El matrimonio, sus efectos y término de la relación matrimonial

WWW.IPLACEX.CL

Filiación Matrimonial

Enrique Rossel Saavedra la define como “el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado”. Somarriva la define como la “relación que existe entre padre e hijo”.

La filiación, a criterio de René Ramos Pazos, tiene como fundamento la relación sanguínea entre padre e hijo, que establece la concepción a través de las relaciones sexuales entre los padres. Es importante señalar que no se distingue entre relaciones sexuales licitas o ilícitas. La adopción constituye una excepción a la regla anterior, pues la filiación adoptiva no se funda en una relación sanguínea sino en un vínculo jurídico establecido por los Tribunales de Justicia competentes.

Otros autores, como Carlos López Díaz establecen una clasificación de la filiación en la que establecen tres grupos:

a. Filiación por naturaleza:

- Filiación matrimonial;
- Filiación no matrimonial.

b. Filiación por adopción.

c. filiación asistida

Evolución de la filiación en el Derecho Chileno

A continuación se estudiarán las distintas etapas de la filiación en nuestro Derecho Chileno, a saber:

Primera etapa, regulación en el Código Civil.

Desde la entrada en vigencia del Código Civil chileno y hasta 1952 con la promulgación de la Ley número 10.271, la legislación en Chile hacía expresa distinción entre filiación legítima, natural e ilegítima. La distinción resultaba abiertamente arbitraria, toda vez, que se protegía a la primera de ellas con privilegios por sobre las otras, quedando un gran número de hijos pertenecientes a los otros dos tipos de filiación, desprotegidos y en franca desventaja en comparación con la filiación legitima.

Filiación legítima.

Era aquella que tenía como elemento distintivo el nacimiento del hijo dentro del matrimonio de sus verdaderos padres. Este tipo de filiación tenía dos elementos distintivos; primero, se establecía a través de la procreación biológica y en segundo lugar, dicha procreación era durante la vigencia del matrimonio.

También se permitía la posibilidad de que se legitimara un hijo, con el matrimonio de los padres en forma posterior al nacimiento del hijo. Cabe precisar, que también se consideraba hijos legítimos los nacidos dentro de matrimonio declarado nulo, es decir, la declaración de la nulidad del matrimonio no alteraba la filiación de los hijos nacidos dentro de éste.

Filiación ilegítima:

Cualquier hijo nacido fuera del matrimonio era considerado ilegítimo. Era por lo tanto, la filiación que correspondía a los hijos nacidos frutos de las relaciones extramatrimoniales, cualquiera que estas fueran, sin atender a la convivencia de los padres u a otro tipo de relación. Era necesario entonces, que los padres no estuvieran casados, y especialmente que la concepción se produjera fuera de éste. Mantenía el vínculo biológico como fundamento de la filiación.

Filiación natural:

Se entendía por hijos naturales a los que siendo ilegítimos (concebidos fuera del matrimonio), su filiación se encontraba perfectamente establecida, fuera por reconocimiento de los padres o por haberse establecido la filiación por sentencia judicial.

Segunda etapa, entrada en vigencia de la Ley número 10.271 de 1952

La entrada en vigencia de esta ley, significó una mejora sustancial para los hijos naturales, pero mantuvo íntegramente la distinción entre los tres tipos de filiación, situación que como se ha dicho anteriormente resultaba discriminatoria.

Las mejoras a la condición de los hijos naturales, consistían en nuevos derechos, que sin embargo no llegaban a igualarlos con los hijos de filiación legítima. Respecto a los hijos ilegítimos nada cambió.

El principal derecho que se le reconoció a los hijos naturales, fue la el derecho de suceder aún en presencia de hijos legítimos, pero en una proporción de sólo el cincuenta por ciento de lo que le correspondía a un hijo legítimo.

Tercera etapa, entrada en vigencia de la Ley número 19.585.

La sociedad había ido adquiriendo conciencia de lo discriminatorio que resultaba la legislación en materia de filiación, a distintos niveles sociales se toma conciencia del menoscabo que sufren especialmente los hijos ilegítimos. Agréguese además, el evidente aumento de familias mono parentales y su abierta aceptación social.

La Ley número 19.585 a juicio de René Ramos Pazos, tiene por fundamento las siguientes ideas rectoras, a saber:

a) Derecho de todas las personas a conocer sus orígenes (derecho a la identidad). El autor antes citado la define como el derecho que "toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres".

b) Trato igualitario a todos los hijos. Un hito en la legislación chilena, fue la eliminación de las tres clases originales de filiación y en su lugar establecer simplemente la categoría de hijos nacidos dentro del matrimonio y fuera del matrimonio, iguales en derecho y trato ante la ley, así la única distinción la efectúa la realidad misma de las relaciones de pareja.

c) Prioridad del interés del hijo. Recoge lo establecido en el art. 222, inciso 2º de la Declaración de los Derechos del Niño, el cual establece:

"La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades", cabe precisar que el mismo tratado internacional define lo que debe entenderse como interés superior del niño: "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad en su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres".

La ley número 19.585 ha supuesto una serie de cambios en la legislación nacional, entre las cuales es importante destacar, a saber:

• Se suprime la denominación de hijo legítimo, ilegítimo y naturales. Se establece para esto que una vez determinada la filiación, todos pasan a tener el estado civil de "hijo de...".

• Respecto de la relación con los abuelos. Se establece para esto que una vez determinada la filiación, los hijos pasan a tener abuelos y por consiguiente los derechos de alimentos y sucesorios que correspondan respecto de sus ascendientes, hayan o no contraído sus padres matrimonio, lo que es un gran avance, anterior a la norma, se consideraba que los hijos naturales no poseían abuelos.

• En materia de alimentos desaparece la clasificación en congruos y necesarios, siendo ahora los alimentos congruos los que puede reclamar ante los tribunales de justicia todo hijo, respecto de sus padres y ascendientes, cuando corresponda.

• Respecto a la Patria Potestad, esta institución se hace aplicable a todos los hijos no emancipados. Cabe señalar, que antes esta institución estaba reservada solo para los hijos legítimos.

• Se deroga la denominación de sucesión irregular y se cambia por un único tipo de orden sucesorio sea que el causante haya sido, o no hijo, de padres casados.

• Todos los hijos son cabeza de orden en el primer orden de sucesión, de tal forma que existiendo un hijo no se pasa al otro orden de sucesión.

• Todos los hijos son asignatarios forzosos, llevando todos la misma cuantía.

• Se mejora en el ámbito del derecho sucesorio, la situación del cónyuge que con esta ley pasa a ser legitimario, aumentando sustantivamente sus asignaciones. Se deroga la porción conyugal.

• Para la búsqueda de la verdad biológica se establecen las acciones de filiación, posibilitando con ellas la investigación de la maternidad o paternidad, mediante toda clase de pruebas, decretadas por el tribunal o los particulares. Introduciendo la prueba biológica, el ADN y presunciones que facilitan la prueba.

• Se suprime la facultad de castigar a los hijos, y se cambia por la de corregir a estos.

• La patria potestad y la tuición de los hijos, quedan supeditados al interés superior del niño. Sin embargo la patria potestad se le otorga por ley al padre y la tuición a la madre.

Para concluir se puede decir que en la legislación nacional han existido tres etapas en materia de filiación, en un primer momento la establecida en el Código Civil originario, la cual establecía tres órdenes o clases de filiación; legitima, natural e ilegítima; en un segundo periodo legislativo, que supone la entrada en vigencia de la Ley Nº 10.271, el cual mantiene incólume los órdenes existente, sin embargo supone un avance importante, por cuanto le otorga derechos a los hijos naturales de forma tal, que sin llegar a igualar a los hijos legítimos, los deja de marginar, nada mejora respecto de los ilegítimos. Finalmente el tercer periodo, comienza con la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585, la cual supone el fin de las órdenes privilegiadas de filiación, sólo hace referencia a los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera del matrimonio, que no hace ninguna diferencia de derechos o privilegios a nivel jurídico, sólo reconoce un fenómeno

social indesmentible, que es la existencia de un gran número de familias mono parentales

Regímenes patrimoniales del matrimonio

El matrimonio es una comunidad de vida entre dos personas, el cual tiene efectos personales y patrimoniales. Y son estos últimos efectos los que se traducen en los regímenes patrimoniales. Estos regímenes y sus reglas y normas legales, son, en definitiva, los que determinan la forma en que se tratan los intereses patrimoniales dentro del matrimonio.

Tipos de Regímenes Matrimoniales

En Chile, los regímenes matrimoniales son: régimen de sociedad conyugal, régimen de separación total de bienes y régimen de participación en los gananciales.

1. La Sociedad Conyugal

La sociedad conyugal es el régimen patrimonial de bienes establecido en la ley, que se contrae por el solo hecho del matrimonio si no se pacta otro régimen diverso alternativo, y que tiene por objeto consagrar una comunidad de gananciales entre los cónyuges. Esto implica que este régimen es de carácter supletorio.

La ley señala que por el solo hecho de contraer matrimonio, y siempre que los cónyuges no hayan estipulado separación total de bienes o participación en los gananciales, se contrae sociedad conyugal.

En todo caso, cabe señalar que existe un caso especial en que la sociedad conyugal nace a partir de un pacto de los contrayentes. Esto sucede respecto de los que se han casado en el extranjero, ya que la ley los estima casados en régimen de separación de bienes.

No obstante, el régimen de sociedad conyugal admite ciertas modificaciones contractuales, las cuales se celebran por escritura pública, las que se llaman capitulaciones matrimoniales.

- Las Capitulaciones Matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales son lo mismo que las convenciones matrimoniales, es decir, convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración. Entonces, su objeto es modificar el régimen normal de bienes.

Las convenciones matrimoniales se pueden pactar antes o en el acto de celebrar matrimonio, y esta clasificación contiene importantes efectos, ya que en las que se celebran en el acto de matrimonio sólo se puede pactar régimen de separación de bienes.

Las características de las Capitulaciones Matrimoniales son:

- La duración de las capitulaciones matrimoniales es indefinida. Estas rigen durante todo el matrimonio.

- Obligan a los cónyuges y a los terceros que contratan con ellos.

- No son condicionales. Para que produzcan efectos es esencial que se contraiga matrimonio.

- Pueden versar sobre cualquier materia de carácter patrimonial, siempre que no contenga estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No pueden contener acuerdos sobre los deberes y obligaciones personales establecidos en la ley respecto de los contrayentes ni de los hijos ni tampoco referirse a situaciones anteriores al matrimonio ni posteriores al mismo.

- Son siempre solemnes, ya que deben celebrarse por escritura pública, excepto cuando se convienen al momento de contraerse matrimonio, y deben suscribirse en la respectiva partida de matrimonio.

• Requisitos de Validez de las Capitulaciones Matrimoniales

Los requisitos de validez de las convenciones matrimoniales pasan por la capacidad de las partes y las solemnidades.

a) Capacidad de las partes

¿Quiénes pueden ser partes en las capitulaciones matrimoniales?

Por supuesto que sólo quienes vayan a contraer el matrimonio, es decir, los esposos.

Los esposos celebrarán personalmente las capitulaciones matrimoniales, aun cuando sean incapaces. Esto distingue a las convenciones matrimoniales de

los otros contratos, ya que en los últimos, los incapaces no pueden contratar por sí solos.

Entonces, la capacidad para pactar convenciones matrimoniales es la misma que para contraer matrimonio. De esta forma, el menor de 18, pero mayor de 16 años es perfectamente capaz de pactar convenciones matrimoniales.

Sin embargo, la ley establece que la persona llamada a prestar su consentimiento para el matrimonio del menor es también llamada a prestar su consentimiento para la convención matrimonial.

El Art. 1721 inciso 1º del Código Civil señala: el menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o censos o servidumbres. Para las estipulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor.

Tal como se señala en el inciso 1º del art. 1721 del Código Civil, el menor que desea pactar una renuncia de los gananciales, enajenación de bienes raíces o gravar estos bienes con hipotecas, censos o servidumbres, deberá obtener una autorización judicial. La omisión de esta autorización judicial no invalida las capitulaciones en su totalidad, pero sí la cláusula que contiene aquella mención que requiere de la autorización.

Distinto es el caso de quien se halla bajo curaduría por otra causa a la del menor de edad, ya que necesitará de la autorización de su curador para las convenciones matrimoniales.

b) Solemnidades

Las convenciones matrimoniales son siempre solemnes.

Cuando las convenciones matrimoniales son pactadas antes del matrimonio, se necesita de escritura pública, que debe sub - inscribirse al margen de la inscripción del matrimonio al tiempo de celebrarse el matrimonio o dentro de los treinta días siguientes.

El legislador estima que se debe proteger a terceros, de ahí que exija que la convención se sub - inscriba: es una medida de publicidad. Si no se cumple con este requisito la sanción es la nulidad absoluta.

Cuando las convenciones matrimoniales son pactadas en el acto del matrimonio, deben constar en la inscripción del matrimonio y sin este requisito no tendrán valor alguno.

Contenido de las Capitulaciones Matrimoniales

En cuanto al contenido de las capitulaciones matrimoniales es preciso hacer la siguiente distinción:

1.- Estipulaciones textualmente nulas: cuando los esposos pactan que la sociedad conyugal tendrá principio antes o después de contraerse el matrimonio. Esta estipulación es nula y no requiere de una sentencia judicial que declare ese efecto, ni tampoco genera derechos ni obligaciones, aun cuando más tarde efectivamente se celebre el matrimonio y se practiquen las inscripciones que dispone la ley.

2.- Estipulaciones prohibidas: las estipulaciones prohibidas por la ley son las siguientes:

a) Las estipulaciones contrarias a las buenas costumbres. Por supuesto que las buenas costumbres no se encuentran definidas en nuestra ley, por lo que se trata de un concepto que va evolucionando con el tiempo y que es un reflejo de la sociedad de una época.

b) Estipulaciones contrarias a las leyes. En este caso, la ley está refiriendo a aquellas estipulaciones que suponen una contravención a una norma expresa.

Por Ejemplo: Una estipulación contraria a la ley es aquella en que la mujer renuncia a la acción de divorcio.

c) Estipulaciones que vayan en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro. La ley se refiere a los deberes y obligaciones que se deben el marido y mujer, es decir, los efectos personales del matrimonio (deber de fidelidad, de socorro, etc.), de modo que cualquier estipulación que vaya en detrimento de estos derechos y obligaciones está prohibida.

d) Estipulaciones que vayan en detrimento de los descendientes comunes. Al igual que las estipulaciones anteriores, estas se refieren a los deberes que las leyes imponen a los padres respecto de los hijos.

3.- Estipulaciones permitidas. La ley, inteligentemente, no enumera las estipulaciones que se encuentran permitidas, de manera que se puede decir claramente que está permitida toda estipulación que no se encuentra prohibida por la ley y que tenga relación con el régimen patrimonial en el matrimonio. ¿Por qué debe tener relación con el régimen patrimonial? Porque el régimen personal está reglamentado por la ley, y las estipulaciones de las partes no pueden alterar tal situación.

