



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO



## OBSTÁCULOS EXTRALEGALES PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1 INCISO CUARTO DE LA LEY N° 14.908

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS POR LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

NOMBRE: THIARE PAVEZ DONOSO

PROFESOR GUÍA: FRANCESCO CARRETTA MUÑOZ

VALPARAÍSO, NOVIEMBRE- 2017

## ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN:.....	4
CAPÍTULO I: DERECHO DE ALIMENTOS.....	5
1.1 CONCEPTO .....	6
1.2 REGULACIÓN .....	9
1.3 DERECHO DE ALIMENTOS DEL QUE ESTÁ POR NACER.....	10
1.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE ALIMENTOS DEL HIJO QUE ESTÁ POR NACER....	14
1.5 CAPACIDAD PROCESAL DE LA MADRE PARA DEMANDAR ALIMENTOS .....	17
1.6 LEGITIMARIO PASIVO .....	18
CAPÍTULO II: OBSTÁCULOS PRÁCTICOS EN LAS UNIDADES DE ATENCIÓN AL PÚBLICO, CORPORACIONES DE ASISTENCIA JUDICIAL Y CENTROS DE MEDIACIÓN PARA LA SOLICITUD DE ALIMENTOS PARA EL QUE ESTÁ POR NACER.....	21
2.1 MEDIACIÓN.....	21
2.2 OBSTÁCULOS PRÁCTICOS PARA LA SOLICITUD DE ALIMENTOS DEL QUE ESTÁ POR NACER....	23
2.3 VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....	28
CAPÍTULO III: DERECHO DE ALIMENTOS DEL QUE ESTÁ POR NACER A LA LUZ DE LOS CRITERIOS ADOPTADOS POR LOS JUECES DE FAMILIA .....	32
3.1 PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS.....	32
3.2 OBSTÁCULOS EXTRALEGALES EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE SOLICITUD DE ALIMENTOS .....	33
3.2.1 DEMANDA DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE ESTÁ POR NACER EFECTUADA POR LA CÓNYUGE DEL DEMANDADO .....	35
3.2.2 DEMANDA DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE ESTÁ POR NACER EFECTUADA POR LA CONVIVIENTE CIVIL DEL DEMANDADO.....	36
3.2.3 DEMANDA DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE ESTÁ POR NACER PROVENIENTE DE UNA RELACIÓN NO MATRIMONIAL Y SIN CELEBRACIÓN DE ACUERDO DE UNIÓN CIVIL .....	37
3.3 VÍA DE SOLUCIÓN A LOS OBSTÁCULOS EXTRALEGALES.....	41
3.3.1 MEDIDAS CAUTELARES .....	41
3.3.2 POTESTAD CAUTELAR EN LA LEY 19.968 .....	43
3.3.3 MEDIDA PREJUDICIAL CAUTELAR INNOVATIVA .....	43
CONCLUSIONES: .....	49
BIBLIOGRAFÍA: .....	51

TABLA DE ABREVIATURAS:

AUC	Acuerdo de Unión Civil
CC	Código Civil
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPR	Constitución Política de la República
CAJ	Corporación de Asistencia Judicial
CDN	Convención sobre Derechos del Niño
LMC	Ley de Matrimonio Civil
LTF	Ley que Crea los Tribunales de Familia
RAJ	Revista de Actualidad Jurídica
REC	Revista de Estudios Constitucionales
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RCHDCP	Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política
RCHDPUC Católica	Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica
RCHDP	Revista Chilena de Derecho Privado
RDF	Revista de Derechos Fundamentales
RDP	Revista de Derecho Público
RDPUCH	Revista de Derecho Procesal Universidad de Chile
RDPUCV Valparaíso	Revista de Derecho Pont. Universidad Católica Valparaíso
RAE	Real Academia Española
RDV	Revista de Derecho (Valdivia)
RIEP	Revista Ius et Praxis

## INTRODUCCIÓN:

El Derecho Civil chileno es una de las ramas del ordenamiento jurídico nacional que ha sufrido menos modificaciones en los últimos años, siendo la excepción a esta situación el Derecho de Familia, el cual ha debido ser modificado para adaptar sus normas a las nuevas realidades imperantes en nuestra sociedad y a la consagración de principios como el interés superior del niño y la igualdad de todos los hijos.

El ideal de familia existente al momento de la dictación de nuestro Código Civil se basaba en los ideales de la sociedad de la época, profundamente religiosa y rural, en donde el pilar de esta construcción social descansaba en el contrato de matrimonio. La transformación y modernización del Derecho de Familia chileno comienza en 1989 con la dictación de la Ley 18802<sup>1</sup>.

Entre las leyes que se han dictado en los últimos años y que han modificado las estructuras clásicas del Derecho de Familia se encuentran: La Ley de Filiación N° 19585 dictada el año 1998; La Ley de Matrimonio Civil N° 19947 del año 2004; La Ley sobre Tribunales de Familia N° 19968 del año 2004; La Ley de Acuerdo de Unión Civil N° 20830 del año 2015; y la Ley 20152 del año 2007, que introdujo una serie de modificaciones a la Ley N° 14908, entre las que destaca el establecimiento de la posibilidad de solicitar alimentos no solo por el hijo ya nacido, sino que también a favor del nasciturus.

El establecimiento de una norma que permite solicitar alimentos a favor del nasciturus es un hecho inédito en nuestro ordenamiento jurídico. Este precepto es una concreción del artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República que protege la vida del que está por nacer. Sin embargo, la aplicación práctica de estos preceptos se ha visto obstaculizada por los operadores del sistema, quienes han puesto trabas en la primera etapa del procedimiento de solicitud de alimentos, que corresponde a la mediación y también posteriormente en la etapa de juicio, lo que vulnera una serie de derechos fundamentales.

El problema antes descrito, permite sustentar la hipótesis en la que se basa este trabajo, la cual consiste en establecer que en nuestro país existen obstáculos extralegales generados por los operadores del sistema que se traducen en la vulneración de la tutela judicial efectiva del nasciturus al cual se le reconoce legalmente un derecho de alimentos, y que en virtud de estas trabas resulta ser ilusorio en la práctica.

---

<sup>1</sup> ARANCIBIA OBRADOR, María José; CORNEJO AGUILERA, Pablo. *El Derecho de familia en Chile: Evolución y nuevos desafíos. Ius et Praxis* [En línea]. 2014, vol.20, N° 1 [Fecha de consulta: 2017-10-03], pp.279-318. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122014000100011&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000100011&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100011>.

Es por esto, que el objetivo general de este trabajo es analizar la existencia de obstáculos extralegales establecidos por los operadores jurídicos y la posible vulneración a la tutela judicial efectiva derivada de esta. Los objetivos específicos consisten en primer lugar, realizar un análisis exhaustivo de derecho de alimentos reconocido a favor del que está por nacer. En segundo término, determinar la exigencia de requisitos no contemplados en nuestra legislación por los operadores del sistema para derivar o realizar el proceso de mediación y en la etapa judicial. Finalmente este trabajo buscará determinar cuáles son las posibles soluciones a los problemas antes mencionados.

La metodología que se utilizará es de carácter jurídica mixta, que es *aquella que reúne las características de una investigación teórica y de una investigación empírica (...)* Es aquella investigación que se basa tanto en las fuentes formales e históricas como en las fuentes reales del derecho, y emplea los métodos de interpretación de la ley, las técnicas documentales y las técnicas de campo<sup>2</sup>. En concreto se investigara la forma en que los operadores jurídicos interpretan la ley, a través de entrevistas semiestructuradas que serán posteriormente contrastadas con lo que señala el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia. Las entrevistas son utilizadas en las *investigaciones jurídicas como complemento para capturar información de personajes claves sobre un tema*<sup>3</sup>.

El fundamento de esta investigación y de utilizar fuentes reales como las entrevistas, descansa en una concepción del derecho como un hecho, en donde las normas vigentes son aquellas aplicadas por los tribunales (o por los operadores jurídicos en este caso) por considerarlas como obligatorias<sup>4</sup>. Esta es la base de realizar un estudio cualitativo que develará una posible tendencia dentro de los tribunales de familia al momento de interpretar la Ley N° 14.908. Se debe advertir que las entrevistas fueron realizadas a once jueces de las regiones Metropolitana, Valparaíso y O'Higgins y que hubiese sido más conveniente para este estudio contar con un universo mayor de jueces entrevistados, pero cabe recalcar que este es un estudio cualitativo donde no interesa mayormente el número sino el razonamiento y criterios que han adoptado o adoptarían los operadores del sistema al resolver estos conflictos. Este mismo criterio se utilizó respecto a los lugares encargados de derivar a mediación y los mismos centros de mediación.

---

<sup>2</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. *La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI* [En línea] 2015 [Fecha de consulta: 01 de Octubre de 2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/24.pdf>.

<sup>3</sup> VILLABELLA ARMENGOL, Carlos. *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones.* [En línea] 2015 [Fecha de consulta: 01 de Octubre de 2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>.

<sup>4</sup> ESCANDON ALOMAR, Jesús. *La Concepción de la Ciencia del Derecho y el concepto de Derecho vigente en el pensamiento jurídico de Alf Ross.* Rev. derecho (Valdivia). [En línea]. 2001, Vol. 12, N° .2 [Fecha de consulta: 03 Octubre 2017], p.169-174. Disponible en: World Wide Web: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809502001000200011&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502001000200011&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0950.

## CAPÍTULO I: DERECHO DE ALIMENTOS

### 1.1 CONCEPTO

La palabra alimentos proviene del latín “*alimentum*” originados a su vez del vocablo “*alere*” que significa alimentar, nutrir, criar, mantener, sostener. La expresión alimentos, no era empleada por los romanos, y era rara hasta fines del Siglo XVI<sup>5</sup>. Esto podría ser el fundamento de la ausencia de una definición legal de derecho de alimentos en nuestro ordenamiento jurídico.

La aproximación más cercana que tenemos de esto es lo contemplado en nuestro CC en el artículo 323 que establece que “*los alimentos deben habilitar al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social*”. Posteriormente señala que la obligación de prestar alimentos comprende “*la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio*”. En base a este artículo la doctrina elabora diversas definiciones, no obstante, existe consenso tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, que en la actualidad los alimentos no solo comprenden estos aspectos.

Por una parte, René Ramos señala que el derecho de alimentos es:

*“Aquel que la ley otorga a una persona para demandar a otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio<sup>6</sup>”.*

Por otra parte, Carlos Obal establece que estos son:

*“Todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra –por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción<sup>7</sup>”.*

Siguiendo con esta conceptualización, la RAE los define en la acepción sexta como:

*“Prestación debida entre parientes próximos cuando quien la reciba no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades”.*

---

<sup>5</sup> ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *Los alimentos en el derecho chileno* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2009), p.15.

<sup>6</sup> RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*<sup>6</sup> (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007) II, p.543.

<sup>7</sup> QUINTANA VILLAR, María Soledad, *Derecho de Familia*<sup>2</sup> (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015), p.461.

Finalmente, la Corte Suprema, en fallo del presente año, entiende por derecho de alimentos:

*“Las prestaciones necesarias para el mantenimiento y subsistencia de su titular, lo que incluye su alimentación, habitación y también educación. Se trata pues no solo de una carga de carácter legal y personalísima, sino una que además requiere, para justificar su procedencia, se acredite el estado de necesidad del alimentario y la disponibilidad de recursos del alimentante<sup>8</sup>”.*

De lo dicho precedentemente podemos esgrimir que para los autores los alimentos constituyen todo lo indispensable para lo que denominan “subsistencia” de las personas y tiene como finalidad cubrir las necesidades básicas del alimentario. Es por ello, que a la hora de definirlos incluyen algunos de los ítems que formarían parte de esta prestación alimenticia. Además, la Corte adiciona los requisitos para que prospere la demanda en un juicio relativo a los alimentos forzosos o legales.

La interrogante que surge a raíz de esto es que debe entenderse por subsistencia, la RAE lo define en su acepción primera como *“acción de vivir o seguir viviendo”* y en su acepción tercera como *“conjunto de medios necesarios para el sustento de la vida humana”*. Lo que se relaciona directamente con el derecho a la vida que es el derecho a mantenerla y desarrollarla en sus aspectos corporal, físico y espiritual o psíquico, cuya regulación se encuentra en el artículo 19 N°1 de la CPR.