Por ejemplo; Establecer un inventario de los bienes que se aportan al matrimonio y que queden estos excluidos de la sociedad conyugal.-

¿Pueden modificarse las capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio?

Efectivamente, antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden alterar o modificar las capitulaciones matrimoniales que pudieren haber celebrado, y para ello deben sujetarse a las mismas solemnidades de las capitulaciones primitivas, de lo contrario la modificación será nula.

Además, la modificación debe constar en escritura pública y sub- inscribirse al margen de la inscripción de matrimonio en el plazo fatal de treinta días.

Efectos de las Capitulaciones Matrimoniales

Por supuesto que las capitulaciones sólo surten efectos a partir del matrimonio y mientras concurran los demás requisitos legales (capacidad y solemnidades).

El Art. 1716 inciso 1º primera parte del Código Civil establece: las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y sólo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio, y siempre que se sub-inscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquél o dentro de los treinta días siguientes.

De esta forma, mientras las capitulaciones no se sub-inscriban no tendrán efecto, ni sobre las partes ni sobre terceros.-

Por otra parte, las capitulaciones matrimoniales son inmutables, es decir, una vez celebrado el matrimonio éstas no podrán alterarse, ni siquiera con el consentimiento de las partes que las suscribieron. Esa es la regla general, pero en el Derecho, toda regla general tiene una excepción. En el caso de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, la ley señala que se podrá modificar el régimen matrimonial después de celebrado el matrimonio, pero sólo para sustituir el sistema de sociedad conyugal por el de separación total de bienes, o por el de participación en los gananciales, o el de separación total por el de participación en los gananciales. También se pude sustituir el régimen de participación en los gananciales por el de separación total de bienes.

El Patrimonio de la Sociedad Conyugal

Cuando se contrae matrimonio y se pacta el régimen de sociedad conyugal llegan a coexistir tres patrimonios: el del marido, el de la mujer y el de la sociedad conyugal.

La ley se encarga de determinar el contenido de estos patrimonios y las reglas que establece la ley sólo se pueden modificar a través de las capitulaciones matrimoniales. En todo caso, respecto de terceros sólo existen dos patrimonios: el del marido y el de la mujer. Esto se debe a que el patrimonio del marido se confunde con el de la sociedad conyugal, puesto que es un administrador, de forma que respecto de terceros, los bienes de la sociedad conyugal son bienes del marido.

Los bienes de la sociedad reciben el nombre de bienes sociales. Los bienes de cada cónyuge que no ingresan al haber de la sociedad conyugal se denominan bienes propios y a la sociedad sólo le pertenecen lo frutos que produzcan. Finalmente, son bienes aportados los que los cónyuges poseen al tiempo de contraer matrimonio e introducen en la sociedad.

Dentro del patrimonio de la sociedad conyugal se debe distinguir, por supuesto, entre activo y pasivo, y el activo se distingue entre haber o activo absoluto y haber o activo relativo.

El haber absoluto

(Activo absoluto) se compone de bienes que entran en forma definitiva a dicho haber, mientras que el Haber relativo (Activo relativo) se forma de bienes que ingresan de forma transitoria, ya que el cónyuge conserva un crédito por el valor de los bienes que hará efectivo al momento de la disolución de la sociedad. Este crédito se denomina recompensa.

Por otro lado, existe lo que se llama pasivo social y pasivo personal. Sin embargo, la determinación del pasivo social y personal sigue reglas diferentes a las del haber o activo, por lo que se estudian por separado.

El Haber de la Sociedad

I. El haber absoluto de la sociedad conyugal está compuesto por los siguientes bienes señalados en el artículo 1725 del Código Civil

Art. 1725. El haber de la sociedad conyugal se compone:

1º De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio;

2º De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio;

3º Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; obligándose la sociedad a pagar la correspondiente recompensa;

4º De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a pagar la correspondiente recompensa. Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones matrimoniales;

5º De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

1- Salarios de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio.

Cuando la ley dice "salarios y emolumentos" se refiere a todos los pagos que se hagan a cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio por el desempeño de empleos, profesiones, oficios o actividad económica de todo orden.

De esta forma, quedaría excluido de la sociedad conyugal toda prestación o cantidad de dinero que se recibe a modo de donación, puesto que no hay un trabajo, profesión u oficio de por medio, sino que una mera liberalidad del donante.

¿A qué se refiere la ley con "devengados"?

Esto significa que la remuneración, salario o prestación debe existir durante el matrimonio. De esta forma, puede ocurrir que los servicios se hayan prestado antes del matrimonio, pero el derecho a la remuneración se constituya durante el matrimonio, de modo que ésta pase al haber absoluto de la sociedad. Y lo mismo sucederá si el servicio deba prestarse después del matrimonio, pero el derecho a la prestación exista jurídicamente durante la vigencia de la sociedad.

Finalmente, es preciso señalar que este artículo 1725 Nº 1 del Código Civil no se le aplica a los salarios y emolumentos que obtiene la mujer en el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria separada del marido, de modo que no entran al haber absoluto de la sociedad conyugal. (Lo que comúnmente se conoce como patrimonio reservado de la sociedad conyugal del artículo 150 del Código Civil)

2.- Los frutos de los bienes sociales y de los bienes propios.

La ley señala que los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan de los bienes sociales, de los bienes propios de los cónyuges, devengados durante la sociedad conyugal pasarán al haber absoluto.

Para que estos bienes se incorporen a la sociedad conyugal deben, necesariamente, provenir de los bienes sociales o de los bienes propios de los cónyuges. No importa si los bienes de donde provienen estos frutos pertenecen a la sociedad o a los cónyuges, sino que lo realmente importante es que se devenguen o perciban durante la existencia de la sociedad conyugal.

Incluso, la ley señala que deben considerarse pertenecientes a la sociedad conyugal los frutos que no se adquirieron durante la existencia de la sociedad por no haberse tenido noticia de ellos o por haberse embarazado su adquisición o goce. Es decir, estos frutos se reputan adquiridos durante la sociedad conyugal, a pesar del hecho de que se perciben una vez extinguida ésta.

3.- Los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

Todos los bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que cualquiera de los cónyuges adquiera a título oneroso durante la sociedad conyugal ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal.

Por Ejemplo; La casa o automóvil que adquiera el marido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresan al patrimonio o haber absoluto de ésta.

Por su parte, el artículo 1736 del Código Civil establece excepciones en que el inmueble adquirido durante la sociedad conyugal no ingresa a ella, a saber:

a. Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella.

b. Los bienes que se poseían antes de la sociedad conyugal por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal.

c. Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación.

d. Los bienes litigiosos y aquellos que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica.

e. El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge. Sólo los frutos pertenecerán a la sociedad.

f. Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, ya que pertenecerá al cónyuge acreedor. Lo mismo sucede con los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después.

g. Los bienes que el cónyuge adquiera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste en instrumento público, o instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros. En todo caso, si la adquisición se hiciere con bienes de la sociedad y del cónyuge, éste deberá la recompensa respectiva.

¿Qué tienen en común todos estos bienes? Que la causa o título de la adquisición es anterior a la sociedad. Sin embargo, el mismo artículo 1736 del Código Civil establece una excepción: cuando estos bienes sean muebles ingresarán a la sociedad conyugal, la cual deberá al cónyuge adquirente la correspondiente recompensa.

Entonces, de todo esto se desprende que entran al haber absoluto de la sociedad conyugal los bienes que adquieran los cónyuges siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

a. Que la adquisición se haya hecho a título oneroso.

b. Que el título adquisitivo se haya producido durante la vigencia de la sociedad conyugal.

4.- Otras cosas que entran al haber absoluto, son las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a pagar la correspondiente recompensa. Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones matrimoniales;

5.- Y por último, De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

II. El haber relativo de la sociedad conyugal

El haber relativo es también llamado haber aparente, y está formado por aquellos bienes que entran a formar parte del patrimonio social, pero confieren al cónyuge propietario un crédito contra la sociedad equivalente al valor de ellos, que se hará efectivo a la época de su disolución.

Los bienes que entran al haber relativo de la sociedad conyugal son aquellos indicados en el artículo 1727.

No obstante lo dispuesto en el artículo 1725 no entrarán a componer el haber social:

1º El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges;

2º Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio;

3º Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa.

Haber propio de cada cónyuge es el patrimonio que estos tienen y que se forma por los bienes que no entran al haber absoluto ni al relativo de la sociedad conyugal, de manera que el dominio de estos bienes pertenece al cónyuge que los adquirió.

Bienes que forman el haber propio

Los diversos bienes que forman parte del haber propio contemplan:

- Inmuebles que los cónyuges tienen al tiempo de contraer matrimonio. Incluso, son parte del haber propio de cada cónyuge los bienes inmuebles que se hayan adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero cuya causa o título sea anterior a ella y también los adquiridos durante la vigencia de la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se haya prometido con anterioridad a la existencia de la sociedad conyugal, siempre que esta promesa conste por instrumento público o instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros.

- Bienes inmuebles adquiridos durante la sociedad conyugal a título gratuito. Estos bienes pertenecen al haber del cónyuge adquirente, sea el marido o la mujer, y no ingresan al haber de la sociedad.

Por Ejemplo: Si en una herencia se adjudica un bien inmueble a uno de los cónyuges, ese bien será propio del cónyuge y no ingresará al haber de la sociedad conyugal.

- Bienes muebles que los cónyuges excluyen de la comunidad en las capitulaciones matrimoniales. La regla general señala que al haber aparente de la sociedad conyugal ingresan los bienes muebles que los cónyuges tienen al momento del matrimonio.

Sin embargo, la excepción consiste en que los cónyuges pueden excluir de la comunidad determinados bienes muebles señalándolos en las capitulaciones matrimoniales.

- Aumentos que experimenten los bienes propios de los cónyuges. La ley dice que todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella, pasan a formar parte del haber propio del cónyuge.

Para excluir bienes muebles del haber aparente o relativo es necesario pactar las capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio, ya que las que se celebran en el acto mismo sólo tienen como objeto pactar un régimen matrimonial distinto a la sociedad conyugal.

- Créditos o recompensas que los cónyuges adquieren contra la sociedad y que pueden hacer valer al momento de su disolución. Como se ha señalado anteriormente, ciertos bienes de los cónyuges entran al patrimonio social, pero al ingresar generan a favor del cónyuge aportante un crédito o recompensa en contra de la sociedad conyugal. Tal es la situación del haber relativo de la sociedad. Y la recompensa o crédito se hará valer al momento en que la sociedad se disuelva. De esta forma, mientras este vigente la sociedad conyugal estos créditos o recompensas constituyen un bien que ingresa al patrimonio personal de cada cónyuge.

- Inmuebles subrogados a inmuebles o valores propios de los cónyuges. Como se vio anteriormente, los inmuebles subrogados por inmuebles, mediante compra o permuta, y los subrogados por valores no entran al haber de la sociedad conyugal, sino al haber propio de cada cónyuge.

Pasivo de la Sociedad Conyugal

El pasivo de la sociedad, al igual que el activo, debe distinguirse entre real y aparente. Sin embargo, antes de estudiar el pasivo de la sociedad conyugal es preciso resolver la cuestión de la obligación a la deuda y la contribución a la deuda.

La obligación a las deudas se refiere a las relaciones del acreedor con los cónyuges, es decir, a la determinación del patrimonio en que aquél puede perseguir su crédito.

La regla general, entonces, es que todas las obligaciones contraídas por el marido, o por la mujer en ciertos casos, aún con anterioridad al matrimonio son sociales, lo que significa que es la sociedad la obligada al pago de todas ellas y los acreedores pueden perseguirlas sobre los bienes sociales.

Sin embargo, y como fue señalado en su oportunidad, respecto del tercero la sociedad conyugal no existe, de modo que los bienes de ésta y los del marido se confunden formando un solo patrimonio, por lo tanto no existen las deudas sociales respecto de terceros, sólo hay deudas de la mujer y del marido.

Las deudas sociales, entonces, son deudas del marido. De esto se siguen importantes consecuencias: toda deuda del marido es deuda social y toda deuda

social es del marido, de modo que los acreedores sociales y los personales pueden perseguir indistintamente los bienes personales y los sociales.

Además, existe una situación especial de la mujer, ya que los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal sólo la obligan en los bienes que administre en virtud de su patrimonio reservado o los que administre como separada de bienes.

La contribución de las deudas, por otro lado, se refiere a las relaciones de los cónyuges entre sí, a la determinación del patrimonio que en definitiva debe soportar su pago. La cuestión de la contribución a las deudas nace una vez que se han satisfecho, ya que disuelta la sociedad conyugal se debe averiguar cuál de los patrimonios debe soportarlas.

La regla general en cuanto a la contribución de las deudas es que todas las obligaciones contraídas durante la sociedad por el marido, o la mujer con autorización del marido o de la justicia en subsidio, son sociales.

En todo caso, ciertas deudas son personales de cada cónyuge y no serán soportadas por la sociedad sino por el marido o la mujer en cada caso, a saber:

- Las contraídas válidamente antes del matrimonio por el marido o la mujer.

- Las contraídas durante la vigencia de la sociedad conyugal y que ceden en provecho o utilidad de alguno de los cónyuges, ya que se trata de deudas que les reportan un beneficio pecuniario que se traduce en un aumento del patrimonio.

- Las que la pone expresamente a cargo de los cónyuges, como las multas y las reparaciones pecuniarias a que sea condenado alguno de ellos por delito o cuasidelito.

El pasivo absoluto de la sociedad conyugal.

El pasivo absoluto de la sociedad conyugal lo integran todas las deudas sociales, tanto desde el punto de vista de la obligación como de la contribución a la deuda, de modo que la sociedad está obligada a pagar y a soportar el pago.

El pasivo absoluto de la sociedad conyugal está integrado por las siguientes deudas:

- Pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad. El artículo 1727 Nº 2 del Código Civil señala que ingresan al activo de la sociedad todos los frutos de cualquier naturaleza que provienen de bienes sociales o propios de cada cónyuge.

Entonces, de acuerdo al artículo 1740 Nº 1 del mismo cuerpo legal, la misma regla debe seguirse respecto de las deudas provenientes de pensiones e intereses.

Por Ejemplo El marido celebra un contrato de mutuo antes de contraer matrimonio. Sin embargo, los pagos comienza a hacerlos una vez que existe la sociedad conyugal, por lo que los intereses son de cargo de ésta.

- Deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio y que no fueren personales.

¿Por qué motivo la mujer podría necesitar de autorización judicial?

Cuando al marido le afectare un impedimento que no fuere de larga e indefinida duración, la mujer puede actuar respecto de los bienes del marido, de la sociedad conyugal y de los suyos que administre el marido, con autorización del juez, con conocimiento de causa. Esta materia corresponde a la de la administración de la sociedad conyugal.

– Pago de deudas generadas por contratos accesorios, siempre que las obligaciones garantizadas por ellos no sean personales de uno de los cónyuges. Así, si el marido garantiza con prenda, hipoteca o fianza una obligación de la sociedad conyugal, será ésta la llamada a responder.

Sin embargo, si el marido desea garantizar una obligación ajena con prenda, hipoteca o fianza necesitará de la autorización de la mujer, y si no la obtiene solamente podrá obligar sus propios bienes.

- Todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge. Cuando la ley dice cargas usufructuarias se refiere a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, de las pensiones, cánones, impuestos periódicos fiscales y municipales y en general a todas las cargas periódicas que graven bienes sociales y los de cada cónyuge. Si se trata de bienes propios de cada cónyuge, la sociedad se hará responsable de las cargas y reparaciones usufructuarias que se devenguen durante el matrimonio, de modo que las que se devengan antes del matrimonio gravan al cónyuge dueño del bien a que se refieren.

- Cargas de la familia. Las cargas de la familia se refieren a los gastos de mantenimiento de los cónyuges, educación y establecimiento de los descendientes comunes y los gastos para atender toda otra carga de familia, en las que se comprenden los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a sus descendientes o ascendientes y el dinero que en las capitulaciones matrimoniales el marido se obligó a dar a su mujer. Por supuesto que si estas cargas se devengan antes del matrimonio serán deudas personales.

A la ley no le importa cuándo se pagan efectivamente estas cargas, es decir, no importa si se pagan durante o después del matrimonio, ya que lo

realmente importante es cuando se devengan, es decir, cuando existen jurídicamente.

Pasivo relativo o aparente de la sociedad conyugal

El pasivo relativo o aparente de la sociedad conyugal esta compuesto por aquellas deudas que la sociedad está obligada a pagar, pero que le otorgan un derecho de recompensa en contra del cónyuge respectivo.

Este pasivo está integrado por las deudas personales de los cónyuges:

- Las contraídas por los cónyuges antes del matrimonio.

- Las obligaciones derivadas de un delito o cuasidelito cometido por los cónyuges durante la sociedad.

- Las obligaciones que ceden en utilidad o interés de los cónyuges y han sido contraídas durante la sociedad, como sucede con las que se hacen para establecer a los hijos de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges.

- Toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común. Al hablar de erogación gratuita el Código se refiere a donaciones.

- Los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges. En todo caso, quedan excluidas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes de cada cónyuge, ya que constituyen parte del pasivo absoluto de la sociedad.

- Las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad.

Recompensas

Las recompensas son los créditos o indemnizaciones en dinero que tienen por objeto que cada patrimonio aproveche y responda de los aumentos y cargas que legalmente le corresponden. Las recompensas se hacen valer al momento de liquidar la sociedad conyugal. Las recompensas surgen de los bienes que entran al haber relativo y de las obligaciones que integran el pasivo relativo de la sociedad conyugal.

De esta manera, los bienes muebles aportados por los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal pasan a integrar el haber de la sociedad, pero

dan al cónyuge aportante un crédito o recompensa en contra de la sociedad para recuperar, al momento de la liquidación, el monto del crédito.

Lo mismo sucede en el caso del pasivo, ya que la sociedad conyugal es obligada a pagar las deudas personales de cada uno de los cónyuges, pero éste queda obligado a compensar a la sociedad, es decir, nace un crédito a favor de la sociedad y en contra del cónyuge titular de la deuda.

Las recompensas, entonces, tienen como objetivo evitar el enriquecimiento de un patrimonio a expensas de otro, manteniendo el equilibro entre los tres patrimonios que conviven en la sociedad conyugal.

Las características de las recompensas son las siguientes:

a) Las recompensas o créditos que establece la ley se deben pagar en dinero y en valor reajustado, aunque las partes pueden pactar otra forma de pagarlas.

b) Las recompensas pueden ser renunciadas, ya sea antes del matrimonio en las capitulaciones matrimoniales o una vez disuelta y liquidada la sociedad.

Clasificación de las recompensas

Las recompensas se pueden clasificar en aquellas que adeuda uno de los cónyuges a la sociedad, aquellas que debe la sociedad a uno de los cónyuges y aquellas que se deben entre los cónyuges.

1.- Recompensas que adeuda uno de los cónyuges a la sociedad. Uno de los cónyuges puede deberle una recompensa a la sociedad conyugal en los siguientes casos:

a. Cuando la sociedad paga una deuda del cónyuge.

b. Cuando la sociedad adquiere un bien raíz subrogándolo a valores o a otro inmueble propio, y el valor del bien adquirido es superior al que subrogó.

c. Cuando se hacen mejoras a un bien propio, que aumentan el valor de la cosa, durante la vigencia de la sociedad.

d. Cuando se adquirió una herencia y la sociedad pagó las deudas hereditarias o testamentarias.

e. Cuando se hace una erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común.

f. Cuando la sociedad paga una multa o indemnización generada por un delito o cuasidelito.

g. Cuando con dolo o culpa grave se causó perjuicio a la sociedad.

h. Cuando se paguen precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hagan en la adquisición o cobro de bienes, derechos o créditos que pertenecen al cónyuge.

i. Cuando se adquiere un bien a título oneroso una vez disuelta la sociedad, pero antes de su liquidación.

2.- Recompensas que debe la sociedad conyugal a uno de los cónyuges. En lo siguientes casos es la sociedad conyugal la que debe recompensas a uno de los cónyuges:

a. Por las especias muebles o dineros que el cónyuge aportó a la sociedad o que ella adquirió a título gratuito.

b. Cuando durante la vigencia de la sociedad conyugal se enajenó un bien propio de uno de los cónyuges.

c. Cuando durante la vigencia de la sociedad conyugal operó la subrogación de inmueble a inmueble o a valores, y el bien adquirido era de menor valor que el bien subrogado.

d. Cuando las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común o las necesarias para establecerle o casarle se sacaren de los bienes propios de un cónyuge.

3.- - Recompensas que se deben los cónyuges entre sí. Para evitar el enriquecimiento sin causa, la ley establece que los cónyuges se deben recompensas en los siguientes casos:

a. Cuando con bienes de un cónyuge se paga una deuda personal de otro.

b. Cuando con bienes propios del cónyuge se hacen reparaciones o mejoras en un bien del otro.

c. Cuando un cónyuge, con dolo o culpa grave, causa daño a los bienes del otro.

Por ejemplo; Cuando un cónyuge, con dolo o culpa grave, incendia un bien del otro.

Régimen de Participación en los Gananciales.

El régimen de participación en los gananciales se incorporó el año 1994 con la ley 19.335. Este régimen patrimonial es un régimen que existe entre la

sociedad conyugal y la separación de bienes, figurando como una forma ecléctica, una mezcla entre ambos regímenes.

De acuerdo a la ley, el régimen de participación en los gananciales se puede convenir en tres oportunidades:

- Antes del matrimonio, en las capitulaciones matrimoniales.

- Al momento de celebrar el matrimonio.

- Durante la vigencia del matrimonio, mediante el pacto de sustitución.

De esta forma, se puede decir que la principal característica del régimen de participación en los gananciales es que se trata de un régimen convencional, ya que requiere de la voluntad de ambos cónyuges.

• Funcionamiento del régimen de participación en los gananciales.

Durante la vigencia del régimen, cada cónyuge es dueño de sus bienes, administrándolos con libertad, pero con ciertas limitaciones:

- Los cónyuges no pueden otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros, sin el consentimiento del otro cónyuge.

- Cuando un bien es declarado bien familiar, el cónyuge propietario no podrá enajenarlo, ni gravarlo voluntariamente ni prometer gravarlo o enajenarlo, ni darlo en arrendamiento, comodato o cualquier otro contrato que conceda derecho personal de uso y goce, sin la autorización del otro cónyuge, o del juez cuando corresponda (cuando el cónyuge se niega o está imposibilitado de darla).

La sanción para estos casos es la nulidad relativa.

• La extinción del régimen de participación en los gananciales.

El régimen de participación en los gananciales se termina por:

- La muerte de uno de los cónyuges.

- La presunción de muerte de uno de los cónyuges.

- La declaración de nulidad del matrimonio o sentencia de divorcio.

- La separación judicial de los cónyuges.

- La sentencia que declare la separación de bienes.

- El pacto de separación de bienes.

Régimen de Separación de Bienes

El régimen de separación de bienes es, al igual que el de participación en los gananciales, un régimen alternativo dentro del sistema jurídico del matrimonio.

En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge es dueño de sus propios bienes, los cuales no pasan al patrimonio social. Es más, en el régimen de separación de bienes no existe el patrimonio social. Sólo existen dos patrimonios: el del marido y el de la mujer.

Esto conlleva que la administración de los bienes es independiente para cada cónyuge: cada uno administra sus propios bienes. La separación de bienes se puede clasificar de la siguiente forma:

- Separación convencional.
- Separación judicial.
- Separación legal.

a) La separación convencional de bienes

La separación convencional de bienes es la que tiene su origen en un acuerdo de voluntades de los esposos antes del matrimonio, en el momento mismo de la celebración o en un acuerdo de los cónyuges mayores de edad durante la vigencia de la sociedad conyugal.

b) La separación judicial de bienes

La separación judicial de bienes es el régimen de separación total que nace en virtud de sentencia judicial ejecutoriada, por demanda entablada por la mujer, fundada en alguna de las causales dispuestas por la ley. Es, además una facultad irrenunciable de la mujer. La separación judicial es siempre total.

Las causales de la separación judicial de bienes son las siguientes:

- La mujer pide la separación judicial de bienes cuando no quiere ser administradora extraordinaria de la sociedad conyugal o no desea someterse a un curador que sea administrador extraordinario.
- Mal estado de los negocios del marido o riesgo inminente de ello.
- Insolvencia del marido.
- Administración fraudulenta del marido.
- Si el marido infringe por su culpa sus deberes de fidelidad, socorro, ayuda mutua, respecto y protección.

- Ausencia injustificada del marido por más de un año.

- Cuando cualquiera de los cónyuges obligado al pago de pensiones de alimentos hubiere sido apremiado dos veces para su pago.

Efectos de la separación judicial.

- Se disuelve la sociedad conyugal. La sentencia se anotará al margen de la inscripción matrimonial.

- La mujer administra sus bienes con plena independencia del marido. Sin embargo, no puede celebrar compraventa ni permuta con el marido.

- La separación judicial es irrevocable. No puede quedar sin efecto ni por la voluntad de las partes ni por resolución judicial.

c) La separación legal de bienes

La separación legal de bienes es la que fija la ley y que comprende todos los bienes, de la misma forma en que actúa la separación judicial. Sólo hay separación legal total de bienes en el caso de los que se han casado en el extranjero, ya que la ley estima como separados de bienes y en el caso de la sentencia que declara separación judicial de los cónyuges, ya que por ella se da término a la sociedad conyugal o participación en los gananciales.

IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL

IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL

DERECHO PENAL Y DE FAMILIA

UNIDAD Nº III

Los delitos del ambito de Familia

WWW.IPLACEX.CL

Ideas fuerza

1.- Es importante destacar los aspectos generales del derecho Penal específicamente la teoría del delito.

2.- Los delitos de Homicidio y feminicidio mantienen una relación de género a especie por cuanto comparten los elementos comunes de todo delito contra las personas sin perjuicio que en el segundo caso dicho ilícito establece ciertas causales especiales que agravan la responsabilidad del autor.

3.- Los delitos de parricidio e infanticidio mantienen vínculos en cuanto a la naturaleza del parentesco. No obstante la ley califica la gravedad de uno y otro en torno a un número de horas especificas ante el homicidio del familiar.

4.- En cuanto al aborto, es menester clarificar las teorías relacionadas con el nacimiento de una criatura para lograr diferenciar los ilícitos relacionados contra las personas o contra la familia. La pena asignada a los delitos es diferente ya que la gravedad, a lo menos desde el punto de vista social, es distinta.

Los delitos del ámbito de familia

Antes de comenzar el estudio de la parte especial del Derecho Penal, la cual está constituida por el análisis de cada uno de los delitos en particular del ámbito de familia, es necesario hacer dos precisiones.

En primer lugar se recapitulará en relación a la **teoría del delito** la cual tiene capital importancia en este nivel de estudio, ya que cuando se haga referencia a los conceptos técnicos, éstos se entenderán por conocidos.

En segundo lugar cabe hacer presente que la forma de realizar el análisis de la materia propuesta se hará siguiendo lo que la doctrina denomina **dogmática penal,** expresión que proviene de la palabra **dogma,** la cual denomina a aquel hecho tenido como cierto sin necesitar confirmación[1], para efectos de este estudio, el dogma, es la ley y será el estudio de ésta el punto de partida de toda consideración. También se debe señalar que las expresiones que se manifiesten en cuanto a la conveniencia de mantención de una determinada norma, no son más que eso, debiendo siempre predominar las disposiciones legales vigentes.

Resumen de la Teoría del Delito

Delito para los efectos del estudio del Derecho Penal, es toda **conducta (acción u omisión), típica, antijurídica y culpable**.[2]

Conviene recordar la diferenciación de los delitos realizada por el propio Código Penal en su artículo tercero, la cual discrimina entre crímenes, simples delitos y faltas.

---

[1] *Un ejemplo de dogma, son aquellas verdades religiosas que no necesitan ser comprobadas y que para quienes las profesan no pueden ser cuestionadas, en la Religión Católica Apostólica Romana, la virginidad de la Madre de Jesús.*

[2] *El artículo 1 del Código Penal, define delito como "toda acción u omisión voluntaria penada por la ley"*

Elementos del Delito

Los elementos del delito son la acción; la tipicidad; la antijuridicidad; y la culpabilidad. Éstos se explican someramente a continuación.

– La Acción

Este concepto se señala como todo **movimiento corporal voluntario que produce una modificación en el mundo exterior** el cual debe ser entendido en el sentido como cualquier hecho que provoque la realización del delito.

Por ejemplo: Empuñar un cuchillo para penetrar el cuello de alguien.

- La Tipicidad

Como fiel reflejo del principio de legalidad, el Código Penal o cualquier otra ley que intente sancionar penalmente una conducta debe describir de forma pormenorizada la conducta para limitar el castigo.

En cuanto a la estructura de la figura delictiva y según la forma de realizar la descripción típica, se pueden encontrar ciertos elementos comunes, entre ellos la aparición de un sujeto activo, otro de carácter pasivo, un verbo rector, e incluso algunos elementos subjetivos, es decir que exigen una especial intención en el autor del ilícito.

– La Antijuridicidad

La antijuridicidad es entendida en la actualidad como el daño social producido por la realización de una conducta típica, o en otras palabras la puesta en peligro o afectación real al bien jurídico protegido por la legislación. Se puede entonces sostener que el bien jurídico protegido es **el objeto de tutela legal.**

– La Culpabilidad

La culpabilidad para los efectos de este curso se entiende como el **reproche** que se realiza a quien podía o debía actuar distinto pero eligió libremente realizar una conducta delictiva.

En cuanto a la estructura de la culpa, dentro de la sistematización que se realiza de la culpabilidad y que se estudió en su momento se distinguen los elementos positivos de la misma (dolo y culpa) y los elementos negativos (imputabilidad, conciencia de la ilicitud e inexigibilidad de otra conducta).