El derecho a la vida se encuentra dentro de los derechos de la personalidad, tomando las palabras de Vodanovic, se puede decir que la personalidad es el sustrato de todos los derechos. Algunos de estos se hallan tan ligados a la esencia de aquella que merecen el calificativo de primordiales o de derechos de la personalidad. Porque si no se reconocen, la persona deja de ser tal o sufre un considerable menoscabo. De esto surge el deber jurídico de proporcionar alimentos a la persona que por sí sola no puede obtenerlos totalmente o en medida satisfactoria. En principio tal obligación pesa tanto sobre el Estado como sobre los particulares que guardan cierta calificada relación con el necesitado<sup>9</sup>.

El fundamento del establecimiento de este derecho no posee una respuesta única en la doctrina. Hay autores que señalan que provendría de *un hecho, el cual es la filiación*

---

<sup>8</sup> Corte Suprema, Rol N° 35.152 de fecha 10/01/2017, Recurso de Casación, sala Cuarta.

<sup>9</sup> VODANOVICH AKLICKA, Antonio, *Derecho de alimentos*<sup>4</sup> (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004), p. 3-4.

biológica<sup>10</sup>, para otros en cambio la fuente de esta obligación descansaría en la solidaridad<sup>11</sup>.

Respecto al contenido del derecho de alimentos, la jurisprudencia ha señalado: "[N]o solo comprende lo imperioso para existir, es decir, la comida, el vestuario y un lugar donde vivir, sino que debe abarcar lo preciso para que la persona que los solicita pueda desarrollarse espiritual y materialmente, lo que implica que debe cubrir la vivienda, educación y salud, también actividades recreativas y de esparcimiento"<sup>12</sup>.

Desde nuestro punto de vista, los conceptos doctrinales y jurisprudenciales se centran en los titulares del artículo 321 del CC<sup>13</sup> o aquellos que por expresa disposición legal se les ha otorgado un título para demandarlos<sup>14</sup>, pero siempre considerándolos como ya nacidos. De esta manera no se estaría abordando a la criatura que está por nacer, que tiene requerimientos propios que provienen del proceso de gestación que le permiten subsistir en el vientre materno y culminar a su vez con el nacimiento.

Es necesario señalar que la madre producto del embarazo tiene necesidades y requerimiento especiales que deben ser cubiertos por los alimentos y que difieren de las necesidades que tienen otros alimentarios, es por este motivo que una definición o caracterización cabal del derecho de alimentos debiese incluir alguno de los ítems de gastos que implicaría el embarazo: Primero, pueden existir gastos derivados de consultas médicas, vitaminas, estudios de laboratorio, imagenología, gastos derivados del parto o cesáreos. Segundo, pueden existir gastos provenientes de prestaciones efectuadas por un médico quirúrgico tratante, realizadas durante la hospitalización, producto de complicaciones o enfermedades diagnosticadas durante el embarazo, tales como diabetes gestacional, infección de orina, preeclampsia, incompatibilidad de rh, gingivitis, trompocitopenia, y parto prematuro o bien por la existencia de enfermedades o malformaciones del feto tales como hernia diafragmática congénita, tumoración pulmonar, tumoración cervical, teratoma

---

<sup>10</sup> SCHMIDT, Claudia, *Del Derecho Alimentario Familiar en la Filiación*. (Santiago, Editorial Puntotext S.A., 2008), pp. 45-47.

<sup>11</sup> LEAL SALINAS, Leonel. *Cumplimiento e incumplimiento de la obligación de alimentos. Expectativas de reforma*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Universidad de Chile, 2015), p. 24.

<sup>12</sup> Corte Suprema, sentencia Rol N° 22372-2014, de fecha: 23 de abril de 2015.

<sup>13</sup> Art.321. Se deben alimentos

1° Al cónyuge;

2° A los descendientes;

2° A los ascendientes;

4° A los hermanos;

5° Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

<sup>14</sup> Los Art. 370; 410; 411 del Código Penal otorgan expresamente la obligación del ofensor de dar alimentos a las víctimas y parientes de determinados delitos.

sacrocoxígeo, alteraciones en gestación de gemelos, mielomeningocole, espina bífida<sup>15</sup>. De esta manera debería plantearse una conceptualización que permita incluir tanto a los ya nacidos como a los concebidos no nacidos.

## 1.2 REGULACIÓN

Las normas que regulan el derecho de alimentos son dispersas y se encuentran en diversos textos normativos. El cuerpo normativo más importante en esta materia es el CC que en el Título XVIII del libro primero que regula los alimentos que se deben a ciertas personas en los artículos 321 y siguientes, siendo estos el centro de la regulación legal de los alimentos. También existen otras normas en el CC que aluden al derecho de alimentos, como señala Peña, Etcheberry y Montero, a saber: artículos 131 y 134 (derecho de alimentos entre los cónyuges y contribución del marido y la mujer a los gastos de la familia común); artículos 174 a 177 (relación entre separación judicial y derecho de alimentos); artículos 203 y 324 (consecuencias para el derecho de alimentos del progenitor cuya paternidad o maternidad fue determinada judicialmente y con oposición del demandado, que además abandonó al hijo en su infancia); artículo 209 (nexo entre la reclamación judicial de la filiación y la obligación del juez de decretar alimentos provisorios); artículo 231 (hijo con bienes propios); artículo 232 (la obligación de pagar alimentos y los abuelos); artículo 240 (los alimentos de un hijo abandonado por sus padres); artículo 241 (suministro de los alimentos al hijo menor de edad en caso de encontrarse en urgente necesidad y sin posibilidad de ser asistido por sus padres); artículos 230 y 1740 (la obligación de pagar alimentos y la sociedad conyugal); artículos 431 a 434 (relación entre la tutela y el derecho de alimentos); artículo 959 (la obligación alimenticia es una baja general de la herencia); artículo 968 número 3 (vínculo entre la indignidad para suceder y la obligación alimenticia); artículo 1134 (el legado de alimentos voluntarios); artículos 1167 y 1168 (la obligación alimenticia es una asignación forzosa); artículo 1170 (posibilidad de rebajar alimentos futuros, que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo dejado en herencia por el difunto); y artículos 1208 número 2 y 1210 inciso 2° (causas y efectos del desheredamiento en relación con el derecho de alimentos)<sup>16</sup>.

Además del CC encontramos en leyes especiales referencias al derecho de alimentos. Estas leyes son: La Ley N° 14908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; La Ley N° 16618, Ley de Menores; La Ley N° 19947, de Matrimonio Civil; y la Ley N° 19968, sobre Tribunales de Familia.

---

<sup>15</sup>, Subsecretaría de Salud Pública, División Prevención y Control de Enfermedades, Guía Perinatal Departamento de ciclo vital, programa Nacional salud de la mujer 2015. Disponible en: [http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PERINATAL\\_2015\\_%20PARA%20PUBLICAR.pdf](http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PERINATAL_2015_%20PARA%20PUBLICAR.pdf).

<sup>16</sup> PEÑA GONZÁLEZ, Carlos; ETCHEBERRY COURT, Leonor; y MONTERO IGLESIS, Marcelo, *Nueva regulación del derecho de alimentos. Primera parte. Aspectos sustantivos*<sup>2</sup>, (Santiago de Chile, publicación del Servicio Nacional de la Mujer y la Universidad Diego Portales, 2003), pp. 22 y 23.

### 1.3 DERECHO DE ALIMENTOS DEL QUE ESTÁ POR NACER

Existe en nuestro ordenamiento jurídico una situación especial respecto del alimentario, en donde se permite que la madre solicite alimentos para el hijo que está por nacer, circunstancia que lamentablemente posee un escaso desarrollo doctrinal. Es así como la Ley Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias en su artículo 1 inciso 4 expresa:

*“La madre cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer. Si aquélla es menor, el juez deberá ejercer la facultad que le otorga el artículo 19 de la ley n° 19.968, en interés de la madre”.*

El legislador le entrega una herramienta importantísima a la madre, ya sea menor o mayor de edad, para solicitar alimentos para sus hijos ya nacidos y novedosamente para la criatura que está en el vientre materno, lo que es del todo lógico si tenemos en consideración su estado de indefensión y dependencia respecto de la madre.

Esta norma puede generar dudas que serán abordadas desde ya, para soslayar el debate posterior. La primera interrogante que surge es dilucidar si el titular de este derecho de alimentos es la madre o el nasciturus propiamente tal.

En primer lugar, nos encontramos con quienes señalan que el titular de este derecho es el nasciturus. Si se analiza la historia de la ley 20152 se puede observar que para una parte minoritaria de los parlamentarios, la disposición en comento, atiende a la necesidad de hacer realidad la protección de la vida desde el momento de la concepción<sup>17</sup>. En la misma línea establecen que entender que la criatura que está por nacer como un ser con derecho a pensión alimenticia que puede ser exigida por la madre, constituye un tremendo avance para el país<sup>18</sup>. Pues bien, según esta postura se estima que el titular de este derecho de alimentos es desde el momento de la concepción el nasciturus quien ejercerá su derecho por medio de la madre.

En segundo lugar, existe una postura según la cual la titularidad del derecho de alimentos recaería en la madre. Esta idea fue planteada por la mayoría de los legisladores, quienes señalan que el objetivo de la norma descansaba en permitir que las adolescentes embarazadas pudieran demandar alimentos sin requerir representación legal en el caso que fueran menores de edad, lo que queda establecido en la frase: *“la madre cualquiera sea su edad”*. Al efecto, el legislador busca que las madres puedan ejercer su derecho a demandar alimentos con entera libertad, sin necesidad de autorización de sus padres o tutores, que

---

<sup>17</sup> Historia de la ley 20152 que introduce diversas modificaciones a la ley 14908, segundo trámite constitucional del senado, discusión en sala, p133.

<sup>18</sup> Historia de la ley 20152 que introduce diversas modificaciones a la ley 14908, tercer trámite constitucional cámara de diputados, discusión en sala, p.163.

según demostraban los antecedentes, en ocasiones obstaculizaban las demandas para que el embarazo de la hija no fuera socialmente notorio<sup>19</sup>. Para esta segunda postura, la madre sería la alimentaria, pero el hecho que la habilitaría para pedir la pensión alimenticia sería su estado de embarazo.

El problema de adoptar la segunda postura es que no es armónica con el resto del ordenamiento jurídico que sí reconoce derechos al nasciturus. Además, al establecer el artículo 1 inciso 4 de la ley N° 14908 un supuesto mucho más amplio que el asignado por la segunda postura, permitiría que no solo la madre pueda solicitar los alimentos sino que también terceros, como por ejemplo los abuelos maternos.

Para dilucidar este tema, es necesario recurrir a las normas que hacen referencia al nasciturus para determinar si puede llegar a adquirir derechos y por tanto ser titular del derecho de alimentos.

A nivel legal encontramos en el CC normas que regulan el principio y fin de la existencia de las personas. Es así como el artículo 74 expresa *“la existencia legal de toda persona propicia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”*.

Por otro lado el artículo 77 en el mismo sentido establece que *“los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron”*.

A la luz de esta normativa pareciera ser que el nasciturus no podría ser titular de derecho alguno, debido a que no tendría existencia legal de acuerdo al momento establecido en el artículo 74 para este efecto, es decir, el nacimiento. Sin embargo, este no es un tema pacífico, pues la doctrina en nuestro país está dividida en dos extremos donde la discusión se centra en establecer si el nasciturus puede o no ser considerado persona y sujeto de derecho antes del nacimiento y por ende centro de imputación de efectos jurídicos.

Para Hernán Corral la lectura de estos artículos no tiene nada de extraño, ya que reflejaría la época en la que se redactó el CC, donde el concepto de persona era utilizado como una noción técnica desprovista del valor institucional que se le reconoce hoy en día y que fundamentalmente se centraba en el problema de la adquisición de derechos

---

<sup>19</sup> Historia de la ley 20152 que introduce diversas modificaciones a la ley 14908, segundo trámite constitucional del senado, segundo informe de comisión de constitución, p 98-99-133-155 en igual línea.

patrimoniales, tales como los bienes hereditarios<sup>20</sup>. En definitiva, este autor plantea una interpretación sistemática y actualizada del CC, hecho desde la perspectiva del concepto institucional de persona, que es recogido por la CPR y por la cultura jurídica nacional, que no puede sino admitir que el nasciturus es considerado humano, y por ende una persona con derecho a la vida lo que se vería reafirmado por el artículo 55 de nuestro CC<sup>21</sup>.

En una de sus obras, este profesor entiende que es persona el ser humano desde el momento de la concepción o fecundación, partiendo de esa base estima análogas las expresiones persona y ser humano. Verbigracia, alude a la protección de la vida y de la dignidad de la persona humana<sup>22</sup>. En la misma línea Ugarte establece que el sujeto biológico denominado hombre, comienza con la fecundación<sup>23</sup>. El Derecho a la vida es el derecho que tienen los hombres<sup>24</sup>. E incluso hay autores que establecen que el artículo 19 N°1 inciso primero de la CPR asegura el derecho a la vida que incluiría al no nacido y que el inciso segundo del mismo numeral asegura la vida del que está por nacer con un encargo especial para que el legislador a fin de que la ley proteja la vida de quien está en el claustro materno, para él, el constituyente en el inciso segundo está protegiendo el derecho a nacer<sup>25</sup>. Otro autor que sigue esta postura es Romero Seguel, quien señala: “*La tutela preventiva que reconoce el artículo 75 del CC, es consecuencia del que en nuestro ordenamiento jurídico el nasciturus es un auténtico sujeto de derecho, no un objeto de derecho*”<sup>26</sup>. A modo de conclusión al estar conceptualizado el término persona por la ley y no por la Constitución, estos autores deciden emplear un concepto que desatiende la definición legal y fundan un concepto pertinente de persona, que en la práctica se traduce en modificar la normativa del CC. Por lo tanto, ellos definen que son personas los seres humanos desde el instante de la concepción no desde el nacimiento y desde ese momento podrían ser considerados sujetos de derecho.

En una vereda totalmente opuesta, autores plantan categóricamente que para nuestro ordenamiento jurídico la expresión “persona” es el ser humano nacido. Afirman esto fundados en las disposiciones del CC mencionadas anteriormente y también en la Carta Magna. Estos argumentan a partir del artículo 1 de la CPR que establece que las personas “nacen” libres e iguales en dignidad y derechos. Dicha norma haría aplicable los valores de libertad e igualdad en dignidad y derechos a quienes nacen y puesto que el nasciturus no ha

---

<sup>20</sup> CORRAL TALCINI, Hernán, *El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida*, en RIEP, Vol. 11 N° 1 (2005), p.37- 53.

<sup>21</sup> Art 55. Son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera sea su edad sexo condición.

<sup>22</sup> CORRAL TALCINI Hernán, *Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial*, RCHD, Vol. 19 (1992), p. 447.

<sup>23</sup> UGARTE GODOY José Joaquín, *El derecho de vida y la constitución*, RCHD, Vol. 33, N° 3 (2006), p.521.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.514.

<sup>25</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, *La noción de persona en la constitución*, RDP, N° 57 (1991), p.140.

<sup>26</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil*. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006) I, p. 49.

nacido todavía, dicha norma no puede estarse refiriendo al mismo<sup>27</sup>. Desde el punto de vista constitucional a la conclusión de que el concepto de persona solo alude a los seres humanos nacidos llegan en virtud del artículo 19 N°1 de la Constitución. Es así como la Constitución en el inciso primero asegura a todas las personas el derecho a la vida, por su parte, el inciso segundo de la misma norma establece expresamente la ley protege la vida del que está por nacer. Pues para ellos, si el nasciturus efectivamente fuese persona y, consiguientemente, se reconociera constitucionalmente su titularidad del derecho subjetivo constitucional a la vida, que se establece respecto de los seres humanos nacidos en el primer inciso, el inciso segundo sería superfluo. Puesto que se trataría de supuestos distintos –en un caso la titularidad de las personas del derecho constitucional a la vida, en otro caso, la vida del nasciturus como objeto de protección legal. Establecer que él no nacido se encuentra contenido tanto en el primer como segundo inciso del artículo 19 N°1 implicaría asimismo, una suerte de protección mayor al nasciturus respecto de los seres humanos nacidos. De esta forma, en palabras de la profesora Mayer ese razonamiento carece de justificación y de sustento en base al ordenamiento jurídico chileno<sup>28</sup>.

Siguiendo la misma línea argumentativa, Figueroa establece que no hay razones constitucionales para sostener que el concepto de persona es equivalente a ser humano desde el momento de la concepción. Él es de la idea que los derechos constitucionales se confieren a las personas y en ausencia de definición constitucional de persona, ha de aplicarse la legal, según la cual la existencia legal de la persona principia al nacer<sup>29</sup>.

Como bien dijimos al inicio de este apartado, este tema no tiene una opinión uniforme. Empero independiente de la postura que se adopte en cuanto a si el concebido, pero no nacido puede o no ser considerado persona en nuestro ordenamiento jurídico, es un hecho que con esta normativa se optó por bridle protección. Por lo demás, el ordenamiento jurídico establece una serie de normas en distintos cuerpos legales que permiten fundamentar que el nasciturus perfectamente puede ser titular de esta prestación alimenticia.

Después de haber despejado la interrogante acerca del titular del derecho de alimentos en el caso del nasciturus, es necesario resolver una nueva interrogante que es consecuencia directa de la discusión antes mencionada: ¿Cómo se soluciona la antinomia normativa que se produce entre el CC y la Ley 14908?

Entre el artículo 77 inciso primero del CC y el 1 de la Ley de Abandono Familia y Pago de Pensiones Alimenticias existe lo que se denomina antinomia o colisión

---

<sup>27</sup> MAYER LUX Laura, *la vida del que está por nacer como objeto de protección legal*, RDF UVM, N° 5 (2011), p.64.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p.65.

<sup>29</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, *Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto*, RCHD, Vol. 20, N° 2 (2007), p.95.

normativa<sup>30</sup>. Debido a que el CC establece que los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, se encontraran en suspenso hasta el nacimiento de la criatura lo que constituye su principio de existencia. Solo en ese caso entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En palabras de Alessandri la reserva de los derechos en beneficio del ser humano simplemente concebido es una política legislativa que viene desde del Derecho Romano, que formuló el principio de que el que está por nacer se considera nacido para todo lo que le favorece (*infans conceptus pronato habetur quoties de commodis ejus agitur*<sup>31</sup>). Por otra parte el artículo 1 de la ley 14908 permite que el nasciturus entre en el goce de la pensión alimenticia antes de nacer porque puede ser improductivo percibirlos desde el nacimiento y la satisfacción de sus necesidades las requiere estando aún en el vientre materno.

Esta discrepancia entre normas de igual jerarquía, se puede solucionar mediante el criterio de especialidad, es decir, una norma especial, como es el caso de la ley 14908, primera sobre una general, como es el estatuto común presente en el CC<sup>32</sup>. En definitiva, la ley 14908 establecería un estatuto diferenciado en materia de alimentos, donde existiría una especie de capacidad de goce que le permite percibirlos antes de su nacimiento.

#### 1.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE ALIMENTOS DEL HIJO QUE ESTÁ POR NACER

En el plano nacional nuestra Constitución en el artículo 19 N°1 inciso segundo expresa “*la ley protege la vida del que está por nacer*”. Sin lugar a dudas, el legislador a la hora de establecer el derecho a prestación alimenticia a favor del no nacido, siguió este mandato constitucional<sup>33</sup>. Pues, el supuesto de la norma pretende beneficiar al nasciturus, si

---

<sup>30</sup> La definición que se da es de Huerta Ochoa quien sostiene que el conflicto normativo es aquel que se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles. En este caso se trataría de una antinomia material en que una norma prohíbe hacer una cosa y otra permite hacer una misma cosa. En: ENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva del derecho constitucional chileno*. REC, Vol. 11 N° 1, (2013), p. 461.

<sup>31</sup> ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, VODANOVIC, Antonio, “*Tratado de derecho civil parte preliminar y general*”, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005) I, p.364.

<sup>32</sup> ENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, cit. (N° 30), p. 470.

<sup>33</sup> Entre las normas que protegen la vida del que está por nacer se encuentran normas de carácter laboral. Por ejemplo, el pre natal (artículo 195); el descanso pre natal complementario por enfermedad (artículo 196); el derecho a pedir cambio de funciones durante el embarazo (artículo 202); el permiso de hasta tres días para el trabajador que sufra la muerte de un hijo en período de gestación (artículo 66, Código del Trabajo). También existen normas de reconocimiento. Así, se encuentra la Ley N° 20.558, que estableció el Día del Niño y Niña Prematuros; la Ley N° 20.699, que estableció el Día de la Adopción y del que está por nacer. Asimismo se encuentran las normas del Código Civil, que permiten diferir el castigo a la madre hasta después del nacimiento (artículo 75); la que permite suceder y recibir donaciones (artículo 962 y 1390). También existen normas que protegen al embrión en la investigación científica (Ley N° 20.120). Asimismo, normas que impiden aquellos métodos de regulación de la fertilidad cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto (Ley N° 20.418). Del mismo modo, existen normas de seguridad social. Por ejemplo, el Programa Chile

no existiera esa vida en gestación la mujer no tendría requerimientos especiales derivados de un estado de embarazo y fácticamente no tendría este título legal para demandar alimentos, únicamente podría demandarlos en caso de ser cónyuge del alimentante y si careciera de este estado civil, no tendría título alguno.

En esta misma línea el CC establecería una legitimación amplia para accionar en el artículo 75 “*La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra*”. Así, nuestra normativa no solo contempla un mandato al legislador para resguardar al que está por nacer, sino que también ordena al juez a tomar providencias que considere adecuadas para brindarle amparo. A partir de esta norma, se podría inferir que si consideramos titular al nasciturus, es perfectamente posible que la futura madre si se niega o simplemente no solicita alimentos al futuro padre, un tercero, como por ejemplo sus abuelos podrían ejercer una demanda de alimentos en interés del nasciturus. Por otro lado, también se facultaría al juez para que de oficio propenda a su existencia, a modo de ejemplo si al tribunal por causa proteccional le llega un informe del hospital de una madre de escasos recursos, donde el Estado no puede solventarla para la manutención de su embarazo, el juez en ese caso de oficio podría decretar alimentos para efectos de tutelar el desarrollo del embarazo. Esto es de suma lógica si hacemos hincapié en que los alimentos pueden ser aquellos necesarios para su sustento y gestación en el vientre materno. Cabe precisar en todo caso, que los gastos derivados del embarazo y que habilitarían para demandarlos deben ser analizados caso a caso por el juez de familia que conoce de la causa.

En el marco internacional, es la CDN de 1989, ratificada por nuestro país en el año 1990, la que ha tenido dentro de sus principales objetivos motivar a los gobiernos de todo el mundo a considerar los derechos y el desarrollo de la infancia en sus programas de gobierno y que tenemos el deber de respetar en atención al mandato impuesto por el constituyente en el artículo 5 inciso segundo<sup>34</sup>. Cabe consignar, que el preámbulo de dicha Convención se refiere de manera expresa a que “*el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”<sup>35</sup>. Esto es sumamente relevante si se atiende a que la función que tienen los preámbulos es fijar la interpretación de los tratados internacionales y

---

Crece Contigo, que permite acompañar el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atienden en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación (Ley N° 20.379).

<sup>34</sup> Art.5 inciso segundo. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

<sup>35</sup> Preámbulo de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

asentar los propósitos que se tuvieron a la vista, guiando el articulado posterior<sup>36</sup>. En el artículo 27 N°1 se señala que los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, moral y social. El N°2 del mismo artículo agrega que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. Finalmente en N°4 se exige a los Estados tomar las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño tanto si viven dentro del territorio del Estado como en el extranjero. Por tanto, cuando se establece que los Estados Partes garantizarán, en la mayor medida posible la supervivencia y desarrollo del niño, no solo hay que pensar en los ya nacidos sino también en lo que están por nacer.

En el contexto de dicha Convención también se enmarca por primera vez el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente. Sin perjuicio de que no se haya explicitado al nasciturus, siguiendo la lógica del párrafo precedente podemos advertir que en virtud de la labor interpretativa que se le asigna al preámbulo, se le aplica de todos modos.

Cabe mencionar que en observancia a la Convención los Estados parte deben respetar *“las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armónico del niño”*<sup>37</sup>. Según lo dicho por Del Picó que, al ser recibidos por los distintos ordenamientos jurídicos internos los derechos y principios contenidos en la convención, estos deben ser adecuados bajo las condiciones cultural de cada país<sup>38</sup>.