En relación al dolo éste puede definirse como **el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de su realización**, de esta definición pueden extraerse los siguientes elementos:

1) Elemento Intelectual: Conocimiento de los Elementos del Tipo

Este elemento se reconoce como el conocimiento que de los elementos típicos posee el autor del delito, frente a los cuales puede errar, en estas circunstancias y dependiendo de la posibilidad de evitar el error, dependerán los efectos del mismo. Así, de ser un **error de tipo evitable** excluirá únicamente el dolo dejando presente al culpa; en el caso de ser un **error de tipo inevitable,** se dejarán de lado ambos conceptos y la conducta será impune.

2) Elemento Volitivo: El Querer

El elemento voluntario del dolo en la actualidad ha perdido importancia, ahora éste permite reprochar a título de dolo una conducta a un sujeto determinado en el caso que su intención esté dirigida inequívocamente al cumplimiento de los elementos del tipo. Sin embargo el hecho delictivo se puede haber cometido por medio de culpa, la cual se explica a continuación.

La culpa es aquel juicio de reproche que se realiza a un sujeto que debiendo prever y evitar un resultado, o no pudiendo menos que preverlo o evitarlo, decide actuar de todos modos. Cabe señalar que en el Código Penal los delitos culposos constituyen una excepción, destinada sólo a un tipo especial de delitos.

Por ejemplo; Un cuasidelito de homicidio por causa de un atropello.-

La Responsabilidad Penal

En el derecho penal una persona es responsable cuando su conducta es sancionable por la ley. De esta manera la responsabilidad será de carácter penal cuando el autor o sujeto activo realice una conducta que sea contraria al ordenamiento jurídico penal. Por lo antes expresado se puede definir responsabilidad penal de la siguiente manera:

Como la consecuencia última del delito, en el sentido de ser la respuesta final impuesta por el Estado, a través de la cual se considera al autor del hecho delictivo como merecedor de la sanción prevista en el tipo penal.

Por consiguiente la inexistencia de conducta; la atipicidad[3]; la justificación[4] y la inculpabilidad[5] no permiten la existencia de responsabilidad penal, es más, dan origen a lo que comúnmente se denomina **ausencia de responsabilidad penal**. Existe también, la posibilidad que con posterioridad a la determinación de la concurrencia de todos los elementos del delito, el legislador considere que dadas ciertas circunstancias no sea conveniente sancionar al sujeto activo.

Delitos contra la vida y contra el orden de la familia.

Los delitos que se expondrán a continuación dicen relación con aquellas figuras que se encuentran reguladas como forma de entregar protección a los bienes jurídicos que cautelan la vida e integridad corporal del individuo, específicamente en el ámbito de familia.

1.- El Homicidio y su vínculo como delito contra las personas para entender el feminicidio.

El delito de homicidio y el feminicidio son dos delitos que tienen relación en cuanto a la protección jurídica que se entrega a la vida humana, no obstante, para entender el Feminicidio, es necesario entender el delito de homicidio, como figura general del delito específico.

Dicho esto, el homicidio simple se define como la figura residual que resulta de cometerse este hecho delictivo, pero sin la existencia de las **condiciones constitutivas de parricidio, infanticidio, homicidio calificado y feminicidio,** es decir, que sólo se castigará a una persona por un homicidio simple cuando el delito no pueda considerarse de las formas descritas[6].

---

[3] *El hecho no se encuentra descrito en la ley.*

[4] *Existe una causa de justificación que no permite determinar la antijuridicidad de la conducta.*

[5] *No existe culpabilidad bajo ningún título.*

[6] *1. Del homicidio*
Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o Art. 21 b) conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.
Art. 391. El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:
1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si se ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:
Primera. Con alevosía.
Segunda. Por premio o promesa remuneratoria. Tercera. Por medio de veneno.

Sin embargo, es menester señalar que la figura del homicidio simple está incluida en las anteriormente señaladas, es decir, quien comete parricidio, infanticidio o un homicidio calificado, también comete homicidio simple, y así lo ha estimado la doctrina y la jurisprudencia, así se puede indicar, a modo de ejemplo, que quien comete parricidio sin **conocer las relaciones que lo ligan** con la víctima, será sancionado con la pena del homicidio simple. Por lo tanto los delitos anteriormente señalados, que se separan del homicidio simple por sus condiciones especiales, son estimados como una especie de este último.

En consecuencia habrá homicidio simple cuando se mate a otro, sin que concurran las circunstancias especiales constitutivas del parricidio, del infanticidio o del homicidio calificado.

- La Conducta

En este delito la conducta consiste en matar a otro, es decir, quitarle la vida a alguien, concepto acorde con lo dispuesto por le RAE, esto, sin importar el medio utilizado, ya sean estos medios físicos como morales, a excepción del caso en que se configure el delito de **homicidio calificado** por el empleo de estos medios.

Además cabe señalar, que en los medios utilizados, tanto físicos (violencia material, externa y visible) como morales (impresiones psíquicas severas o procedimientos de carácter intelectual), puede incluirse a la propia víctima, situación que llevaría a una **autoría mediata** que induzca a ésta al suicidio o a realizar un acto imprudente del que resulte la muerte.

Cabe señalar que el delito de homicidio es un delito de resultado, así, para poder concluir la relación de causalidad entre la conducta y el resultado se deben aplicar las teorías de la causalidad ya estudiadas. En este contexto el resultado debe ser la muerte de una persona. Así, la pregunta que cabe hacerse es desde cuando existe muerte o cesación de la vida humana. De acuerdo con lo anterior, existirá vida independiente hasta la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas. En relación a la muerte clínica, donde cesan todas las funciones vitales (respiración, movilidad, sensibilidad) pero sin degeneración ni alteración de estructuras orgánicas. Cabe señalar

---

Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.
Quinta. Con premeditación conocida.
2° Con presidio mayor en su grado mínimo a medio en cualquier otro caso.

que en cuanto a la muerte clínica, ésta valdrá como muerte real siempre y cuando sea definitiva e irreversible.

Es menester aclarar que respecto al homicidio, se puede dar el caso de la comisión por omisión, siempre que se cumplan con los requisitos impuestos para esta clase de delitos, que son la producción y la evitabilidad objetiva del resultado, la posición de garante[7] y equivalencia de la omisión con la acción típica.

En conclusión y gracias a la falta de determinación precisa por parte del legislador de la conducta que puede ser considerada como idónea para cometer un delito de homicidio, se debe señalar que el intérprete sólo se encuentra limitado por la comprobación del nexo causal entre el hecho realizado y el resultado.

- La Tipicidad

Dentro del homicidio simple el sujeto activo es indiferente, es decir, puede cometerse por cualquier persona.

Sin embargo, la afirmación anterior pierde validez al tratarse del homicidio cometido por omisión, en aquel caso, su comisión es posible por quien ostenta el deber especial de cuidado llamado **posición de garante**, el cual como ya se explicó puede provenir de las especiales relaciones del sujeto con el titular del bien jurídico protegido (derecho de familia, contrato) o de la asunción voluntaria de esta obligación por fuentes diversas (comunidad de peligro, hacer precedente peligroso).

En cuanto al sujeto pasivo, éste se confunde con el objeto material, el "otro" que señala la ley es un ser humano con vida independiente. De esta manera, ni los muertos ni los que están por nacer pueden ser sujetos pasivos de este delito, los primeros se consideran como **cadáveres** y no como otro **ser humano,** y los segundos están protegidos a través de figuras como el **aborto.**

– La Muerte para la Ley

Como se señala en el Código Penal no señala el momento preciso en que se produce la muerte de una persona, ahora, para solucionar dicho problema, se debe recurrir a la interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico, así se debe recurrir a

---

[7] *Es una especial posición en que algunos sujetos tiene respecto de ciertos bienes jurídicos y que los obliga a protegerlos e impedir su lesión. Son casos de este tipo la situación del doctor, la madre, etc.*

La ley N° 19.451 establece los requisitos siguientes, para establecer la muerte cerebral de una persona:

a) Cuando se ha producido la cesación total e irreversible de todas las funciones encefálicas.

b) Cuando existe certeza diagnosticada de la causa del mal.

Estos requisitos deben ser corroborados de manera unánime e inequívoca por un equipo médico formado por lo menos por un neurólogo o neurocirujano que no participe del futuro trasplante, con el objetivo de asegurar la imparcialidad en el procedimiento.

Además se especifican exámenes clínicos mínimos para **certificar la cesación total e irreversible de las funciones encefálicas,** a saber, la comprobación de los siguientes signos:

a) Ningún movimiento voluntario durante una hora.

b) Apnea (falta de respiración) luego de tres minutos de desconexión del ventilador.

c) Ausencia de reflejos troncoencefálicos, lo cual se corrobora mediante dos encefalogramas planos, es decir, sin reacciones, los cuales se deben realizar con diferencia de dos horas.

Una vez cumplidos estos requisitos se puede señalar que una persona ha muerto y por lo tanto, toda acción homicida posterior, no será punible (constituye una tentativa inidónea, por ejemplo; “Matar” a una persona ya fallecida).

- Antijuridicidad

La ley no establece causales especiales de justificación en caso de homicidio, por lo tanto se rige por las reglas generales sobre justificación por los principios de interés preponderante e interés no comprometido.

- Culpabilidad

Dentro de la culpabilidad se analizarán el dolo homicida; el dolo eventual y los distintos tipos de errores que se pueden manifestar en esta figura penal.

– El Dolo Homicida

Para el profesor Patricio Novoa[8], planteó que el dolo del homicidio no exigía especialidad, es decir, no era necesario el **dolo de matar**, más bien bastaba la intención genérica de herir, golpear o maltratar, atribuyéndose a esta intención los efectos posteriores, previstos o no.

EL Feminicidio

El feminicidio nace como consecuencia de un reproche social producto de la violencia de genero existente en nuestro país, el cual afecta de forma principal a las mujeres.

Antes de la entrada en vigencia de la ley, si él o la cónyuge o conviviente, conociendo las relaciones que lo ligaban, eran los autores del homicidio de su pareja, se les sancionaba como autores de parricidio.

En cambio, con la ley 20.480, si la víctima del delito es o ha sido el o la cónyuge o conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio, teniendo la misma sanción que la del parricida, que va de 15 años y un día a presidio perpetuo calificado, lo que implica mayor exigencia respecto de aquellas personas ligadas de forma sentimental a otra sin que necesariamente exista un vínculo matrimonial

Sin perjuicio de lo señalado, se añaden al Código Penal ciertas particularidades en torno a los delitos sexuales

a) Se elimina la exigencia de que la víctima deba oponer “resistencia” en una violación, sustituyéndola por la sola oposición.
b) Se agravan los delitos sexuales cuando son cometidos por dos o más personas: se puede aumentar la pena a los autores.
c) Se autoriza a prescindir de la autorización del progenitor condenado por delitos sexuales para que un menor salga del país.

→ **Modificaciones a la ley de Violencia Intrafamiliar. (**VIF)

1. Se limita posibilidad de aplicar atenuante de irreprochable conducta anterior cuando hay anotaciones previas por VIF. Hoy, para calificar la irreprochable conducta anterior y

[8] Profesor Universidad de Chile

aplicar una pena menor al autor de un delito, no se consideran sus anotaciones por causas VIF.
2. Se amplían presunciones de riesgo en las que el tribunal debe otorgar protección a la víctima, incorporando la negativa violenta a aceptar el término de una relación de pareja.
3. Se incorpora como medida accesoria a la sentencia la obligación de presentarse regularmente a una unidad policial. Se amplían a dos años la vigencia máxima de estas medidas sentencia.
4. Se encarga al tribunal de familia adoptar las medidas de protección necesarias previas para la víctima de violencia intrafamiliar (medidas cautelares) antes de remitir una causa al Ministerio Público y ante una contienda de competencia (situación en la que no se sabe cuál tribunal es el competente para conocer de la causa).

El parricidio

Este delito está tipificado como una agravación del delito de homicidio simple, ya que el legislador estima que las relaciones de familia que contempla impone a quienes las tienen y conocen, una especial obligación de cuidado, cuya infracción debe ser severamente castigada.

- La Conducta

La conducta se encuentra señalada en el artículo 390 del Código Penal. Es la misma del homicidio, pero limitada por relaciones de parentesco, ya que se considera como agravado por la relación personal existente entre el autor y el ofendido, quien debe ser su **padre, madre, hijo, legítimo o ilegítimo, cualquier otro ascendiente o descendente legítimo, o su cónyuge**.

Así, en cuanto a la comisión activa (por acción), no existen diferencias con el delito de homicidio simple, de esta manera se debe reproducir en forma expresa la referencia a aquel párrafo.

Por ejemplo; Si María deja de alimentar a su anciano padre, quien se encuentra a su exclusivo cuidado, causándole la muerte por inanición (estado de extrema debilidad y desnutrición), correspondería sancionarla como parricida. Ahora, como la posición de garante se basa en la relación filial (de padre a hija) esta no puede ser considerada nuevamente para agravar la pena considerándolo como parricidio.

- Tipicidad

En cuanto a los sujetos que interviene en el delito, cabe señalar que tres grupos de sujetos activos y pasivos contempla la ley, éstos se mencionan a continuación:

En primer lugar, el padre, la madre o el hijo legítimo o ilegítimo, en segundo lugar, los otros ascendientes o descendientes legítimos, y en un tercer lugar los convivientes y los cónyuges, siempre que estos últimos no queden comprendidos en la figura de Feminicidio, o sea, sean mujeres.-

En cuanto al alcance de la referencia a la filiación legítima, cabe destacar que a pesar de la supresión de carácter del parentesco **legítimo o ilegítimo** por la ley N° 20.585, esta legislación no ha sido adecuada por el Código Penal. La ley señalada eliminó esta diferencia, señalando que todos los hijos tenían el mismo carácter, sólo pudiéndose distinguir entre los "**matrimoniales y no matrimoniales**".

Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene la exclusión de aquellos parientes por **afinidad**, (aquel parentesco que nace con los consanguíneos del cónyuge) ya que la naturaleza del delito castiga la violación de relaciones que se han dado por la naturaleza, y no aquellas de origen jurídico; por lo mismo, se debe excluir de este delito al **adoptante y al adoptado**, cualquiera sea su denominación y efectos civiles de la adopción, pues no hay en ella vínculo biológico alguno. Es decir, que el parricidio protege las relaciones basadas **en la sangre**, ese es su fundamento y razón de existir.

En el caso de los ascendientes o descendientes legítimos, la legitimidad o ilegitimidad del parentesco hace la diferencia entre homicidio y parricidio.

La ley 19.585 incorporó al ordenamiento jurídico chileno una clasificación entre los parentescos, **matrimonial y no matrimonial**, categorías que no corresponden a las llamadas **legítima e ilegítima,** pero de todas formas a la luz de los cambios legislativos en este preciso caso la diferencia se hace insignificante, ya que las categorías de hijos legítimos e ilegítimos pueden ser suprimidas de la norma sin agregar nuevos casos al tipo.