En atención a la consagración misma del principio, el artículo 3° de dicha convención dispone que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. De lo que se desprende que este principio tendría por finalidad resolver conflictos de derechos, en que se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes<sup>39</sup>. Además, de ser útil para orientar las políticas públicas y la actuación de las autoridades.

Este principio por lo demás, ha sido incorporado a nivel nacional en diversos textos legales; tales como el CC, LMC, LTF, Ley de Adopción de Menores y la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

---

<sup>36</sup> CORRIENTE CÓRDOBA José Antonio, *Valoración de los preámbulos de los tratados internacionales*, (Navarra, Ediciones Universidad de Navarra Pamplona, 1973), p. 21.

<sup>37</sup> Preámbulo de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

<sup>38</sup> DEL PICÓ RUBIO, Jorge; ACUÑA, Marcela; AEDO, Cristian; JARUFE, Daniela; MONDACA, Alexis; RIVEROS, Carolina, *Derecho de Familia* (Santiago, Thomson Reuters, 2016), p. 40.

<sup>39</sup> Como hemos venido sosteniendo a pesar de no mencionarle explícitamente, el concebido no nacido debe incluirse.

Una disposición de gran trascendencia es el artículo 242 del CC puesto que es una exigencia dirigida al juez, sus resoluciones deben siempre tener en especial consideración este principio, estableciendo en su inciso segundo “*en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*”.

Por otro lado, La LTF en su artículo 16 inciso segundo lo insta como un criterio primario que inspira a todo el desarrollo del proceso judicial en esta área. Pero dicho principio no se agotaría únicamente en el proceso judicial, también se encuentra consagrado en el artículo 105 de esta misma ley respecto de la mediación, mecanismo alternativo de resolución de conflictos que es obligatorio en ciertas materias, dentro de ella los alimentos.

Para cierta autora, la dimensión del interés superior del niño comprende:

a) Derecho sustantivo: el interés superior del niño debe ser considerado al momento de la toma de decisiones que afecten o en que se involucre el niño; al ser un derecho se puede invocar de forma directa en juicio.

b) Principio jurídico fundante: como consecuencia de la anterior dimensión, tiene una función interpretativa. De existir dos o más posibles interpretaciones de una norma se ha de preferir aquella satisfaga de mejor manera este principio.

c) Norma de procedimiento: en los procesos en que se ven involucrados niños deben aplicarse una serie de garantías procesales, cuyo fundamento es precisamente el interés superior del niño<sup>40</sup>.

## 1.5 CAPACIDAD PROCESAL DE LA MADRE PARA DEMANDAR ALIMENTOS

Como dijimos en el acápite anterior, a nuestro juicio la titularidad del derecho de alimentos le corresponde al nasciturus, pero por razones lógicas este no puede por sí mismo demandar alimentos. Por esta razón la norma establece “*La madre cualquiera sea su edad podrá petitionar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer*”. En efecto, para realizar válidamente actos procesales, se requiere de capacidad procesal o *legitimatío ad procesum*, presupuesto procesal, que se entrega a todas aquellas personas que según la ley sustantiva son capaces de ejercitar derechos por sí mismo sin el ministerio o autorización de otros, en nombre propio o por cuenta de otros, es decir, aquellas personas que tienen capacidad de ejercicio<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> GREEVEN BOBADILLA, Nel, *Filiación: Derechos fundamentales y problemas de su actual normativa*, (Santiago, Editorial Librotecnia, 2017), p.68.

<sup>41</sup> NUÑEZ OJEDA, Raúl, PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Manual de derecho procesal civil parte general* (Santiago, Editorial Jurídica Thomson Reuters, 2013), p.348.

En este sentido hay que distinguir dos supuestos:

En primer lugar, el caso en que la madre que demanda alimentos sea mayor de edad. Si estamos en este supuesto y la madre no cuenta con ninguna incapacidad, ésta será la representante legal del nasciturus si quiere y no se niega a demandar alimentos<sup>42</sup>. Todo esto conforme a lo preceptuado en el artículo 43 del CC<sup>43</sup> en relación al artículo 243 del mismo cuerpo normativo<sup>44</sup>.

Un segundo supuesto, es el caso en que la madre que demanda alimentos es menor de edad. Si la madre demanda alimentos y es menor de edad, en principio debería actuar representada legalmente. Empero, la ley le concede la posibilidad de demandar alimentos sin perjuicio de ser incapaz relativa. En palabras de Meneses Pacheco, con este cambio el legislador ha reconocido plena capacidad a la madre para entablar acciones alimenticias, en reguardo del hijo nacido o por nacer, sin importar que sea menor de edad. De manera tal que no resultan aplicables aquí las reglas de capacidad de ejercicio contenidas en los artículos 1446 y 1447 del CC<sup>45</sup>.

Si bien el legislador otorga esta posibilidad, para el caso que quien concurra demandando sea una madre menor de edad, la norma exige al juez de familia que haga uso de la potestad del artículo 19 de la LTF, acorde a la cual, el magistrado debe velar porque los niños, niñas y adolescentes o incapaces, se encuentren “debidamente representados”. Con esta finalidad, el juez designará a uno de los abogados que señala el precepto, el que pasará a tener la calidad de “*curador ad litem*”, quedando investido de representación para “todas las actuaciones del juicio<sup>46</sup>”. Con la ampliación de capacidad procesal para las madres se pretendía acceder a la justicia sin trabas formales procurando facilitar el ejercicio de derechos por parte del alimentario.

## 1.6 LEGITIMARIO PASIVO

Ahora desde la perspectiva contraria es necesario establecer contra quien se puede ejercer la acción de alimentos que va en favor del nasciturus. En virtud de lo que establece el artículo 321 N°2 del CC se deben alimentos a los descendientes, por lo que a contrario sensu, los obligados por esta normas son la madre y el padre del nasciturus, lo que es corroborado por el artículo 230 del CC y especialmente por el artículo 232 del CC. Este último precepto además agrega como posibles legitimarios pasivos a los abuelos en el caso

---

<sup>42</sup> Fuera de esos supuestos se podría aplicar lo establecido en el artículo 75 del Código Civil.

<sup>43</sup> Art 43. Son representantes legales de una persona, el padre o la madre el adoptante y su tutor o curador.

<sup>44</sup> Art. 243. La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que correspondan al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.

La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

<sup>45</sup> MENESES PACHECO, Claudio, *Aspectos procesales de la ley 20152 que incorpora modificaciones relativas a los juicios de alimentos*, REJ, N° 10, (2008), p.229.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p.230.

de insuficiencia de uno de los padres. Esta última obligación que corresponde a los abuelos *es de naturaleza legal, subsidiaria, y se ha dicho, simplemente conjunta*<sup>47</sup>.

La principal interrogante en materia de legitimidad pasiva en esta materia es la posibilidad de demandar alimentos contra el presunto padre, en otras palabras ¿Es posible demandar al presunto padre cuando la filiación aún no se encuentra determinada?

En nuestro país el requisito indispensable para considerar que una persona es descendiente de otra es que su filiación se encuentre determinada, como señala el artículo 181 del CC.

Para autores como Irma Bavestrello solo se podrían solicitar alimentos del hijo que está por nacer al marido<sup>48</sup>. Por otro lado, autores como Juan Andrés Orrego establecen que es posible demandar alimentos contra el presunto padre siempre que se pueda presumir la paternidad del demandado que convivió con la madre, para el solo efecto de decretar alimentos, aunque el nacimiento del hijo aún no haya acaecido<sup>49</sup>.

A nivel jurisprudencial es posible constatar que se acepta la posibilidad de solicitar alimentos para el hijo no matrimonial que está por nacer. Así la Corte de Apelaciones de Concepción señaló: *“Que, diversas disposiciones legales y constitucionales nos llevan a aceptar como legitimado pasivo al presunto padre cuando no hay matrimonio con la futura madre.”*, sin embargo *“no basta con demandar a aquel a quién se le atribuye la paternidad, puesto que es necesario probar todos los requisitos legales para obtener la pensión de alimentos, esto es, un texto legal que otorgue al demandante el derecho de exigir alimentos, una persona obligada a otorgar los alimentos, necesidad del alimentante de obtenerlos y capacidad económica de las partes”*, lo que en el caso en cuestión, no pudo ser acreditado que el presunto padre se encontraba obligado a otorgar alimentos debido a que *“no basta con tener una relación sentimental o mantener relaciones sexuales para atribuirle a una persona la paternidad; se han dado casos incluso de mujeres que han tenido relaciones sexuales con dos hombres el mismo día, quedando embarazada la mujer y lográndose conocer la paternidad solamente con el examen de ADN”*<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> NÚÑEZ JIMÉNEZ, Carlos, *La obligación de alimentos de los abuelos: Estudio jurisprudencial y dogmático*. [En línea]. 2013, [Fecha de consulta: 30-09-2017], pp.47-88. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722013000200003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000200003&lng=es&nrm=iso)>.

<sup>48</sup> BAVESTRELLO BONTÁ, Irma, *Derecho de Menores*<sup>2</sup> (Santiago, LexisNexis, 2003), p 84.

<sup>49</sup> ORREGO ACUÑA, Juan. *“Consideraciones en torno a la regulación de los alimentos en el Derecho Chileno”*. En: Estudios de derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santiago, LegalPublishing, 2009), pp. 151-152.

<sup>50</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia Rol 38-2013, Primera sala, de 15 de Marzo de 2013, considerandos 3, 4 y 9.

El tema de la legitimidad pasiva tiene una gran importancia en la interpretación que las instituciones hacen en la práctica de las normas sobre los alimentos a favor del que está por nacer, por lo que será analizada en el tercer capítulo de esta memoria en más detalle.

## CAPÍTULO II: OBSTÁCULOS PRÁCTICOS EN LAS UNIDADES DE ATENCIÓN AL PÚBLICO, CORPORACIONES DE ASISTENCIA JUDICIAL Y CENTROS DE MEDIACIÓN PARA LA SOLICITUD DE ALIMENTOS PARA EL QUE ESTÁ POR NACER

### 2.1 MEDIACIÓN

El procedimiento para solicitar alimentos según el artículo 1 inciso primero de la ley 14908 es el establecido en la LTF. El procedimiento en concreto que se aplica es el juicio ordinario de familia, pero con las modificaciones establecidas en la ley 14908<sup>51</sup>.

En el caso de los alimentos del procedimiento ordinario antes mencionado se debe pasar por un trámite de mediación obligatorio. Así, en el artículo 106 inciso primero de la LTF se establece que los alimentos corresponden a una de las materias que están sujetas a mediación previa obligatoria<sup>52</sup> y posteriormente se debe interponer la demanda respectiva.

Es en esta etapa donde surgen los principales problemas prácticos al momento de demandar alimentos a favor del que está por nacer, por lo que será estudiada con especial detalle.

La LTF en el artículo 103 define la mediación como *“aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos mediante acuerdos”*.

Si el resultado de la mediación es positivo y las partes llegan a un acuerdo, se levantará un acta, firmada por las partes y el mediador entregará una copia a cada una de ellas y remitirá una copia del acta al juez de familia competente para que la apruebe en todo aquello que no sea contrario a derecho. Y una vez aprobada tendrá el mismo valor de una sentencia ejecutoriada según lo preceptuado en el artículo 111 de la misma ley.

Su institucionalización obedece a la búsqueda de un objetivo definitivo: Alcanzar acuerdos efectivos entre las partes y con un mayor alcance en el tiempo, protegiendo, además, a la parte más débil, a través de un procedimiento más accesible, evitando con ello

---

<sup>51</sup>ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, cit. (Nº 5), p. 150.

<sup>52</sup> Art. 106. Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.

su judicialización, a la vez que se descongestiona el sistema judicial a través de la derivación de causas a mediación<sup>53</sup>.

La mediación es parte de las llamadas medidas alternativas de resolución de conflictos que pueden ser definidas como: *“un conjunto de procedimientos, métodos y técnicas, que tienen por objeto solucionar las desavenencias o dificultades entre personas u organizaciones, no recurriendo a los tribunales, ni a la decisión impuesta por el juez, con la característica intervención activa de ambas partes involucradas. En ellos, la solución de conflictos nace, de la confrontación y armonización de los valores e intereses contrapuestos de las partes, no de la imposición de valores por el juez, porque no pretende mirar exhaustivamente las normas existentes, costumbre y jurisprudencia, sino que más bien se dirige al conflicto en sí, y sus posteriores consecuencias hacia el futuro, viendo las reacciones que tiene en las mismas partes y su entorno social”*<sup>54</sup> En efecto, estas medidas buscan corregir las condiciones de tiempo, modo o lugar que han limitado el acceso a la justicia, la lentitud de los procesos, el excesivo formalismo o su carácter excesivamente adversarial, y aparte de la mediación también podemos encontrar: la negociación, la conciliación, el arbitraje, entre otros. Estas medidas se caracterizan por *ser equivalentes o sustitutos del proceso judicial, pero también se presentan con el carácter de supletorios o auxiliares del proceso judicial. Los RAD se diferencian del sistema adversarial en cuanto a que son formas de solución de conflictos, que prescinden de la actuación del juez para resolver el asunto*<sup>55</sup>.

La etapa de mediación en materia de alimentos puede ser iniciada a través de diversas vías<sup>56</sup>:

- a) Tribunal de Familia: Este procederá cuando la parte que desea solicitar alimentos se acerca directamente al tribunal, en este caso será la unidad de atención al público la que derivara a las partes a través de un sistema informático (SIMEF) en que se agenda la primera sesión de mediación. El funcionario del tribunal hará la entrega de una carta con la fecha, hora y centro de mediación al que debe dirigirse.
- b) Dirigirse a la CAJ: El funcionario del centro jurídico que atiende al usuario, debe remitir los antecedentes de las partes al centro de mediación licitado vía correo electrónico, para que éste proceda a citar a las partes a la sesión inicial.

En estos dos primeros casos, la derivación se realizará a un centro de mediación licitado o contratado por el Ministerio de Justicia.

---

<sup>53</sup> AGUIRRÉZABAL GRÜNSTEIN Maite, *Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia*, RCHDP, N° 20, (2013), p.295.

<sup>54</sup> ALDEA MOSCOSO, Rodolfo, *“De la autocomposición”*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989), p. 25.

<sup>55</sup> ÁLVAREZ QUIÑONES, Viviana; ORTEGA PÉREZ, Pamela, *La mediación como medio idóneo en la resolución de conflictos familiares*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Universidad de Chile, 2012), p. 11.

<sup>56</sup> Sistema Nacional de Mediación Familiares [En línea] [Fecha de consulta: 30-09-2017] Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/donde-solicitar-una-mediacion/>.

- c) Dirigirse directamente a Centros de mediación licitados o centro de mediación privado, a solicitar una mediación<sup>57</sup>.

## 2.2 OBSTÁCULOS PRÁCTICOS PARA LA SOLICITUD DE ALIMENTOS DEL QUE ESTÁ POR NACER

La única forma en que el derecho de alimentos del que está por nacer sea realmente respetado es que los operadores jurídicos comprendan el alcance de estos preceptos y no establezcan limitaciones que no están señaladas en la ley. Lamentablemente es posible constatar que en la práctica se establecen trabas en la aplicación de este precepto especialmente en la etapa de mediación. Es por ello, que se tomó el camino de realizar una investigación empírica, en la cual utiliza como técnica la realización de entrevistas semiestructuradas a determinados operadores del sistema, como son los funcionarios en las Unidades de Atención al Público en los Juzgados de Familia, mediadores en los Centros de Mediación y en las CAJ. La interrogante principal que se quiso resolver era cuál es el procedimiento que se lleva a cabo en los casos en que una madre embarazada decida solicitar alimentos para su hijo que está por nacer.

Las respuestas que se obtuvieron en las instituciones antes mencionadas van en los más diversos sentidos. Entre los requerimientos que han agregado se destacan: Solicitud de un certificado de nacimiento del menor; restricción del ámbito de aplicación de la norma, exigiendo que la madre tuviera determinados meses de embarazo para pedir alimentos y otros derechamente recomendaban esperar el nacimiento del concebido aún no nacido para pedir alimentos fundados en la antigua discusión de que el nasciturus no es persona y por ende, no puede ser titular y menos gozar de derecho alguno. A continuación pasaremos a revisar en que traduce la labor que deben llevar a cabo estos centros, los respectivos obstáculos que establecen y como eso influye negativamente a nuestro sistema de justicia.

### 2.2.1 UNIDADES DE ATENCIÓN AL PÚBLICO EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA

En primer lugar como dijimos en el primer apartado, uno de los caminos que pueden adoptar los usuarios es dirigirse a estas unidades. En el artículo 2 N° 2 de la LTF se regula a la unidades de atención al público y mediación, cuya finalidad primordial es otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurre al juzgado, especialmente a los niñas, niñas y adolescentes. Se encargan de manejar la correspondencia

---

<sup>57</sup> Ministerio de Justicia, *Anuario Estadístico de Justicia de Familia*, 2013. De las 223.320 causas ingresadas al sistema nacional de mediación durante ese año, las derivaciones realizadas por los Juzgados fueron de 31,4%, el 7,4% corresponden a derivaciones hechas por la corporación de asistencia judicial y finalmente el ingreso espontaneo o directo a los centros de mediación licitados correspondió a un 60,4%.

del tribunal, desarrollar las gestiones necesarias para la adecuada y cabal ejecución de las acciones de información y derivación a mediación.

En el auto acordado 240 del año 2008 atendiendo la relevancia e impacto en la sociedad chilena que tuvo la reforma de los Tribunales de Familia, se acordó continuar e intensificar las iniciativas conducentes a mejorar la gestión de estos. De esta forma, se aprobó favorecer el expedito acceso a estos tribunales de sus requirentes con el fin de obtener una tutela judicial efectiva a sus derechos, proporcionando toda la información que requieran al efecto. Además de la creación del nuevo Centro de Atención de Asuntos de la Familia, se fijarían indicadores para evaluar objetivamente el desempeño de magistrados y funcionarios, a fin de racionalizar y disminuir los tiempos de audiencia y dar atención preferente a los asuntos que lo exijan<sup>58</sup>.

El acta 98-2009 en su capítulo V sobre gestión y administración en los tribunales de familia establece las principales funciones de las unidades de atención al público, en el artículo 28. Estas unidades deben prestar atención a los distintos requerimientos de los usuarios que concurren en busca de una adecuada y oportuna información sobre todas las materias relacionadas con las causas que se tramiten en el tribunal. En el cumplimiento de este objetivo se busca el logro de altos estándares de eficiencia, eficacia y calidad en la atención de los usuarios. A estos también les corresponde realizar ingresos de exhortos, de causas nuevas, de escritos, de actas de mediación y de oficios en causas previamente ingresadas<sup>59</sup>.

En cada una de estas unidades existe un protocolo, que guía la manera en que deben realizarse las actividades en estas unidades. En él se regulan detalladamente los derechos y deberes de los usuarios de justicia Verbi gracia, derecho un trato digno, derecho a la transparencia y acceso a la información, derecho a la confidencialidad de la información de su vida privada, derecho a expresar su opinión sobre la calidad de la atención brindada, derecho a ser informado en un lenguaje claro y sencillo, derecho a incurrir en los menores costos económicos y derecho a una respuesta oportuna y adecuada. Por otro lado, también se contemplan las malas prácticas en que podrían incurrir estos funcionarios entre las cuales se menciona el otorgar información incorrecta al público.

---

<sup>58</sup> Auto acordado 240-2008.

<sup>59</sup> Art. 28. Objetivo de la Unidad de Atención de Público. Esta Unidad debe prestar atención a los distintos requerimientos de los usuarios que concurren en busca de una adecuada y oportuna información sobre la programación de audiencias y otras materias relacionadas con las causas que se tramitan en el tribunal. En el cumplimiento de este objetivo se buscará el logro de altos estándares de eficiencia, eficacia y calidad en la atención de los usuarios. Tratándose de aquellos casos en que se ha decretado la reserva de ciertos antecedentes, la Unidad de Atención de Público tomará todas las providencias necesarias para garantizarla, tales como requerir la debida acreditación de la identidad del solicitante. Asimismo, le corresponderá realizar el ingreso de exhortos, de causas nuevas, de escritos, de actas de mediación y de oficios en causas previamente ingresadas en el tribunal.

En el Centro de Atención de Asuntos de Familia los dos funcionarios entrevistados respondieron que los usuarios debían presentar cierta documentación previa exigida por la administración del tribunal antes de derivar a mediación, entre ellos cédula de identidad vigente, certificado de nacimiento del niño/a o adolescente cuyo documento no podía tener más de 30 días desde su fecha de emisión, certificado de matrimonio en caso de ser necesario, teléfono de contacto y/o correo electrónico. Respecto a esto llama la atención el requisito relativo al certificado de nacimiento, ya que, es incongruente con el caso en que se solicitan alimentos del que está por nacer. Es por esto que al consultarles sobre el procedimiento que debían seguir las madres embarazadas al solicitar alimentos nos respondían que efectivamente se podía porque la norma lo establecía, pero sin embargo por el desconocimiento del artículo por algunos de los funcionarios y los requisitos administrativos exigidos, no le daban curso a la solicitud de alimentos para el concebido no nacido, en definitiva ingresar al usuario y derivarlo a mediación dependía plenamente de la voluntad de cada funcionario que atendía en cada uno de los módulos.

Esta situación es sumamente criticable, debido a que se está impidiendo el acceso a la justicia a aquellas personas que solicitan alimentos para el nasciturus, por el establecimiento de requisitos que no son exigidos por la ley y que se fundamentan en el desconocimiento que tienen los funcionarios de la misma. Si atendemos a las causas de esta situación es posible observar que las personas que asumen como funcionarios carecen de conocimientos jurídicos lo que se debe a que tienen estudios de administración pública y escasamente conocen de la existencia de la norma que consagra el derecho para solicitar alimentos. Lo que implica que no van a ingresar al sistema al usuario para derivar a mediación.

Por otro lado, al entrevistar al Jefe de Unidad nos comentó de igual forma, que la madre embarazada puede solicitar alimentos para el que está por nacer, pero que es necesario realizar el proceso como lo indica la ley. Para él, debía existir reconocimiento previo por parte del presunto padre del nasciturus para de esta forma proceder a regular los alimentos. Para este funcionario es indispensable el reconocimiento.

En la Unidad de Atención al público en Viña del Mar nos comentaron que era perfectamente posible que una madre solicitara alimentos para el concebido, pero para ellos es necesario pasar por un centro de mediación al que deben dirigirse los usuarios y que en el supuesto de ser una madre menor de edad es necesario que tanto en la etapa de mediación y de juicio sea acompañada por su representante legal, pues su incapacidad le impide actuar en juicio personalmente.

En esta ocasión se puede observar que los funcionarios si tenían conocimiento de la norma que permite otorgar alimentos al que está por nacer. Sin embargo, el considerar que la madre que es menor de edad es incapaz y por tanto requiere de un representante se está

vulnerado lo que señala la ley, la cual otorga una capacidad especial a la madre para demandar alimentos a pesar de ser incapaz relativa y que incluso gran parte de los parlamentarios al discutir la norma creían que esto sería una buena medida para que madres adolescentes pudieran concurrir solas sin impedimentos de sus padres.

En el caso de Valparaíso, la respuesta fue que el nasciturus solo tiene derechos eventuales que se materializarían con el nacimiento, por ende en caso de que fuera a pedir orientación una mujer embarazada acerca de los alimentos le recomendaría la espera del nacimiento. Sin embargo, podría intentarlo recurriendo a mediación, ya que, en sede judicial depende del criterio del juez, pero que en definitiva en la mayoría de los casos no los conceden al estar casados.

En este caso el funcionario comete una serie de errores en la interpretación de las normas que regulan los alimentos del nasciturus. En primer lugar, la idea de derechos eventuales del que está por nacer provienen de los establecido en el artículo 77 CC, sin embargo como ya fue señalado en el capítulo primero de este trabajo, existen normas especiales que priman en este caso y permiten que se soliciten alimentos a favor del nasciturus. En segundo lugar, nuevamente se busca evitar la tramitación de casos de solicitud de alimentos entre la concepción y el nacimiento.

### 2.2.2 CORPORACIONES DE ASISTENCIA JUDICIAL

Las CAJ son entidades de derecho público, con patrimonio propio y sin fines de lucro cuya misión es entregar asistencia jurídica gratuita a personas de escasos recursos<sup>60</sup>.