Por tanto, para no alterar el sentido del art. 390, la referencia a los ascendientes y descendientes legítimos, debe interpretarse como ascendientes y descendientes matrimoniales.

La convivencia, es la relación de pareja, que con carácter de permanencia, hace a sus participantes, compartir el "**techo y el lecho**".

a) El Problema de la Prueba del Parentesco

Las reglas civiles sobre prueba de paternidad y sobre todo la filiación legítima, vigentes con anterioridad a la Ley 19.585, más la regla del art. 173 del COT, según la cual **la prueba y decisión de las cuestiones civiles que es llamado a juzgar el tribunal que conoce de juicios criminales, se sujetarán a las disposiciones del Derecho Civil**, produjo numerosos problemas de interpretación en la doctrina y jurisprudencia de la época.

No obstante, la actual regulación civil, que admite la prueba científica de paternidad, permite considerar este problema como superado, salvo para determinar el carácter matrimonial o no de dicha filiación, que por su naturaleza formal no puede acogerse a pruebas científicas, sino únicamente a las admitidas para la prueba del matrimonio en la legislación civil.

Así, para determinar la filiación que da lugar al parentesco por consanguinidad se deberá estar a lo que señale la prueba pericial biológica procedente (ADN).

b) El Matrimonio

Como contrato solemne sólo se admite como prueba del matrimonio, los certificados que acreditan la celebración y vigencia del mismo.

En este contexto, la protección de la familia no puede imponer un concepto que vaya más allá de la celebración legal del contrato, única forma que convierte a los contratantes en cónyuges.

Así, existe un acuerdo en la doctrina en no considerar parricida por este título, a quien no puede considerarse el **cónyuge** de la víctima, sea que el matrimonio haya sido declarado nulo, disuelto, o por muerte presunta de uno de los cónyuges, o que el matrimonio extranjero no haya sido debidamente inscrito en Chile, lo mismo cabe señalar respecto de los cónyuges **divorciados**, cuyo el matrimonio conforme a las Ley 19.947, termina por sentencia firme de divorcio.

Se debe tener presente que en el caso del **bígamo**, sólo el primer matrimonio cuenta con protección penal en cuanto al parricidio del cónyuge, ya que éste es el matrimonio que para todos los efectos legales es considerado como tal.

Por último, la situación de los divorciados es similar, ya que, en cuanto no haya sentencia firme de divorcio, los contrayentes serán considerados como cónyuges para todos los efectos penales.

- Antijuridicidad

Se hace expresa referencia a lo señalado en cuanto al bien jurídico protegido y a la autorización legal para realizar la conducta (causales de justificación), respecto del delito del homicidio.

- Culpabilidad

Referido con la culpabilidad se debe comprender el sentido de la expresión "**conociendo las relaciones que lo ligan**". Esta frase debe interpretarse como una limitación sólo al dolo directo, por tanto se debe dar la seguridad en el autor que se está dando muerte a uno de los parientes señalados en el art. 390, y no basta una **simple aceptación** de este supuesto.

Así, el autor del delito de parricidio debe tener el conocimiento de las especiales relaciones que le imponían este mayor deber de no lesionar el bien jurídico, y la vulneración del mismo (causar la muerte de la víctima) debe ser el resultado deseado por el sujeto activo. Dado lo anterior se ven excluidos el dolo eventual y con mayor razón el parricidio culposo.

En el caso de concurrir las relaciones tipificadas (matrimonio, convivencia o parentesco) y aparecer la culpabilidad como dolo eventual o culpa, se debe aplicar la figura básica del homicidio simple.

– Participación

En cuanto a las normas que regulan la participación en el delito de parricidio, estas fueron analizadas al momento de discurrir acerca de los principios de la participación, en especial al exponer acerca del principio de comunicabilidad. Dicho en otras palabras, si quien comete el delito acompañado de un tercero NO familiar.

En general, y a modo de recapitulación, la participación de un extraño a la relación de familia, no lo hará responder a título de parricidio (por ejemplo, Mario es cómplice en el parricidio que Manuel comete contra su padre), sólo será punible como homicida, ya que en él no concurren la especiales circunstancias del parricidio.

En relación a la participación de una persona en la cual existen estas especiales circunstancias (es el caso que Mario sea cómplice en el delito de homicidio que Juan

comete contra el padre de Mario), el partícipe contenido en la descripción no puede responder con una pena mayor a la de quien realizó el acto (quien manchó sus manos con sangre), así, se debe considerar que este sujeto (el hijo cómplice) será sancionado como cómplice de homicidio doloso consumado, pero considerando la agravante del artículo 13 del Código Penal, es decir "**el parentesco**".

El Infanticidio

El Código Penal consagró para este delito un párrafo especial, el 2o (Del infanticidio), separado del que se refiere a los homicidios, en el Titulo VIII, que se ocupa de los delitos que atentan en contra de las personas. Se trata de un párrafo que tiene solo un artículo, el 394, cuyo texto es el siguiente: "Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio".

- Conducta

Es un delito de lesión o material, porque necesita para consumarse de la producción del resultado muerte del recién nacido, y es un delito especial impropio, porque el sujeto activo es calificado (necesariamente ha de ser uno de los padres o un ascendiente).

A su vez tiene un correlato en un delito común (el parricidio o el homicidio) si el autor no cumple con las condiciones recién señaladas.
El bien jurídico que protege es la vida plena, o sea, la de una persona, recién nacida.-

Como el infanticidio es un homicidio, debe cumplir con todas las características objetivas y subjetivas que se analizaron al comentar el homicidio simple. No obstante, tiene diversas particularidades que le dan una fisonomía especial, lo que hace aconsejable preocuparse del tipo objetivo y subjetivo en cuanto corresponde a esas particularidades.

Tipo objetivo

La fase objetiva del infanticidio tiene como elemento substancial una conducta (acción u omisión), que debe concretarse en un resultado (la muerte del recién nacido), y la existencia de una relación de imputación objetiva (causalidad) entre esa conducta y el resultado.

La conducta

El comportamiento prohibido consiste en matar a otro, en este caso a un recién nacido. Este delito se puede cometer por medio de una acción o de una omisión (omisión impropia o comisión por omisión). Aun mas, lo frecuente es que la omisión sea la fuente principal de comisión de esta figura penal.

Condiciones que debe cumplir el sujeto activo

El art. 394 limita las personas que pueden ser autores del delito a "el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos" de la víctima.

El sujeto pasivo

El sujeto pasivo y el objeto material de la acción necesariamente debe ser un recién nacido que no tenga más de cuarenta y ocho horas de vida. Se trata, por lo tanto, de una persona, y por esa razón el infanticidio esta reglado en el titulo de los delitos contra las personas. La voz parto debe equipararse a la de nacimiento.

Tiempo en que debe realizarse la acción

La criatura no debe tener una edad superior a cuarenta y ocho horas, lo que se desprende de la oportunidad señalada por el art. 394 para realizar la acción homicida. La disposición expresa que el agente debe matar al recién nacido dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, se trata de un término de horas.

El resultado

Se señaló que el infanticidio es un delito material o de lesión, de manera que el tipo se integra con el resultado: la muerte de un recién nacido, hijo o descendiente vivo.

Consumación

El infanticidio acepta las diferentes etapas de ejecución del delito, pueden distinguirse en su desarrollo los grados de tentativa y de frustración. En cuanto a la consumación, es posible que se presenten algunas dudas. En la comisión de este delito podría suceder que la conducta homicida se lleve a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas, pero que la muerte del recién nacido sobrevenga con posterioridad, o que se dé comienzo a la acción homicida dentro del término indicado, pero se concluya cuando ya ha transcurrido. En esas situaciones la determinación de si hay infanticidio o parricidio

(u homicidio según el caso) queda sujeta a la oportunidad en que se concretó la conducta del sujeto activo.

Comunicabilidad

Siendo el infanticidio un delito especial impropio, se plantea la interrogante del título de la atribución cuando intervienen en su comisión, aparte del sujeto calificado, otras personas no vinculadas parentalmente con el recién nacido; si responderán de homicidio o de infanticidio. No se comentara esta materia porque se resuelve en igual forma que la expresada al tratar el parricidio. Se ha de recordar que cada interviniente deberá responder de su propio acto: de modo que si conforme su conocimiento y voluntad intervino en un infanticidio, responderá de este delito, si lo fue en un homicidio -por cuanto ignoraba la relación parental-, responderá de homicidio.

El aborto

Como se señaló en su oportunidad, el delito de aborto atenta contra el bien jurídico de vida dependiente, es decir, la vida que está por nacer.

En este contexto, el aborto[9], puede ser definido como la "**interrupción, provocada y deliberada del embarazo, con el objetivo de causar la muerte del feto**".

Cabe señalar que, la ubicación sistemática del aborto, está dentro de los delitos contra la Moralidad Pública y el Orden de las Familias, durante mucho tiempo no se le consideró como un delito contra las personas, cuya principal consecuencia práctica es la imposibilidad de castigarlo como un delito culposo.

---

[9] *Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual*
1. Aborto
Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:
1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
2° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.
3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

Art. 343. Será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

Art. 344. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.
Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio

Art. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.

Aborto Voluntario

La conducta delictiva es abortar que significa **interrumpir el embarazo**, lo que implica la muerte del producto de la concepción. En consecuencia, las maniobras que tiendan a interrumpir un embarazo del cual no resulte muerte del feto, sólo podrían constituir en supuesto de ilicitud, un aborto frustrado.

Además esta interrupción y el consiguiente resultado de muerte pueden producirse tanto dentro como fuera del cuerpo de la madre. Lo anterior tiene importancia, ya que el parto, propiamente tal, también es una interrupción del embarazo, provocada por la madre o terceros, pero que no es punible ya que no tiene como objetivo conseguir la muerte del feto.

Cabe señalar que no existe limitación, en cuanto a la realización activa u omisiva, sin embargo en caso de un aborto consentido y causado por terceros, se admite violencia contra el cuerpo de la mujer (violencia que requiere de una acción); en caso que ella lo consienta como medios para causar el aborto, restando por tanto la figura del art. 342 N° 1, únicamente para los casos de empleo de fuerza física no consentido.

- Aborto Voluntario por Omisión

La posibilidad eventual de dar muerte a un feto mediante un no hacer, requiere de un razonamiento bastante rebuscado, sería tal el caso de una madre que tuviera que tomar ciertos medicamentos que de acuerdo al tipo de embarazo, el no ingerirlos, pudiera revestir un riesgo de vida para el feto, que finalmente cause su muerte.

No obstante, se puede participar por la omisión respecto de la acción abortiva de un tercero, en el caso de personas como el cónyuge de la mujer o su médico tratante, quienes han asumido en los hechos una posición de garante de la vida del que está por nacer, si intencionalmente no impiden que se cause el aborto, pudiendo hacerlo.

Por ejemplo Podrá tener participación por omisión el padre del feto, que mira como la embarazada consume pastillas del cloro para piscinas, con la evidente intención de abortar.

– Tipicidad

En este punto, se hará referencia al sujeto activo y pasivo del delito de aborto.

Sujeto Activo

En cuanto al sujeto activo, sólo puede ser la mujer embarazada, en caso de autoaborto; existiendo además la necesidad de su participación en el **aborto consentido** (donde la madre está de acuerdo con un extraño que realiza el procedimiento), caso en el que se considera como autora, al igual que al tercero que lo cause.

En cuanto al facultativo, el Código Penal sanciona con las penas del art. 342 aumentadas en un grado al facultativo que **abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare en él**. Por su función en la comunidad se castiga con un mayor reproche, ya que en uso de sus conocimientos podría hacer de esta práctica su principal actividad económica.

Ahora, la pregunta lógica en este punto es determinar quien es en realidad **facultativo** para el Código Penal, así, en general se puede señalar que tiene esta calidad quien ejerce alguna de las profesiones que señala el art. 313 a. del Código Penal[10].

En este contexto, abusa de su oficio, quien sin necesidad terapéutica, utiliza su ciencia y arte para causar el aborto. Es evidente, que el **facultativo** que actúa conforme a la necesidad terapéutica y siguiendo la **lex artis** no cometerá aborto.

Ejemplo; Cabe señalar que no concurre la agravación si el facultativo actúa sin hacer uso indebido de sus conocimientos o destrezas, como el caso del aborto causado por un arranque de ira de un médico contra su mujer, realizado con golpes de puños y pies.

---

[10] *Art. 313. a. El que, careciendo de título profesional competente o de la autorización legalmente exigible para el ejercicio profesional, ejerciere actos propios de la respectiva profesión de médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativas a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, aunque sea a título gratuito, será penado con presidio menor en grado medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.*
Para estos efectos se entenderá que ejercen actos propios de dichas profesiones:
1° El que se atribuya la respectiva calidad;
2° El que ofrezca tales servicios públicamente por cualquier medio de propaganda o publicidad;
3° El que habitualmente realizare diagnósticos, prescribiere tratamientos o llevare a cabo operaciones o intervenciones curativas de aquellas cuya ejecución
exige los conocimientos o las técnicas propios de tales profesiones.
Las disposiciones de este artículo no se aplicarán en ningún caso a quienes prestaren auxilio cuando no fuere posible obtener oportuna atención profesional.
En las mismas penas incurrirá el que prestare su nombre para amparar el ejercicio profesional de un tercero no autorizado para el mismo.

Tampoco es concurrente con esta causal, el caso del facultativo que guiado por una finalidad terapéutica, causa un aborto. Si lo que persigue es evitar sufrimiento en la mujer, que es parte de su misión profesional, aunque traspase el límite de lo **lícito,** no puede considerarse como un **abuso de su oficio.**

Sujeto Pasivo

La vida humana dependiente, al igual que en el homicidio, el sujeto pasivo se confunde con el objeto material de la acción, un ser humano en formación, fruto de la concepción, en cambio el **objeto de tutela** es la vida del que está por nacer.

En este contexto, sólo cuando las células resultantes de la fecundación se alojan en las paredes del endometrio se entiende que hay embarazo para la Organización Mundial de la Salud, período que comprende desde la anidación en el útero al parto, que es una condición exclusiva de la mujer. Así, mujer embarazada es aquella de quien depende, producto de la anidación del blastocito en el endometrio, la vida del que está por nacer.

De esta manera, sujeto pasivo del delito es el embrión o feto anidado en el vientre materno, desde su fijación en el endometrio hasta su expulsión del útero.

Existen casos de fertilización asistida, donde para asegurar el buen desenlace del procedimiento se fecundan una cantidad de óvulos superior a los que serán implantados, en este supuesto, es necesario preguntarse si la destrucción del óvulo fecundado in vitro, que no ha sido trasladado al útero de la mujer, puede penalmente, considerarse un aborto. Para efectos de este curso (ya que la discusión esta abierta a nivel mundial y sobre ella existen valores y principios aplicables), esta conducta, de descartar embriones fecundados, no constituye aborto, ya que no se han anidado en útero alguno.

– Antijuridicidad

Como ya se ha señalado, el aborto protege el bien jurídico de la vida dependiente.