Entre los servicios que otorga se encuentra el de representación judicial, la promoción y prevención de derechos, y el de solución colaborativa de conflictos<sup>61</sup>.

Respecto a la resolución alternativa de conflictos la CAJ entrega un servicio de carácter universal y se ofrece a nivel de los Consultorios Jurídicos fijos y móviles y en los Centros de Mediación. Consistente en la entrega de una vía alternativa a la judicial para resolver conflictos jurídicos con participación de las partes involucradas mediante dos mecanismos, la conciliación, y la mediación<sup>62</sup>.

En la CAJ de Valparaíso fue consultada una postulante que señaló que en principio recomendaría a la madre embarazada esperar al nacimiento de la criatura, para evitar la

---

<sup>60</sup> Ley 17995, Art. 2. Dichas corporaciones gozarán de personalidad jurídica, tendrán patrimonio propio y no perseguirán fines de lucro. Su finalidad será prestar asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de escasos recursos. Además, proporcionarán los medios para efectuar la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión a los postulantes a obtener el título de abogado.

<sup>61</sup> Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana [En línea] [Fecha de consulta: 01 -10-2017] Disponible en: <http://www.cajmetro.cl/servicio-de-orientacion-e-informacion/>.

<sup>62</sup> Ministerio de Justicia. “Resumen Ejecutivo Corporaciones de Asistencia Judicial” [En línea] 2014 [Fecha de consulta: 01 de Octubre de 2017] Disponible en: [http://www.dipres.gob.cl/574/articles-139812\\_r\\_ejecutivo\\_institucional.pdf](http://www.dipres.gob.cl/574/articles-139812_r_ejecutivo_institucional.pdf).

discusión acerca del estatuto de persona respecto al nasciturus. Además agrega que el hecho de que nuestro CC establezca que la existencia legal de las personas comienza con el nacimiento arrojaría esa conclusión, lo que se condice con la exigencia de un certificado de nacimiento en la CAJ y además que la filiación debe estar determinada. Al comentarle la norma dijo que sería posible acudir a mediación, aunque es complejo, en la medida que no está determinado el título del alimentante en ese caso cabe reconocimiento nada más.

Se mantiene en este caso el criterio de las unidades de atención al público, en base a un desconocimiento de la norma y sus posibles interpretaciones.

Por su parte, en la CAJ de Quilpué se mencionó que si llega una mujer embarazada la derivan a mediación, pues está consagrado expresamente el derecho de alimentos para el que está por nacer. Sin embargo el otorgar o no alimentos depende del criterio de juzgador (juez).

En este caso si se reconoce el derecho a solicitar alimentos a favor del nasciturus a diferencia de los casos anteriores, esto ocurre en parte porque son personas con conocimientos en el ámbito legal.

### 2.2.3 CENTROS DE MEDIACIÓN

En tercer lugar, además de dirigirse a las CAJ y a los Tribunales de Familia, los usuarios pueden dirigirse directamente a los Centros de Mediación ya sea licitados o privados.

El sistema de mediación existente en la actualidad es instaurado por la ley 20286 del año 2008, el cual deja la administración de esos centros al Ministerio de Justicia<sup>63</sup>, crea además un Registro de Mediadores<sup>64</sup>, y establece un sistema mixto de prestación de la mediación, donde se regula un sistema gratuito, mientras que excepcionalmente podrá cobrarse por el servicio<sup>65</sup>.

Así, el Ministerio de Justicia implementó un sistema de mediadores registrados licitados, quienes tienen a cargo la prestación de este servicio gratuito a los sectores de menores ingresos, y un sistema de mediadores registrados privados, donde éstos,

---

<sup>63</sup> La administración del sistema de mediación se encuentra radicada en la Unidad de Mediación, dependiente de la División Judicial del Ministerio de Justicia, creada por resolución 15 del año 2006.

<sup>64</sup> El Registro de Mediadores se encuentra regulado por el Decreto Supremo 763 del 14 de noviembre de 2008 y la Resolución Exenta 2933 del 29 de octubre de 2009 que se refieren a la manera como se incorporan los profesionales de dicho registro. Además, mediante el Decreto 904 del 18 de febrero de 2009, el cual regula las Bases Tipo de licitación de los centros de mediación, así como, otros aspectos del proceso de licitación.

<sup>65</sup> PAREDES ZIEBALLE, Alejandro, *La mediación familiar obligatoria: un crítica a la regulación y funcionamiento en Chile*, RCHDCP, UACH, Vol. 3, n2.(2012), p201.

cumpliendo ciertos requisitos, se inscriben y pueden actuar como mediadores en los demás casos, donde son pagados por los intervinientes.

Las respuestas dadas por los centros de Mediación de la región de Valparaíso nos señalan que la madre para pedir alimentos únicamente podía dirigirse a la mediación cuando cumpliera al menos seis meses de embarazo, siempre y cuando estuviere casada. Por el contrario, cuando no lo estuviere y la criatura aún no nacía, se debía esperar a su nacimiento para que el padre realizara el reconocimiento de paternidad y así demandar alimentos.

Es posible observar en este caso como se agrega otro requisito que no está establecido en nuestro ordenamiento jurídico, ya que, en ningún momento se establecen los meses de embarazo que debe tener la madre para solicitar alimentos. Además se vuelve a la idea de que solo en los casos en que la filiación se encuentre determinada se pueden solicitar alimentos.

En otro de los centros mencionan que si una mujer embarazada quería regular alimentos para su hijo no nacido, ellos no estaban facultados para mediar sobre este asunto debido a que a ellos como mediadores se les exigía adjuntar el certificado de nacimiento junto con el acta del acuerdo que se remite al tribunal para su aprobación. En ese caso el juez es el llamado a pronunciarse. Por otro lado, a su parecer no existía obligación legal de otorgar alimentos, por ende no se podía concretar el proceso de mediación.

Nuevamente se exige el certificado de nacimiento para mediar sin considerar que la norma establece expresamente que puede solicitar alimentos para el hijo por nacer y que al ser una materia de mediación previa y obligatoria debiera pasar por dicha etapa.

Solo en uno de los centros que visitamos se nos dijo que la ley si establece alimentos para el que está por nacer, pero debido a las circunstancias particulares de la norma en vez de exigir certificado de nacimiento se solicita un examen médico que acredite el estado de embarazo de la madre, independiente de los meses de gestación de la criatura. Además, el procedimiento que se seguía era el mismo para todas las materias en las cuales existe mediación previa obligatoria.

De todos los casos analizados este es el único en el que se da una solución que es acorde con la normativa actual, interpretando de forma armónica la exigencia de acreditación del estado de embarazado a través de un certificado médico.

### 2.3 VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Al sintetizar las respuestas dadas por las instituciones que intervienen en la etapa de mediación es posible apreciar los siguientes obstáculos que no se encuentran establecidos

en las normas que regulan los alimentos: La exigencia de documentación previa como el certificado de nacimiento; la exigencia de que el embarazo sea de al menos 6 meses; o la necesidad de esperar hasta el nacimiento, ya que, no se considera que el nasciturus tenga el estatuto legal de persona.

Los obstáculos antes mencionados constituyen una vulneración grave de derechos fundamentales de orden procesal.

En primer lugar, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial, que puede ser definido como: *“derecho prestacional que reclama del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales.”*<sup>66</sup> y estaría conformado por: El derecho de acceso a la justicia; derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; derecho a que un tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho; derecho a un sentencia motivada; y el derecho al recurso<sup>67</sup>. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso primero.

Los obstáculos antes mencionados vulneran uno de los aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva: El derecho de acceso a la justicia.

El derecho de acceso a la justicia es definido como: *“La posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular. Es decir, que por este principio podemos entender la acción, ante una controversia o la necesidad de esclarecimiento de un hecho, de poder acudir a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución”*<sup>68</sup>. Es importante la opinión que ha dado la doctrina acerca del derecho de acceso a la justicia cuando le ley obliga a realizar trámites previos como la mediación: *“Ahora bien, a la persona que afirme la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo y que requiera amparo jurisdiccional para ellos, la ley puede exigirle que realice trámites previos como agotar las vías administrativas, un intento de mediación o*

---

<sup>66</sup> GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*. [En línea]. 2013 [Fecha de consulta: 2017-10-02], pp.229-282. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007&lng=es&nrm=iso)>.

<sup>67</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*. [En línea]. 2011, [Fecha de consulta: 2017-10-02], pp.311-337. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372011000200006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200006&lng=es&nrm=iso)>.

<sup>68</sup> VENTURA ROBLES, Manuel, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad* [En línea] 2005 [Fecha de consulta: 01 Octubre 2017], Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31036.pdf>.

*conciliación antes de recurrir a la jurisdicción o inclusive el pago de una proporción de la multa aplicada por la Administración, siempre y cuando todo ello sea razonable y no comporte un impedimento de acceso a la justicia ni retrase injustificadamente la petición de tutela judicial*”<sup>69</sup>. Los impedimentos prácticos que ya han sido analizados, vulneran claramente este derecho al retrasar injustificadamente una petición de tutela judicial que está amparada en la ley. La única respuesta que está en armonía con este derecho, es el caso en que solo se exigía el certificado médico como manera de acreditar el estado de embarazo lo que es del todo lógico.

En segundo lugar, estos obstáculos vulnerarían el principio de Interés Superior del Niño. Este principio ha sido definido como: *“Principio general del derecho, que informa a nuestra legislación e instituciones en sus diferentes aéreas, posicionando de forma preferente sobre otros intereses jurídicos, los derechos de los niños y adolescentes, en todas aquellas decisiones y circunstancias en que estos se vean involucrados. Creándose así para los niños un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones que les permitan su mayor realización espiritual y material posible con el pleno resguardo de las garantías que les asisten”*<sup>70</sup>.

En nuestro país se encuentra consagrado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, también en el CC posee consagración expresa en los artículos 225, 226 229 y 242.

El contenido de este principio contiene como elementos: La garantía de que cada decisión que se tome en torno a la persona del niño o la niña no vulnere sus derechos; y esto no es solo obligatorio para los legisladores y jueces sino también para las instituciones tanto públicas como privadas para resolver las controversias que se les presenten en las que tengan incidencia el interés superior de un niño, niña o adolescente<sup>71</sup>.

Respecto a la aplicación de las normas que protegen al niño que está por nacer, la doctrina ha señalado que la CDN no se inclinó por una postura sobre si debiese considerarse al niño desde su concepción o desde su nacimiento, dejando esto a criterio de la legislación interna de cada país<sup>72</sup>, En base a la interpretación que hemos seguido en este trabajo, el nasciturus debe ser considerado como titular de este derecho a alimentos desde el momento de la concepción.

---

<sup>69</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, cit. (N° 67).

<sup>70</sup> MEDINA LEMA, María Consuelo. *El concepto del interés superior del niño: su alcance en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia*. Proyecto de investigación para optar al grado de egresado en Derecho, (Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2015), p. 39

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>72</sup> BAEZA CONCHA, Gloria. *El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*, RCHD, Vol., 28, N°2, (2001), p. 355.

Los obstáculos que han impuesto las instituciones que intervienen en la etapa de mediación vulneran los dos elementos que componen el interés superior del niño: Por un lado, las trabas que se imponen para solicitar alimentos van en contra de lo preceptuado expresamente en la ley y que debe ser interpretado de manera armónica con los intereses del nasciturus, de esta manera una correcta interpretación lleva a concluir que no deben agregarse requisitos que no sean expresamente señalados por el legislador. Esta exigencia es aplicable tanto a las instituciones públicas como privadas que intervienen en la etapa de mediación.

Las trabas que establecen estas instituciones no solo vulneran los derechos y principios, ya señalados, sino que también van en contra de los fundamentos del establecimiento de la mediación. El incorporar la mediación en nuestro ordenamiento jurídico tenía como fin evitar la sobrecarga del sistema judicial y generar una ampliación del acceso a la justicia<sup>73</sup>, pero como podemos observar esto no se cumple cuando se trata de la solicitud de alimentos a favor del nasciturus.

---

<sup>73</sup> ÁLVAREZ QUIÑONES, Viviana; ORTEGA PÉREZ, Pamela, cit. (N° 55), p. 13.

### CAPÍTULO III: DERECHO DE ALIMENTOS DEL QUE ESTÁ POR NACER A LA LUZ DE LOS CRITERIOS ADOPTADOS POR LOS JUECES DE FAMILIA

#### 3.1 PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS

Después de analizar los obstáculos que se generan en la etapa de mediación, es necesario pasar a estudiar lo que sucede durante la etapa de juicio. Ésta se inicia cuando las partes no llegan a acuerdo en la etapa de mediación, se tramita según el procedimiento ordinario de familia establecido en la LTF. El inicio de esta etapa se debe realizar mediante una demanda escrita como lo establece el artículo 56 de la LTF.

Este procedimiento se organiza en base a audiencias, con una fase de discusión (escrita u oral) que se compone de demanda y contestación (arts. 56, 57 y 61 N° 2 LTF), y en su caso de demanda reconvenional y contestación de la demanda reconvenional (arts. 58 y 61 N°2 LTF); con una etapa intermedia concentrada en la “audiencia preparatoria”, destinada básicamente a la determinación del objeto del juicio (arts. 58 y 61 N°s. 1, 2, 6 LTF), al saneamiento del proceso (art. 61 N° 2 LTF), a verificar el trámite de conciliación (art. 61 N°s 4 y 5 LTF), a resolver cuestiones referidas a medidas cautelares (art. 61 N° 3 LTF) y abordar diversas cuestiones en el campo probatorio (art. 61 N°7: determinación del tema de prueba; N°8: indicación de los medios de prueba que se podrán rendir en la audiencia de juicio; N°9: recepción de prueba anticipada); con una resolución (la que “cita a juicio”) que en lo esencial fija el objeto de la *litis*, el tema probatorio y los medios de pruebas que se rendirán en el juicio (art. 62 LTF), y una “audiencia de juicio”, que es la etapa correspondiente al proceso en sí, donde se somete el asunto a la decisión del juicio de familia y se rinden las pruebas (art. 63 LTF), tras lo cual el tribunal debe dictar sentencia definitiva (art. 65 LTF)<sup>74</sup>.

Respecto a los alimentos provisorios, una vez admitida a tramitación la demanda y mientras se ventila la obligación de prestar alimentos el juez deberá ordenar que se den provisoriamente con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados. Sin perjuicio de que sean devueltos si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria<sup>75</sup> No será obligado a restituir el que de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda.

En el caso de los alimentos definitivos, ¿Qué sucede en aquel caso en que posteriormente al establecimiento de alimentos definitivos se impugna la filiación y el demandado resulta no ser el padre? En este caso se cree conveniente pedir la restitución en sede civil, en base a una reclamación de pago de lo no debido fundada en el principio de

---

<sup>74</sup> MENESES PACHECO, Claudio, cit. (N° 45).

<sup>75</sup> ORELLANA TORRES, Fernando. *Manual de Derecho Procesal*<sup>3</sup>, (Santiago, Librotecnia, 2009) II, p. 379.

enriquecimiento sin causa<sup>76</sup> y si además ha mediado dolo para obtener alimentos, las personas que hayan realizado esto serán obligadas solidariamente a la restitución e indemnización de perjuicios.

Otro asunto que es necesario dilucidar es la necesidad de que la solicitud de alimentos vaya acompañada de una demanda de reclamación de la paternidad. En base a las respuestas realizadas por distintos jueces que fueron entrevistados (entrevistas que serán analizadas con más detalle a continuación al estudiar los obstáculos extralegales de la etapa de juicio) podemos señalar que si bien reconocen que nuestro ordenamiento jurídico no exige su interposición coetánea, habría una mayor posibilidad que la demanda prospere si se interpone demanda de reclamación de paternidad y en el contexto del juicio de filiación se solicitan los alimentos como provisorios.

La vía que señalan los jueces constituye un aporte para la solución de los problemas prácticos que presenta la solicitud de alimentos a favor del nasciturus, sin embargo, no puede ser considerada como la única forma de realizar esta solicitud, ya que, de considerarla así constituiría un obstáculo extralegal que impediría pedir alimentos en base a las presunciones que se analizarán a continuación.

### 3.2 OBSTÁCULOS EXTRALEGALES EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE SOLICITUD DE ALIMENTOS

Este análisis se realizara a través de entrevistas semiestructuradas realizadas a jueces de distintas partes de nuestro país, de esta manera se podrá observar cual podría ser la tendencia de los jueces en la aplicación de la norma antes estudiada.

Es necesario tener presente que de los once jueces entrevistados, solo cinco de ellos han recibido demandas fundadas en el derecho de alimentos del que está por nacer. Cada uno de estos jueces cuenta con varios años de experiencia laboral, sin embargo el escaso contacto que han tenido con este tipo de demandas se debe, posiblemente a factores tales como el desconocimiento de la norma por parte de los ciudadanos, también por las trabas o impedimentos puestos por los mismos operadores del sistema.

---

<sup>76</sup> Puede en este caso operar la figura del pago de lo no debido deben cumplirse tres requisitos (ABELIUK, René- *Las obligaciones*. Tomo II (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 5º Edic., 2008), p 703: En primer lugar, que haya habido pago; en segundo lugar, que exista error en el pago, el cual concurriría al haber un error de hecho relativo a la determinación de la paternidad; y en tercer lugar, la carencia de una causa de pago, al no existir un título para solicitar alimentos el pago realizado carecería de causa. En este caso la persona afectada deberá ejercer la acción denominada in rem verso (DÍAZ, María Florencia, *Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno que conceden los artículos 1458 y 2316 del Código Civil*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, (Santiago, Universidad de Chile, 2012), p. 80.

Al analizar las respuestas dadas por los jueces, se puede señalar que solo tres de ellos son proclives a admitir a tramitación demandas fundadas en este derecho de alimentos, mientras que cinco derechamente no las admitirían y tres la admitirían en determinadas hipótesis tales como la existencia de matrimonio y acuerdo de unión civil entre la madre del que está por nacer y demandado.

Los argumentos que esgrimen aquellos jueces que no son proclives a admitir este tipo de demandas descansan en la idea de lo complejo que es otorgar alimentos en estos casos, tomando en cuenta que existe la posibilidad que la criatura no nazca, además de considerar que el nasciturus no tiene existencia legal según lo preceptuado por el CC y fundamentalmente al no haber certeza de la filiación, ya que, no obstante la ley consagra este derecho para la criatura que está en el vientre materno, no hay seguridad acerca de si efectivamente el demandado es el padre de la criatura, porque consideran que la prueba que podría realizarse es el examen de ADN prenatal, pero debido al riesgo que puede presentar para la criatura y el costo que tiene realizarse dicho examen hace necesario prescindir de él.

Los criterios utilizados por los jueces para denegar las demandas de alimentos a favor del que está por nacer no son correctos. En primer lugar, como ya fue expuesto en los dos capítulos precedentes respecto a la titularidad del derecho de alimentos en favor del nasciturus, este último puede adquirir derechos antes del nacimiento. En segundo lugar, al revisar las estadísticas a nivel nacional es posible constatar que el 80,2% de las demandas que se presentan en Chile por reclamación de paternidad tienen como resultado que el demandado es efectivamente el padre<sup>77</sup>. Es necesario matizar la postura de estos jueces sobre los perjuicios que podría causar una prueba de ADN. Al respecto la doctrina esta conteste en que es posible realizar actos de reconocimiento de paternidad sobre el nasciturus<sup>78</sup> y también es posible constatar que existen en la actualidad formas de realizar el examen de ADN prenatal sin ninguna complicación para el feto<sup>79</sup>, sin embargo el elevado costo que tiene y el escaso número de laboratorios que lo poseen hacen difícil su puesta en práctica en este momento, lo que no obsta a que esta situación cambie en el futuro. Hay que agregar que considerando lo señalado en el capítulo primero, el examen de ADN no es la única forma de determinar la paternidad, sino que es posible acudir a presunciones.

Los obstáculos que establecen los jueces para poder solicitar alimentos a favor del que está por nacer se centran principalmente en la acreditación de la filiación del nasciturus y por tanto, en como determinar quién es el legitimado pasivo de esta acción, es por esta razón que se hace necesario distinguir entre cuatro supuestos:

---

<sup>77</sup> Ministerio de Justicia. Anuario Estadístico 2013, cit. (N° 57), p 81.

<sup>78</sup> GANDULFO, Eduardo, *Reconocimiento de Paternidad: Tópicos y Cuestiones* [En línea]. 2007, [Fecha de consulta: 10-10-2017], pp.201-250. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372007000200002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200002&lng=es&nrm=iso)>.

<sup>79</sup> La Tercera [En línea] 2011 [Fecha de consulta: 10-10-2017] Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/crean-nuevo-test-de-paternidad-no-invasivo/>.

### 3.2.1 DEMANDA DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE ESTÁ POR NACER EFECTUADA POR LA CÓNYUGE DEL DEMANDADO

Este es el supuesto que suscita menos controversia, ya que, la mayoría de los jueces lo acepta, es la posibilidad de demandar alimentos cuando el demandado es el cónyuge y la concepción ocurre antes o después de la celebración del matrimonio.

Si ocurre esto, se estará ante la presunción simplemente legal de paternidad establecida en el artículo 184 CC que expresa: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges*”.

Nos encontraremos ante este supuesto cuando la filiación del nasciturus sea determinada por filiación matrimonial, que es aquella en la cual existe un vínculo matrimonial entre los padres al tiempo de la concepción o nacimiento<sup>80</sup>. Incluso en la antigua legislación se requería que la concepción se produjera dentro del matrimonio, si se casaban con posterioridad el niño era legitimado por matrimonio posterior de los padres<sup>81</sup>, actualmente basta que nazca dentro de él. De esta forma René Ramos establece que esta presunción se apoya en el hecho de que el marido al tiempo de casarse haya tenido conocimiento del embarazo de la mujer<sup>82</sup>.

¿Qué sucede en el caso en que la concepción se produzca antes de la celebración del contrato de matrimonio? ¿Puede la madre embarazada, cuya concepción es anterior al matrimonio, solicitar alimentos en base a esta presunción? La doctrina opina de manera favorable en este caso, así Hernán Corral ha señalado: “*La presunción de paternidad de hijo de concepción antenuptial. En este caso, la ley no puede suponer ni la cohabitación ni la exclusividad en el ejercicio de las facultades procreadoras. Pero sí puede presumir que si un varón se casa con una mujer embarazada, conociendo dicho estado, es porque quiere asumir esa paternidad, y que lo hace así porque él tiene antecedentes suficientes para confiar en que él es el padre. La clave está dada justamente en el conocimiento del embarazo por parte del marido, ya que de lo contrario la presunción puede decaer*”<sup>83</sup>. Por tanto, se hace extensible la presunción establecida en el artículo 184 para este caso.

En este supuesto cobra relevancia el matrimonio, ya que, cumpliéndose este supuesto se tiene por padre al marido de la madre, siempre que la paternidad así determinada no sea

---

<sup>80</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *La presunción de paternidad en la ley de acuerdo de unión civil*. En: Estudios sobre la nueva ley de acuerdo de unión civil (Santiago, editorial Thomson Reuters, 2016), p58.

<sup>81</sup> GREEVEN BOBADILLA, Nel, cit. (N° 40), p.193.

<sup>82</sup> RAMOS PAZOS, Réne, cit (N° 6), p 408.

<sup>83</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *La Filiación Matrimonial*. RAJ, N°7, (2003), p. 252.

impugnada conforme a las reglas establecidas en el título VIII referido a las acciones de filiación<sup>84</sup>.

En esta misma línea, la tendencia de los jueces entrevistados comparte la idea de admitir a tramitación una solicitud de alimentos en la hipótesis de que la demandante sea la cónyuge del demandado, debido a que le favorece una presunción de paternidad. Verbi gracia uno de los jueces señaló:

*“Admitiría a tramitación una demanda de este carácter, excepcionalmente cuando demande la cónyuge del demandado porque existe una presunción de paternidad que no ampara al hijo proveniente de una relación no matrimonial”.*

Sin embargo, esto es cuestionado por alguno de los jueces, que manifiestan:

*“En cuanto a la cónyuge del demandado creo que es artificiosa la salida por parte del Tribunal. Digo esto porque se da a tramitación una demanda sin mayor cuestionamiento respecto a la situación de embarazo de la mujer, pues razonan en el siguiente sentido: Ella es la titular del derecho de alimentos y le favorece una presunción de paternidad, únicamente agregarían como dato de la causa para aumentar los alimentos su situación de embarazo, y no pidiéndolos para el verdadero titular de esta pensión de alimentos que es el concebido aun no nacido”.*

### 3.2.2 DEMANDA DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE ESTÁ POR NACER EFECTUADA POR LA CONVIVIENTE CIVIL DEL DEMANDADO

La Ley N° 20830 crea el AUC, y fue promulgada el día 13 de abril del año 2015 por el ejecutivo con un período de *vacatio legis* de seis meses desde su publicación en el Diario Oficial, publicación que se efectuó el 21 de abril del mismo año. Dicho ley a pesar de que tendería a normar aspectos patrimoniales no se restringió a ellos<sup>85</sup>, sino que abarcó también algunos de carácter personal tales como hacer extensiva la presunción de paternidad que se aplica a las personas casadas según lo preceptuado en el artículo 184 del CC a los convivientes civiles en el del Título IV referido a los efectos del AUC<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Bajo este supuesto cabe impetrar la acción de impugnación de paternidad del hijo concebido y nacido durante el matrimonio establecida en el artículo 212 del Código Civil dentro del plazo de los ciento ochenta días siguientes al día en que tuvo conocimiento de parto, o dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer.