En este punto conviene señalar que en Chile se ha suscitado una compleja discusión acerca del **aborto terapéutico**, el cual tiene por objeto, interrumpir el embarazo, deliberada y concientemente, con el conocimiento que el feto no es viable aún para la vida independiente, y debido al peligro que corre la vida de la madre que el embarazo conlleva.

En opinión de este curso, la cual como se ha señalado anteriormente es discutible, debido a la carga valórica que el tema implica, en Chile el aborto terapéutico se encuentra comprendido dentro de las causales justificación, en especial la de ejercicio legítimo de una profesión, ya que el médico se encontraría obligado a sacrificar la vida del feto para mantener la de la madre.

De no considerarse de tal forma, incluso se le podría considerar como una causal de inexigibilidad de otra conducta, en especial la de fuerza moral irresistible, ya que la voluntad del médico se vería trastocada de tal forma que estaría **obligado** a realizar la intervención.

La ley no establece causales especiales de justificación en caso de homicidio, por lo tanto se rige por las reglas generales sobre justificación por los principios de interés preponderante e interés no comprometido

– Culpabilidad

El aborto voluntario requiere de dolo directo, es decir el sentido de la voz **maliciosamente**. Tratándose del aborto consentido, la exigencia del consentimiento en la mujer embarazada parece excluir, sin mayor necesidad argumental, la posibilidad de concebir en ella la comisión de este delito a título de dolo eventual, ya que el acuerdo implica necesariamente el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de su realización.

Respecto de la expresión **maliciosamente**, utilizada por el art. 342, es suficiente para indicar como una exigencia el **dolo directo**, aplicable al tercero no calificado como al facultativo y como señala Garrido Montt, también es aplicable al **autoaborto.**

En cuanto al problema del error en el consentimiento, es posible imaginar el siguiente problema. Si un facultativo que practica el aborto había recibido del marido, la autorización de la mujer para practicarlo, siendo este consentimiento obtenido por **engaño**, pensando la mujer que sólo se sometía a un control de rutina, engaño que el facultativo ignoraba. La mujer no consiente y el médico no lo sabía, para este último la existencia del consentimiento de la mujer es una circunstancia de agravación o atenuación de la pena, que se resuelve en la práctica de la siguiente forma:

- El que cree que cuenta con el consentimiento de la mujer, **pero este es inexistente,** debe ser castigado como si dicho consentimiento existiera, esto es conforme al art. 342 N° 3 en relación con el 345, en su caso. Es decir condenado por aborto voluntario consentido.

- El que cree que está actuando sin el consentimiento de la mujer, pero de hecho dicho consentimiento existe, también ha de ser castigado por el art. 342 N° 3, en relación con el art. 345, según su caso.

Importa señalar el caso del consentimiento en el **aborto terapéutico**, que a pesar de no ser un elemento del tipo, es un supuesto fáctico de la causal de justificación, y al ser un error de tipo, excluiría el dolo, y por tanto, no habiendo aborto culposo, también la punibilidad del hecho. Lo anterior según las reglas estudiadas en la parte general, al tratar los efectos del error en los presupuestos fácticos de una causal de justificación.

- El Aborto Honoris Causa

El art. 344 inc. 2° disminuye la pena del aborto, cuando la autora de éste lo causa **para ocultar (su) deshonra**, idea vinculada al menosprecio social que engendran relaciones extramatrimoniales para una mujer, con independencia del juicio moral de las mismas, lo que le significaría en la práctica, dar a luz y no ser considerada como una igual en la comunidad.

Por ejemplo; Esta circunstancia sería aplicable a la mujer soltera que mantiene oculta su vida sexual extramatrimonial, a la mujer casada que oculta una relación adúltera, y a la mujer que oculta el ejercicio de la prostitución y cuyo embarazo y parto podría llegar a delatarla.

En cuanto a este punto, cabe recordar que por la fecha de promulgación del Código Penal, los casos de aborto honoris causa, pudieron haber sido prolíficos[11], sin embargo en la actualidad, se encuentran reducidos a su mínima expresión, debido al cambio de valoración social del embarazo no deseado.

Aborto No Voluntario

- Aborto No Voluntario Causado Con Violencia

[11] *Que tienen una amplia producción.*

En este supuesto ante la oposición de la mujer embarazada a practicarse un aborto, un tercero, mediante violencia (golpes) o intimidación (amenazas inmediatas), interrumpe el embarazo, con el objetivo de causar la muerte del feto.

El único problema doctrinario se presenta por el exceso que pudiere existir en las lesiones, las cuales pueden desencadenar un delito de homicidio. En este caso se aplicará el principio de solución del concurso aparente de leyes penales, de la consunción[12] según el cual el delito más grave contiene al de menor intensidad, debiendo castigársele por el que merezca mayor pena.

- Aborto No Voluntario Causado Sin Violencia

Esta figura es residual de aquella en que el consentimiento de la mujer en el aborto voluntario, se hubiese prestado con algún vicio. Así, se estará frente a esta situación en el caso que el marido engañe a su cónyuge acerca del motivo de la visita a una clínica donde se realizan abortos.

- Cuasidelito de Aborto

Se encuentra regulado en el artículo 343 del Código Penal[13] y sanciona a quien realice conductas violentas culposas, contra una mujer cuyo embarazo es notorio o le conste al hechor, en este caso al sujeto activo se le representa la posibilidad de causar un aborto y aun así actúa.

Cabe señalar que las lesiones causadas deber ser culposas , por lo que no responderá a título de aborto, sólo por el cuasidelito de lesiones.

De no existir esta norma, no existiría forma alguna de sancionar una eventual figura culposa de aborto, debido a que como se señaló en su oportunidad, este ilícito se encuentra en el título correspondiente a los **Delitos contra el Orden de las Familias y**

---

[12] consunción
Del lat. consumptio, -ōnis.
1. f. Acción y efecto de consumir o consumirse.
2. f. Extenuación, enflaquecimiento.

[13] *Art. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.*

la Moralidad Pública, y los delitos culposos del Código Penal, sólo tienen aplicación para los delitos contra las personas, y no en relación a los delitos que afectan la vida humana dependiente.

IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL

DERECHO PENAL Y DE FAMILIA

UNIDAD Nº III

Los delitos del ámbito de familia

WWW.IPLACEX.CL

Ideas Fuerza

1.- Al analizar esta Unidad, el estudiante debe considerar los Bienes jurídicos protegidos; libertad individual, libertad sexual, indemnidad sexual y honestidad.

2.- Considerar los delitos contra la libertad individual, que es la libertad de desplazamiento y los delitos contra la seguridad individual como dos caras de una misma moneda.

3.- Sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y honestidad cabe señalar:
La violación puede ser propia, impropia

Es propia cuando se accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1° Cuando se usa fuerza o intimidación;
2° Cuando la víctima se halla privada de sentido; y
3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Es impropia, cuando en el caso anterior se presenta como sujeto pasivo un menor de catorce años. El carácter que diferencia al estupro de la violación es que el sujeto pasivo ha de ser menor de 18 años y mayor de 14 años, cumplidos.

En los abusos sexuales la significación sexual esta dada por el ánimo libidinoso del sujeto activo.

Delitos contra la libertad individual.

Sustracción de menores.

El delito de sustracción de menores se encuentra regulado en el artículo 142 del Código Penal, el cual dispone lo siguiente:

> Art. 142. La sustracción de un menor de 18 años será castigada:
>
> 1.- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor.
>
> 2.- Con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos.
>
> Si con motivo u ocasión de la sustracción se cometiere alguno de los delitos indicados en el inciso final del artículo anterior, se aplicará la pena que en él se señala.

- La Conducta

El verbo rector es “sustraer”, que es básicamente, sacar a un menor de edad de la esfera de resguardo en la que se encontraba, teniendo como primer objeto de protección, la seguridad individual de este y, en un segundo plano, su libertad ambulatoria y los derechos de custodia y patria potestad de las personas que lo tienen a su cargo.

Cuando se hace referencia a la “Esfera de Resguardo”, en este particular caso está constituida por el cuidado que del menor deben tener aquellas personas que están obligados a éste.

El art. 142 N° 2 del Código Penal, contempla la figura simple de sustracción de menores, en que aparte de la conducta punible, no existe elemento subjetivo del tipo, ni delito calificado por el resultado, no se ha cometido otro delito doloso además de la sustracción.

- Tipicidad

El sujeto activo puede ser cualquiera, menos quien tenga a su cargo la seguridad del menor, ya que de ser así, no habría “sustracción” del menor.

Como no se trata de una infracción a derechos tutelares, es decir aquellos derechos que mantienen aquellas personas que están al cuidado del menor, lo que importa es averiguar si la persona que toma al menor es que aquellas que por ley están a su cargo.

Así, ni los padres ni los tutores o guardadores legales pueden cometer este delito, aun en caso de conflicto entre distintos guardadores, nuestra ley contempla un delito especial en caso que incumpla su deber de entregar el menor a quien la ley le otorga preferencia: el delito de negativa e entrega de un menor que se contempla en el 355 del Código Penal, que excluye la aplicación del Art. 142.

No obsta a lo señalado la suscripción, por parte del Estado de Chile, en el ámbito del Derecho Civil de Menores, de la "Convención Sobre Aspectos Civiles Del Secuestro Internacional De Menores", cuyo propósito no es penalizar el traslado de los niños de un país a otro sin la debida autorización, sino asegurar el ejercicio de los derechos que en el ámbito civil, se confieren a los padres sobre cuidado personal y relación directa y regular de los niños, y en particular el cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en estas materias, teniendo siempre en cuenta la seguridad del niño.

En otras palabras, el Tratado suscrito por Chile, materializa la regulación de los traslados de menores por personas a países diversos. Esta regulación absolutamente necesaria por la posibilidad de la creación de conflictos entre Estados o particulares por procesos derivados del ordenamiento Civil.

Junto con la limitación del secuestro, el sujeto pasivo de la sustracción de menores, debe ser menor de 18 años.

Aunque el art. 142 no distingue entre diferentes edades para efectos de la pena, si debe tenerse en consideración que respecto de los menores de 18 años pero mayores de 10, la ley reconoce una pequeña libertad de autodeterminación, lo que es importante para la configuración de este delito en el caso la falta de consentimiento del niño mayor de 10 años.

- Consentimiento del sujeto pasivo

Aunque en principio los menores de edad, no pueden disponer de su propia libertad y por lo tanto su consentimiento no produciría ningún efecto, el Código Penal recoge en el art. 357 una figura punible, la inducción al abandono de hogar, que hace necesario distinguir los efectos del consentimiento de un menor de edad en distintas situaciones:

Por ejemplo; si una persona convence, a una niña menor de 10 años a dejar su hogar para convivir con ésta, el hecho es punible, a pesar del consentimiento de la menor.

Si dicha fuga de su hogar es cometida por una menor de edad, mayor de 10 años, quien la convence será penado como inductor al abandono de hogar.

Esta extraña limitación de la edad hasta la cual el consentimiento del menor tiene relevancia y según la cual se puede sacar la idea de la sustracción tiene como efecto que, en tales casos, no hay sustracción de menores, sino que inducción al abandono de hogar por parte del menor, hecho que puede ser sancionado, sólo si es con el propósito de atentar contra el estado civil del inducido.

- Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad formal y material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

- Culpabilidad

Como se señaló al tratarse el secuestro, la figura básica puede cometerse con dolo directo como eventual, en cambio la figura del numeral 1° del 142 del Código Penal, solo puede cometerse con dolo directo.

Elementos especiales en la Sustracción de Menores

Se analizarán a este respecto las disposiciones especiales establecidas por el legislador a fin de obtener ciertos efectos deseados o para prevenir la ocurrencia de ciertas lesiones a bienes jurídicos de mayor importancia.

Agravantes en la sustracción de menores

a) Agravante Simple: esta agravante, prescrita en el N° 1 del Artículo 142 del Código Penal consiste en aumentar la pena del delito, “si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor.”
   Este aumento de pena, al igual que en el secuestro, se encuentra establecido con la razón de sancionar con mayor intensidad aquella privación de libertad que tiene un objetivo pernicioso, ya que este tipo de secuestro amenaza de mayor forma el bien jurídico de la vida de la víctima, teniendo en cuenta que esta puede ser afectada si no se cumplen las exigencias planteadas.

b) Hiper-Agravante: esta agravante, prescrita en el Artículo 142 del Código Penal consiste en aumentar la pena del delito, para “Si con motivo u ocasión de la sustracción se cometiere alguno de los delitos indicados en el inciso final del artículo anterior, se aplicará la pena que en él se señala.”

Salta a la vista el motivo de aumentar la pena para el caso de cometerse estos delitos durante el secuestro, los delitos son los siguientes:

Los delitos ya mencionados deben ser cometidos con “motivo u ocasión”, esto es durante la vigencia del estado antijurídico.

Además, el sujeto activo del secuestro, debe necesariamente participar en la comisión de ambos delitos para ser sancionado por la figura hiper-agravada. En cuanto a la participación y comunicabilidad de las circunstancias, se hace expresa referencia a lo señalado con ocasión del análisis de la “participación criminal” en la tercera unidad del estudio de la Parte General del Derecho Penal.

Atenuante especial en la sustracción de menores

Esta atenuante se encuentra establecida en el artículo Art. 142 bis.- del Código Penal, y rebaja la pena a los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, si “antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño” (…) “Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez podrá rebajar la pena en un grado a la señalada en los dos artículos anteriores.”

La idea del legislador al establecer esta rebaja es prevenir los perniciosos efectos del no cumplimiento de las condiciones por parte de la familia de la víctima, beneficiando al sujeto activo que no ha dañado al sujeto pasivo.

Delitos contra la seguridad individual

El delito de abandono de niños

Noción del delito

La conducta que se prohíbe se deduce de los arts. 346 y 349, que tienen el siguiente enunciado: "El que abandonare... a un niño menor... será castigado con presidio menor en su grado...". La conducta sancionada es el abandono de un niño, que puede llevarse a cabo de cualquier manera (tipo abierto). Se discute si

se trata de un delito de omisión propia o de comisión por omisión, pero mayoritariamente se califica como propio de omisión, por cuanto lo infringido es un deber de asistencia, sin perjuicio que la conducta que lleve a ese incumplimiento pueda consistir en una acción positiva (irse de la casa donde esta el menor); lo relevante esta en que esa acción importa la voluntad de abstenerse de asistir al menor y si de dejarlo librado a su suerte. Abandonar es, entonces, dejar librado a un menor a sus propios medios, interrumpiendo la asistencia que se le debe prestar y sin que otra persona se haga cargo de el.

De manera que hay abandono típico cuando, además de la acción de abandono, se expone al menor a un peligro concreto, sea de su vida o de su salud. Si esa situación de riesgo especifico no se produce, no habría delito (la asesora del hogar que abandona subrepticiamente la casa donde trabaja, sin llevarse a su hijo de pocos meses, confiada en que sus patrones lo atenderán).

Figura simple de abandono de niños

De los arts. 346 y 349 se desprende que el delito de abandono de niños puede ser de dos clases: en lugar no solitario y en lugar solitario, respectivamente. Se puede entender como lugar solitario aquel que no es frecuentado durante el abandono; extensivamente y con más precisión, se trataría de un lugar que en el momento en que se llevó a cabo la acción delictiva no presentaba para el menor posibilidades de un socorro oportuno. Esta condición deberá ser determinada en cada caso por el tribunal, considerando las circunstancias concurrentes. Consecuente con el criterio señalado, el inciso final del art. 348 establece que una casa de expósitos es un lugar que no puede considerarse como lugar solitario. El abandono de un niño en una de estas casas no es constitutivo del tipo en estudio, y en la actualidad son tales los establecimientos de asistencia social, públicos o privados.

La acción de abandono puede concretarse:

Una positiva, llevando al menor fuera del lugar o recinto donde se encuentra sometido a protección; otra pasiva, esto es, retirándose quien debe prestar la protección del lugar en que se encuentra el menor, sin que haya otra persona que pueda auxiliarlo.

Las acciones descritas deben ser realizadas por el sujeto que esta a cargo del menor; este tipo penal no se extiende a la hipótesis del que deja abandonado a un niño que ya se encuentra en situación de abandono, como se desprende del tipo falta descrito y sancionado por el art. 494 № 13: "El que encontrando perdido o abandonado a un menor de siete años no lo entregare a su familia o no lo

recogiere o depositare en lugar seguro, dando cuenta a la autoridad en los dos últimos casos".

El abandono de personas desvalidas

El tipo penal y sus modalidades

El delito se encuentra descrito en el art. 352: "El que abandonare a su cónyuge o a un ascendiente o descendente, legitimo o ilegitimo, enfermo o imposibilitado, si el abandonado sufriere lesiones graves o muriere a consecuencia del abandono, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo".

Se trata de un tipo especial, de omisión propia, y de peligro concreto, por cuanto requiere de un sujeto calificado y que la conducta exponga a la víctima al peligro de perder la vida o dañar su salud.

La conducta descrita es la de abandonar a, un pariente o cónyuge, de modo que todo lo comentado sobre lo que se entiende por abandono en los párrafos precedentes se da por reproducido en esta oportunidad. El delito requiere que el sujeto activo, además de ser cónyuge o un ascendiente o descendiente legitimo o ilegitimo de la víctima, haya estado legalmente o de hecho al cuidado de la misma. De no ser así, no podría darse un abandono. No tiene trascendencia el lugar donde se hace el abandono puede o no ser solitario.

El sujeto pasivo para ser tal no solo ha de estar vinculado por matrimonio o parentalmente con el agente, debe ser una persona enferma o imposibilitada. Cualquiera enfermedad que sufra un sujeto no permite calificarlo como desvalido; por lo tanto, solo lo será cuando esa enfermedad lo deje en la imposibilidad de proveer a su propio cuidado, sea física o mentalmente. Se puede estar imposibilitado sin estar enfermo, como sucede con algunos minusválidos, o con personas de avanzada edad. Tampoco importa si la enfermedad o imposibilidad es permanente o transitoria.

Cuando la víctima es menor de 7 o 10 años, según lo señalado al tratar el abandono de niños, prefiere ese tipo penal al de abandono de personas desvalidas, porque aquel es especial en relación al menor.

El delito de abandono de personas desvalidas exige, para que pueda imponerse la pena, la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad: la víctima ha de sufrir lesiones graves o morir a consecuencia del abandono. Esta consecuencia de la conducta no es el resultado del delito, porque el tipo penal es

de peligro y no lo requiere para consumarse, pero si lo exige para que se pueda punir, el delito se perfecciona por la simple inejecución de la actividad esperada del agente.

Delitos Sexuales

Esta especie de delitos protege la libertad sexual, entendiéndose como la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro.

Sin embargo, por carecer de un cabal desarrollo esta facultad, respecto de los menores de edad, y particularmente en los impúberes, lo que se protege es tanto su libertad como su indemnidad sexual, esto es, el libre desarrollo de su sexualidad, es por este motivo que el Código Penal sanciona con mayor rigor los ilícitos contra menores de edad.

Por Ejemplo La violación contra una persona mayor de 14 años requiere de ciertas circunstancias de abuso y engaño que justifican la pena, en cambio para considerar violación, la cual se denomina “impropia”, el acceso carnal a un menor de 14 años estas circunstancias no son necesarias, requiriéndose únicamente la circunstancia de la menor edad, siendo indiferente a la ley el consentimiento del menor. Así, en este caso se hace patente el hecho que la libertad de decidir del menor no es relevante y la ley presume la falta de la misma, sancionando al sujeto activo de la conducta.

Es importante señalar que además, se estaría protegiendo la honestidad, que se puede entender como la “facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes”.

Violación

La violación es un abuso sexual que se clasifica en propio, impropio, y agravados; los cuales se abordarán a continuación.

Violación Propia

La Conducta

Según el art. 361 del Código Penal, “comete violación el que accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:
1° Cuando se usa fuerza o intimidación;
2° Cuando la VÍCTIMA se halla privada de sentido; y
3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Por acceso carnal se entiende el acceso del pene, excluyéndose la posibilidad de introducción de otro tipo de objetos, casos en los cuales de lo que cabe hablar es de abusos sexuales. En la conducta se excluye la omisión y la autoría mediata.

- Tipicidad

El sujeto activo solo puede ser un hombre, ya que es necesario el “acceso carnal”.

La palabra, acceso tiene implícita la introducción del órgano reproductor, introducción en el cuerpo del sujeto pasivo que sólo puede ser lograda por el pene

Los atentados sexuales perpetrados por mujeres sólo pueden ser calificados como abusos sexuales. El profesor Raúl Carnevali, en una opinión minoritaria sostiene que las mujeres pueden ser sujetos activos, opinión que no se comparte.

En cambio el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, mayor de catorce años, extendiéndose la figura a casos que anteriormente eran sancionados como violación sodomítica del art. 365, a los que todavía otras disposiciones del Código Penal hacen referencia.

En cuanto a los menores de 14 años y su calidad como sujeto pasivo del delito de violación, esté se a los que se señalará en relación al delito de Violación impropia.

- Circunstancias

Bajo la violación propia pueden producirse tres clases de circunstancias, siendo éstas las siguientes:

Fuerza o Intimidación

Respecto a la Fuerza; debe ser solo de carácter físico y sobre la persona violada, en el caso de ejercerse vía moral, se puede configurar otra de las causales de violación.

La fuerza puede ser ejercida por quien accede carnalmente a la persona ofendida o por otro, caso en el cual, este podría ser un hombre o una mujer. El que solo aplica la fuerza responde como autor bajo la figura de autor cooperador del articulo 15 N° 3 del Código Penal.

Por Ejemplo Si la madre sujeta a su hija, la cual es mayor de edad, mientras su conviviente procede a accederla carnalmente. La madre sería coautora del delito, pero en ningún caso sujeto activo de la violación.

No es necesario que la fuerza se mantenga durante toda la actividad violatoria, ni tampoco que la resistencia sea continuada, basta que queden de manifiesto la fuerza y la voluntad contraria.

Pero la simple vía de hecho, propia de la relación sexual, no es fuerza en el sentido de este tipo, aunque exista voluntad contraria de la víctima, si esta no se resiste producto de una intimidación, debe apreciarse dicha circunstancia; y si no lo hace porque no puede oponer resistencia por cualquier causa, como la invalidez, el agotamiento, etc., cabe aplicar la figura del art. 361 N° 2.

Es lógico que exista fuerza en una relación sexual, ya que existen ciertos procesos fisiológicos, como la penetración, que requieren del despliegue de una determinada fuerza física.

Lo básico en la fuerza es la falta de voluntad de la VÍCTIMA y que el agresor actúe por vías de hecho. La mayor o menor resistencia de la VÍCTIMA no es elemento del tipo, porque este no está construido sobre la base de la fuerza física de la VÍCTIMA, sino del ejercicio de violencia por parte del agresor. La mayor o menor resistencia física es solo un medio de prueba.

Respecto a la Intimidación; es la violencia moral o amenaza de un mal grave con que se logra el acceso carnal contra la voluntad del sujeto pasivo, en estos casos no existe fuerza física (distinta a la del acceso carnal), la cual es reemplazada por esta sumisión de la voluntad de la víctima.

- La amenaza constitutiva de intimidación. En esta clase de delitos debe ser algo más que la del simple delito de amenazas, de los arts. 296 y 297. Así, no solo se requiere su seriedad y verosimilitud, sino también gravedad e inmediatez.

- Que la amenaza sea seria. Significa que exista y no sea dicha en broma, o cualquier otra forma que indica que quien la emite falta de voluntad real para ejecutarla.

  El solo temor reverencial o el que experimente la víctima. sin que el autor haya expresado de cualquier manera el mal que la víctima imagina, no constituye la intimidación en este delito.

  Así, la sola solicitación verbal de una prestación sexual no constituye intimidación, por fuerte que se exprese si no va acompañada de la manifestación del mal a que se expone la persona solicitada de no acceder a lo pedido.

  Tampoco hay intimidación en la amenaza de un mal irrealizable, como el de quien sin tener facultades legales exige un favor sexual señalando que “llevara detenida” a la víctima si no accede (siempre que la víctima. sepa que el autor no posee dichas facultades y no se trate, por tanto de un engaño intimidatorio)

- Que sea verosímil. Importa que, en el caso concreto, cualquier tercero situado en la posición de la víctima. pueda dar por cierta la realización del mal,

  Así, la víctima debe representarse que de no acceder a la relación sexual, será objeto del mal con que se le amenaza.

  Cobran especial importancia las condiciones personales de la agraviada y las circunstancias objetivas en que se encuentra, pues de ellas depende el juicio acerca de si la amenaza era capaz de vencer o no la resistencia de la voluntad de la víctima.

  En este caso habría que aceptar que un engaño intimidatorio serio y verosímil también constituye intimidación.

- La gravedad de la amenaza. Se refiere, a la clase de mal con que se amenaza, en la medida que solo una intimidación grave puede ser considerada en la violación.

  Este mal debe ser un delito que afecta la seguridad o integridad física de la persona ofendida o de un tercero presente con quien esta tenga lazos de parentesco o afectividad.

  También puede considerarse en este grupo de casos la fuerza que se ejerce sobre las cosas que sirven de protección del sujeto pasivo, como el caso de romper a golpes la puerta de la habitación donde se encuentra la víctima..

  En este caso, la víctima puede verse intimidada por esta sola acción, la cual refleja claramente la posible vulneración de los bienes jurídicos que se pueden amenazar.

- La inmediatez de la amenaza (requisito esencial). Se refiere al carácter actual o inminente del mal con que se amenaza, el que debe ser dirigido a personas presentes y de la exigencia sexual de que se trata.

  Además, la víctima debe considerar que el único medio que posee para evitar el mal con que se la amenaza es acceder al requerimiento del sujeto activo.

Intimidación sin amenaza

Existe una parte de la doctrina que rechaza los fundamentos antes señalados, indicando que la intimidación es un concepto estrictamente subjetivo, que alude a un estado de conmoción psicológica que se da en el sujeto pasivo, y que, por tanto, si bien es cierto que en la mayor parte de los casos la intimidación será la consecuencia de haberse ejercido una amenaza en contra de la víctima, es perfectamente concebible que el estado de conmoción pueda provenir de un hecho anterior del que el delincuente se podría aprovechar; de la sola presencia del agresor, y con mayor razón si son varios; de su apariencia física o de los antecedentes suyos que fueron conocidos por la víctima; de comportamientos vejatorios de que esta fue objeto anteriormente de parte del mismo agresor y hasta de las propias circunstancias de tiempo y lugar.

Esta teoría tiene apoyo en parte de la doctrina española, que no parece mayoritaria, ni que tampoco corresponde al camino de la jurisprudencia seguida en ese país.

Privación de Sentido o Incapacidad de Resistir

Respecto a la privación de sentido; sin haber fuerza ni intimidación, en esta hipótesis la víctima no ha prestado su consentimiento, debido a que se encuentra imposibilitada para hacerlo, en este caso resulta con mayor claridad evidente que la libertad sexual no es el único bien jurídico tutelado, debido a que en este presupuesto en particular es la seguridad individual y la salud los bienes preponderantes.

En este caso el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, la cual reúne los señalados anteriormente, que se concreta debido al especial estado en que se encuentra la víctima, que presupone la falta de consentimiento en el acceso carnal.

Lo que importa es que el sujeto activo conozca el especial estado de la víctima y se aproveche de el para obtener el consentimiento a la relación sexual.

el aprovechamiento del estado de la víctima será siempre necesario, si se toma en cuenta la posibilidad de un juego sexual donde el consentimiento en el acceso carnal este preestablecido, siendo la inconsciencia, al menos inicial, de uno de los intervinientes une elemento del acto en que interviene.

Por Ejemplo; Este sería la situación en que se encuentran los cónyuges que para conseguir mayor grado de excitación simulan que uno de ellos, en este caso la mujer, se encuentra privada de razón o dormida.

La privación de sentido consiste en un estado transitorio de pérdida de conciencia en que la víctima se encuentra imposibilitada para recibir las impresiones provenientes del mundo externo.

Son ejemplos el estar dormido, somnoliento, ebrio, intoxicado, etc., siendo estos estados causados por la propia víctima o inducidos por el propio violador; en todo caso, si la propia víctima causa este estado con el motivo de mantener una relación sexual, a la que no accedería de otra manera, el hecho no es punible ya que estaríamos en presencia de una actio liberae in causa.

Respecto a la incapacidad de resistir; ésta ha de ser una incapacidad de resistencia física.

En cambio, si la incapacidad de resistencia deriva de otras causas sociales o mentales, estaríamos frente a un delito de estupro del art. 363 N° 2 o N° 3. es

necesario un abuso de la misma, el que se dará siempre que no exista consentimiento de la víctima en el acto sexual, aunque la penetración no resulte obstaculizada físicamente.

Abuso de la Enajenación o Trastorno Mental de la Víctima

Debe ser este abuso, destinado a obtener el consentimiento de la víctima.

Lo contrario significaría que las personas con discapacidad mental nunca podrían tener relaciones sexuales consentidas, afirmación que es reñida incluso con los derechos constitucionales de quienes se encuentran privados de razón.

Si el ofendido padece de una enfermedad mental, habrá violación solo si el sujeto activo actúa sobre la base de esta circunstancia, aprovechándose de ella.

Luego, el estado mental de la víctima debe ser conocido por el autor y aprovechado para obtener su consentimiento en el acceso carnal.

La enajenación o trastorno mental de esta circunstancia ha de consistir en un estado más o menos sensible y permanente o transitorio, que vaya más allá de la simple anomalía o perturbación mental del art. 363 N° 1, y que sea de tal importancia que impida a la víctima entender el significado del acto sexual como actividad corporal y reproductiva.

Así, el elemento esencial de este punto, es el aprovechamiento de la enajenación mental.

No toda enajenación mental servirá para sustentar la existencia de un delito de violación en la medida que la persona enajenada tenga la capacidad de consentir con sentido en el acto sexual, o si no ha existido abuso en la incapacidad respectiva por parte de un sujeto que se encuentra en las mismas condiciones de la víctima.

- Antijuridicidad

Se reduce a la posibilidad de la concurrencia de una causal de justificación, a lo que se debe responder negativamente, ya que ninguna de las previstas en el art. 10 del Código Penal podría darse en la práctica, por la propia naturaleza del hecho punible, y porque, además, el consentimiento del ofendido opera como una causal de atipicidad sobre la conducta del sujeto activo, por tratarse de un elemento constitutivo del tipo, y no de una causal de justificación.

- Culpabilidad

La violación propia requiere por lo general dolo directo, en cuanto al acto sexual o al prevalimiento de las circunstancias involucradas, aunque sobre el conocimiento de las circunstancias fácticas del art. 361 se puede admitir dolo eventual.

Por Ejemplo; Es concebible el caso en que el sujeto activo quiera tener relaciones sexuales con su cónyuge, pero ante la negativa de éste decida usar la fuerza para accederla carnalmente, pensando que su oposición no es tal, sino un juego. En el caso de representarse la posibilidad que esta oposición sea verdadera y actuar de todas forMÁS con indiferencia de lo anterior.

- Iter Criminis

Por ser un delito de “Mera Actividad”, no se permite la frustración, ya que si el autor realiza todo de su parte para la consumación del hecho, este ya se perfecciona. En este punto remitirse a lo expuesto en cuanto a la clasificación de los delitos como de resultado o del mera actividad.

Violación Impropia

El art. 362 del Código Penal castiga con pena agravada el acceso carnal a una persona “menor de catorce años”.

El primer problema se presenta en la forma de contar la edad de catorce años, ya que se puede interpretar como mayor de 14 años (desde los 15 años), o como menor de 14 años (desde los 13 años con 364 días). En conclusión se entiende mayor de 14 años a la persona que ha cumplido dicha edad, es decir con 14 años y un día ya es mayor de 14 años.

En esta hipótesis no se considera ni la falta de voluntad ni el prevalimiento de la edad de la persona ofendida.

Para que se configure la violación basta que objetivamente la circunstancia de la edad de la víctima, y que esta circunstancia sea conocida del autor a nivel de culpabilidad.

Es decir, toda relación sexual con una persona menor de 14 años es violación.

El bien jurídico que se protege es la indemnidad sexual, estimándose que, tratándose de impúberes, se debe tutelar su libre desarrollo sexual en relación a los mayores, dadas las injerencias que pueden sufrir por parte de estos, en cuanto a la valoración de la significación de sus actos.

Una persona menor de catorce años se cree que no es capaz de tener actividad sexual, no teniendo ni la capacidad física para consentir ni procrear, ni la mental para comprender la significación corporal y reproductiva del acto.

Pero cuando el menor de catorce años es púber biológicamente y conoce el sentido de sus actos en relación a la actividad sexual, lo que la ley protege con una categórica separación de edades es MÁS bien la honestidad, pues resulta MÁS reprochable, desde el punto de vista social tener relaciones con personas de tan corta edad.

Si alguien mantiene relaciones sexuales con un menor de 14 años que aparenta físicamente una edad mayor, se excluye el dolo para este delito, aunque pudiera darse eventualmente alguna de las otras circunstancias del art. 361, caso en el cual responde de todas maneras por el delito de violación propia. Pero si el agente cree acceder a un menor que en verdad es mayor y no concurre ninguna circunstancia de los art. 361 o 363, no se comete delito alguno.

En este delito no corresponde analizar la Antijuridicidad, puesto que con certeza se debe descartar la concurrencia de una causal de justificación durante su comisión, por su propia naturaleza y porque además el consentimiento de la víctima es irrelevante.

Figura Agravada

Tiene lugar cuando con la violación, además se comete el delito de homicidio de la víctima..

A este respecto, cabe señalar que es la pena de mayor gravedad del Código Penal y que además tiene la particularidad de ser la única pena compuesta por dos indivisibles, lo que tienen capital importancia para la determinación de la pena.

Estupro

- La Conducta

A este respecto se hace expresa referencia a lo señalado para la violación, ya que el Código Penal utiliza las mismas expresiones del artículo 361.

- Tipicidad

La única diferencia con la violación se encuentra dada porque el sujeto pasivo ha de ser una persona menor de 18 años y mayor de 14 años, cumplidos.

La limitación de la edad de la víctima, no se encuentra justificada de manera alguna, de hecho como se verá, las circunstancias corresponden a casos de engaño o abuso que pueden perfectamente concurrir en personas mayores de edad.

- Circunstancias

Bajo el estupro pueden producirse tres clases de circunstancias, siendo éstas las siguientes:

1. Abuso de Anomalía o Perturbación Mental, que No Constituye Enajenación

Se trata de casos en que la enajenación mental no llega a ser total, pero si afecta la capacidad para comprender la significación del acto sexual, tanto a nivel corporal como reproductivo.

Al igual que en el caso de la enajenación mental del 361 N° 3, en esta forma de estupro no basta el mero trastorno o anomalía para configurarlo, si este no va acompañado de un abuso sobre el mismo, es decir, solo se castiga a quien accede carnalmente a otros, aprovechándose para ello de su discapacidad mental.

Aquí se aprecia claramente que la edad de la VÍCTIMA no debiera jugar rol alguno, salvo por disposición legal.

2. Abuso de Relación de Dependencia y “Desamparo”

Lo que constituye el abuso es el aprovechamiento de una situación de dependencia que supone una amenaza latente para la víctima sobre su seguridad

personal o económica, que no es la amenaza grave propia de la intimidación del art. 361.

Este es el típico caso de abuso de una relación de dependencia laboral conocido como “acoso sexual”. Al limitarse el estupro a menores de edad, se produce un efecto imprevisto respecto de las forMÁS graves de acoso sexual sobre mayores de edad, que en caso alguno podrán considerarse como “violación por intimidación” del 361 N° 1.

Además, en la figura del estupro del 363 N° 3, se incorpora la figura del abuso de “desamparo”, cuya única diferencia con la del N° 2 sería la de recoger la idea de la transitoriedad de la dependencia, que origina el desamparo de la víctima frente a quien puede ampararla; caso en el cual es evidente que alguna relación debe existir entre quien accede carnalmente y su víctima, que explique la posibilidad del autor de “abusar” de ella, con la amenaza latente de mantenerla en el “desamparo” o de no prestarla la ayuda requerida.

Nuevamente se hacen presentes las observaciones respecto de la edad.

3. Engaño

Esta figura gira en torno al concepto de autodeterminación sexual, sancionando el engaño acerca de la significación sexual de la conducta, cuando la víctima no tiene la madurez suficiente para apreciarla, siendo susceptible de ser engañada por su ignorancia o inexperiencia.

- Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad formal y material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

Culpabilidad

Se puede aceptar en este caso, como en la violación impropia, la eficacia excusante del error de prohibición, al ser invencible o insuperable, en cuyo caso excluirá el dolo y por ende el castigo, de lo contrario solo correspondería aplicar la atenuante de la responsabilidad penal prevista en el art. 11 N° 1 del Código Penal.

Disposición Común a la Violación Impropia y al Estupro

Se puede considerar en estos casos el error en la apreciación de la edad de la víctima, ya que, esta circunstancia puede ser desconocida por el autor, representándose que el sujeto pasivo es mayor de edad, en tal caso se le aplicará el tratamiento general del error de tipo.

Cabe señalar que en cuanto a la circunstancia de la edad, el autor puede responder hasta a título de dolo eventual.

Abusos Sexuales

- La Conducta

Se encuentra en el art. 366 ter como “cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima que haya afectado sus genitales, el ano o la boca de la víctima, aunque no haya contacto corporal con ella” que no sea constitutivo de violación o estupro.

- Tipicidad

La significación sexual está dada por el ánimo libidinoso, de otro modo los tocamientos propios de los juegos deportivos, los exámenes médicos y caricias o correctivos de los padres respecto de los hijos, e incluso las aglomeraciones de la vida moderna, deberían considerarse como conductas típicas.

Para comprobar el ánimo se debe recurrir a la forma en que ocurrieron los hechos.

Respecto de los sujetos, en los abusos sexuales propios el sujeto pasivo es una persona mayor de catorce años, y en los impropios menor de esa edad.

- Abusos Sexuales Propios

Debe concurrir la conducta señalada en el art. 366, siendo para la ley indiferente la concurrencia de las circunstancias, o de violación o de estupro aplicándole a ambas situaciones la misma pena.

Con esta equiparación se le resta importancia al medio de comisión y a la mayor lesividad que representa en uno u otro caso para la víctima., sin embargo esta no es una tendencia de la ley respectiva ni de la regulación del abuso sexual,

toda vez que se otorga autonomía a los actos de connotación sexual consistentes en la introducción de objetos o en la utilización de animales en ello (art. 365 bis).

- Abusos Sexuales Impropios

Requieren la misma conducta típica, pero con la diferencia que la pena se ve agravada por tratarse de un sujeto pasivo menor de catorce años.

La pena agravada se aumenta aún más en caso de concurrir las circunstancias de la violación o estupro.

- Abusos Sexuales Agravados

En este caso se otorga una especial agravación a todos los casos de abusos sexuales, distinguiendo si se tratan de abusos sexuales propios o impropios, y si en estos concurren además las circunstancias del art. 361 o 363.

Esta agravación se produce cuando los abusos sexuales consisten en la "introducción de objetos de cualquier índole por vía anal, bucal o vaginal o en la utilización de animales en ello".

En este caso, obviamente, se excluyen conductas como la obtención de un beso a la fuerza.

En cuanto a la utilización de animales, solo es comprensible la agravación de la pena en cuanto se intente la introducción del pene del mismo en las víctimas, quedando subsumidos los restantes usos que se le dé a los animales o a sus partes, en las figuras de abusos sexuales propios o impropios.

- Antijuridicidad

No resultan aplicables las causales de justificación establecidas en la ley, por ser contrarias a la naturaleza de la conducta típica sancionada.

Corrupción De Menores

En este delito, el objeto de protección principal es la indemnidad sexual, y también la honestidad. En estos ilícitos tenemos los siguientes:

Exposición del Menor a Actos de Significación Sexual

- La Conducta

Es realizar acciones de significación sexual distintas a las constitutivas de violación o abuso sexual, ante un menor de edad, determinarlo a efectuar dichas acciones delante del sujeto activo o de otro, hacerlo ver o escuchar material pornográfico, o presenciar espectáculos del mismo carácter.

En cuanto a la descripción de la conducta, sólo queda latente la duda en cuanto a qué tipo de material gráfico debe considerarse como pornográfico, teniendo en cuenta la proliferación que en los medios de comunicación masiva (televisión o Internet) se hace de material de dudosas características.

- Tipicidad

Los sujetos pueden ser un hombre o una mujer, ya que el legislador señala “el que”, mientras que el sujeto pasivo puede ser un hombre o mujer, pero menor de edad.

- Antijuridicidad

No resultan aplicables las causales de justificación establecidas en la ley, por ser contrarias a la naturaleza de la conducta típica sancionada.

En cuanto a la material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

Breve Análisis de Figuras Especiales de Corrupción de Menores

Cabe señalar que lo que cambia en relación a la Primera analizada es únicamente la conducta sancionada es por ello que se hará referencia únicamente a este punto.

Favorecimiento a la Prostitución

Está regulado en el artículo 367 del Código Penal y tiene por objeto de sanción la conducta consistente en auxiliar la prostitución de un menor de edad para ser contratado por otro.

Cabe hacer notar que el menor debe ser mayor de 14 años, pues de lo contrario sería coautor de violación impropia.

Antiguamente la Habitualidad en esta especie de conductas era un elemento esencial del tipo, así, quien participaba una vez en dichos actos no cometía este delito, en la actualidad la repetición de la conducta es una circunstancia agravante.

- Favorecimiento a la Prostitución Impropio

Está regulado en el artículo 367 TER del Código Penal y tiene por objeto de sanción la conducta consistente en contratar los servicios sexuales del menor.

Cabe hacer notar que el menor debe ser mayor de 14 años, pues de lo contrario sería autor de violación impropia

Producción y Comercialización de Material Pornográfico Infantil

Está regulado en el artículo 374 BIS del Código Penal y tiene por objeto de sanción la conducta consistente en la realización, adquisición y almacenamiento de material pornográfico infantil, configurándose como un tipo alternativo, es decir que cualquiera de la Hipótesis es sancionable.

En el material deben participar menores de edad y no es típico el almacenamiento de material pornográfico donde adultos se disfrazan de niños en su realización.

La violencia intrafamiliar

La familia es el lugar en el que aprendemos a conocernos, a relacionarnos, a comunicarnos y a resolver nuestros problemas. También aprendemos cómo ser hombres y mujeres. Por esta razón, la familia juega un papel muy importante en la formación de los niños y las niñas.

La familia debe ser un lugar en el que exista afecto, buena comunicación, comprensión, respeto y formas adecuadas de resolver nuestros conflictos. De esta manera nos sentiremos a gusto y protegidos en ella y enseñaremos a nuestros hijos e hijas a relacionarse con respeto.

Por distintas razones, a veces nuestro hogar se transforma en un lugar en el que hay violencia y malos tratos, donde tenemos temor y nos sentimos intranquilos e inseguros/as. Nos relacionamos a gritos, garabatos, golpes e insultos. Esto no es normal y cuando esto sucede es probable que estemos viviendo violencia intrafamiliar.

Es importante saber que la violencia intrafamiliar afecta a muchas familias en nuestro país y en el mundo entero, no importando a qué clase social pertenezcan, que religión tengan o la edad de sus integrantes. Para poner fin a los malos tratos y los abusos en la familia, es necesario pedir ayuda.

La violencia intrafamiliar ocurre cuando hay maltrato entre los miembros de una familia. El maltrato puede ser de tipo físico, psicológico, sexual o económico.

En la familia podemos encontrar tres tipos de violencia:

• El maltrato infantil se produce cuando la violencia afecta a niños, niñas y adolescentes menores de 18 años y es ejercida por los padres o cuidadores.

• Se llama violencia de pareja o violencia doméstica cuando afecta a algún miembro de la pareja, sin embargo, esta forma de violencia se da principalmente de los hombres hacia las mujeres.

• Existe violencia contra los adultos mayores cuando el maltrato afecta a los abuelos o abuelas de una familia, es decir, las personas de la tercera edad.

La Ley de violencia intrafamiliar establece que “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica (psicológica) entre personas que mantienen una relación de familia o parentesco”. Esta Ley es un recurso al que puede recurrir cualquier persona, adulto o niño, que vive violencia en su familia, para que la justicia la proteja y le ayude a resolver esta situación.

La violencia intrafamiliar presenta dos procedimientos;

a.- Aquellos que pueden resolverse en los Tribunales de Familia, y

b.- Aquellos que se resuelven en los juzgados de Garantía o Tribunales del Juicio oral en lo penal por tratarse de delitos.

IPLACEX
TECNOLÓGICO NACIONAL