<sup>85</sup> En conformidad al artículo 14 de la ley entre otros de los efectos personales se encuentra la ayuda mutua entre los convivientes civiles, solventar los gastos ocasionados por la vida común conforme a las facultades económicas de los convivientes y del régimen patrimonial que exista.

<sup>86</sup> Art. 21 LAUC. Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil.

A la profesora Quintana Villar le sorprende el hecho de que no se consagre el deber de fidelidad entre los convivientes civiles de diferente sexo, pero que si exista esta presunción de paternidad. Asimismo, que no se regule el derecho de alimentos recíprocos entre los convivientes civiles y que no se diga nada respecto a guardarse fe, que es el deber que el legislador en la LMC colige como el de mayor importancia<sup>87</sup>.

En definitiva al hacerse aplicable esta presunción de paternidad al AUC los jueces en este supuesto tampoco tendrían inconvenientes en admitir a tramitación una demanda de la conviviente civil del demandado y así lo expresaron en las entrevistas:

*“Si el concebido es fruto de una filiación matrimonial no hay inconvenientes ya que el artículo 184 del CC lo protege. Asimismo ocurre en el caso de que los padres sean convivientes civiles debido a que a la normativa del AUC se hizo aplicable la presunción de paternidad, pero fuera de estos supuestos el nasciturus no podría probar por ningún medio título legal”.*

### 3.2.3. DEMANDA DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE ESTÁ POR NACER PROVENIENTE DE UNA RELACIÓN NO MATRIMONIAL Y SIN CELEBRACIÓN DE ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

A pesar de que la norma no se refiere al estado civil que debe tener la madre para ejercer demanda de alimentos para su hijo que está por nacer, en la práctica este tercer supuesto ha sido el más discutido. La dificultad que tienen los jueces radica en la forma de determinar si el demandado es el padre de la criatura, pues en este supuesto, se hace difícil determinar la filiación. Así, al consultarles a los jueces sobre este supuesto la mayoría respondió en la siguiente línea. Se pondrá a modo de ejemplo a la juez n°11 quien expresó:

*“En el caso de que la madre este casada o exista AUC no hay problemas, la presunción de paternidad es clara. El problema se presenta cuando no existe esta presunción de paternidad y no hay certeza de si es demandado es o no el padre, en este caso se complica admitir a tramitación esta demanda”.*

La tendencia de los jueces en un comienzo fue establecer que no admitirían a tramitación la demanda en este supuesto, posteriormente a la hora de preguntarles acerca de la aplicación de la presunción de paternidad establecida en el artículo 210 del CC modificaron sus respuestas, de esta forma se pueden subdistinguir 2 hipótesis dentro de ésta:

#### 3.2.3.1 DEMANDA DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE ESTÁ POR NACER PROVENIENTE DE UNA RELACIÓN DE CONCUBINATO DE LOS PADRES

---

<sup>87</sup> QUINTANA VILLAR María, *El acuerdo de Unión Civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico Chileno*, RDPUCV (2015), p129.

Nuestro CC en su artículo 210 establece que:

*“El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad”.*

*“Si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, está sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquel”.*

Se debe tener presente que la ley no define lo que se debe entender por concubinato, el diccionario de la RAE define a la concubina como *“mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido”*. Y concubinato como *“la comunicación o trato de un hombre con su concubina”*.

El profesor René Ramos por su parte señala que lo que caracteriza el concubinato es el hecho que la pareja mantenga relaciones sexuales fuera del matrimonio, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidades por vínculo matrimonial y entre los requisitos del concubinato señala que la relación debe tener un cierto grado de estabilidad, con lo que se excluyen las relaciones sexuales accidentales discontinuas o intermitentes<sup>88</sup>. Por otro lado, en la época de discusión de esta norma se discutió si el concubinato debía ser “notorio” y se resolvió no exigir este requisito, ya que pudiera no estar en conocimiento del círculo social, pero no ser por ello menos permanente y entendió que de esta manera se alcanza en mejor medida el propósito de la disposición<sup>89</sup>.

Incluso en doctrina se distingue entre 2 clases de concubinatos<sup>90</sup>:

- a) completo: caracterizado por las relaciones sexuales estables fuera del matrimonio, existiendo entre las partes una comunidad de vida expresada en el hecho de vivir públicamente juntos, bajo un mismo techo.
- b) el que podríamos definir de incompleto: en este concubinato falta la comunidad de vida y que por la misma razón constituye una situación clandestina. Existen relaciones sexuales estables, pero cada parte conserva su habitación.

De esta forma sin existir un vínculo matrimonial ni AUC se podría dar a tramitación una demanda fundada en una relación de hecho que cuente con los caracteres mencionados por la doctrina. En este sentido la tendencia de los magistrados de los tribunales de familia es exigir lo que se ha denominado por doctrina como concubinato perfecto al requerir al menos convivencia de la madre con el supuesto padre por un cierto lapso de tiempo.

---

<sup>88</sup> RAMOS PAZOS, René, cit. (Nº 6) p. 243.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 429.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 650.

Así, la juez n°6 plantea que en esta hipótesis para admitir a tramitación esta demanda: *“se espera que la mujer que solicita alimentos para su hijo en gestación proveniente de una relación extramatrimonial fundamente mucho más, que establezca que tuvieron una relación estable, que convivieron por un cierto lapso de tiempo, si tuvo hijos previamente con esta persona sería un elemento a considerar para dar curso a esta demanda y luego en la etapa de prueba ver si efectivamente se logra acreditar el concubinato”*.

En la misma línea la juez n°3 expresa: *“Es necesario ver las razones de hecho esgrimidas por la demandante para ver si dar o no curso al examen de admisibilidad, seguramente si la mujer señala que ha convivido con el hombre de manera más o menos estable podría ser un elemento a considerar para darle curso y después en la prueba verifica si existió este concubinato, pero si es ocasional difícilmente podría considerársele”*.

En el mismo sentido la juez 11 expone: *“Si utilizaría el concubinato como presunción judicial, pero en el caso de relaciones basadas en pololeo o bien que sean ocasionales de ninguna forma”*.

Finalmente la juez n°5 magistrado señaló: *“La presunción del concubinato es prueba del juicio de filiación de esta forma no está pensada para una causa de alimentos ya que se podría demandar la filiación antes del nacimiento. Se establece debido a que el examen de ADN prenatal al no nacido es muy invasivo, puede provocar la muerte. Es complejo el tema, aunque uno podría extrapolar esta presunción para el caso de otorgar alimentos de carácter provisorio para el que está por nacer”*.

En la doctrina hay autores que están en la misma línea de lo que se ha venido señalando en este trabajo respecto al concubinato, Schmidt plantea: *“ello tendría lugar respecto de la madre soltera acreditando su convivencia con el presunto padre a la época de la concepción ya que la ley no distingue ni exige en ese evento prueba biológica alguna, máxime si el niño requiere de protección y cuidados especiales, tanto antes como después del nacimiento. Una posición diversa implica sustentar una discriminación basada en la soltería de la madre de los hijos que están por nacer, cuestión que no es razonable si se considera que todo hijo requiere de cuidados especiales durante su gestación”<sup>91</sup>*.

En este supuesto es posible concluir que no debería existir mayor problema para aceptar las demandas que se fundan en un concubinato completo, en cambio, en el caso del concubinato incompleto la situación se vuelve más compleja, es por esta razón que será analizado en el apartado siguiente.

---

<sup>91</sup> VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Derecho de familia. Tratado de jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Punto Lex, 2011) II, pp. 446-447.

### 3.2.3.2 DEMANDA DE ALIMENTOS PARA EL HIJO QUE ESTÁ POR NACER PROVENIENTE DE UNA RELACIÓN DE HECHO QUE NO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE CONCUBINATO

Este es el supuesto que presenta mayores dificultades, que incluye relaciones de pareja que van desde el noviazgo a uniones ocasionales. En este supuesto ya no nos encontramos con la presunción de paternidad establecida en el artículo 184 del CC, ni con la presunción de paternidad que se hace extensiva al AUC en el artículo 21 ni tampoco es posible aplicar el artículo 210 del CC. En este supuesto los jueces no son proclives a admitir a tramitación este tipo de demandas bajo ningún punto de vista.

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 1 inciso 4 de la Ley N° 14908 no realiza ningún tipo de distinción, por lo que en principio no deberían existir trabas al solicitar estos alimentos en esta situación, sin embargo como señalan nueve de los once jueces entrevistados, nos encontramos ante un problema probatorio.

El primer caso que podemos encontrar en este supuesto es el noviazgo. Lamentablemente ni nuestro ordenamiento jurídico, ni la doctrina ha estudiado esta situación, por lo que será necesario dilucidar sus alcances y efectos. Las relaciones de noviazgo son uniones afectivas entre dos personas que poseen un cierto grado de estabilidad en el tiempo y que no cumplen con los requisitos del concubinato como el de la cohabitación. Este tipo de relaciones no son consideradas como uniones familiares, sino que parte del ciclo unipersonal de la persona<sup>92</sup>.

En este tipo de relaciones suele haber un componente sexual que permite la procreación, en este sentido puede ser considerado como un indicio de la paternidad siempre que sea estable. Es por esta razón que si existe relación de noviazgo debiese ser admitida a tramitación la demanda y dependiendo de la prueba que se rinda en juicio poder presumir o no la paternidad del nasciturus.

El segundo caso que es necesario analizar es el de una relación accidental, intermitente, discontinua entre la madre y el presunto padre. En esta situación ni siquiera es posible establecer presunciones o indicios respecto a quién podría ser el padre. Es poco probable que una demanda que basada en esta situación supere el examen de admisibilidad consagrado en el artículo 54-1 de la LTF, a menos que cuente con fundamentos y pruebas necesarias para acreditar la solicitud.

Todas las situaciones antes estudiadas son idénticas a los obstáculos establecidos en la etapa de mediación, por lo que es posible realizar los mismos reproches que fueron

---

<sup>92</sup> PI ARRIAGADA, Enrique. *Análisis crítico de los proyectos de ley presentados al Congreso Nacional de Chile relativos al establecimiento de uniones civiles como forma de regulación de la pareja*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas (Santiago, Universidad de Chile, 2014), p. 15.

señalados en el primer capítulo de este trabajo respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

### 3.3 VÍA DE SOLUCIÓN A LOS OBSTÁCULOS EXTRALEGALES

En primer lugar, pueden ser superados estos obstáculos a través de una modificación legal que amplíe los casos de presunción legal o al menos establezca con claridad los indicios que permitirán presumir la paternidad de una persona.

Una segunda opción es utilizar los mecanismos que actualmente reconoce nuestra legislación. Específicamente a través de la solicitud de una medida prejudicial cautelar innovativa con ciertas adecuaciones a la normativa general en atención a la especial naturaleza de esta prestación alimenticia.

#### 3.3.1 MEDIDAS CAUTELARES

En nuestro país las medidas cautelares se edificaron en base al estatuto contenido en el título V, del libro II del CPC, de las medidas precautorias. En el entendido de González Marín las ideas matrices que destacan en esta construcción son: Primero, las medidas cautelares servirían para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor y en segundo término, las medidas cautelares son esencialmente de carácter patrimonial, es decir, pretenden asegurar uno o más bienes en pos de una futura ejecución forzosa. Estos serían los dos pilares en los cuales se ha elaborado la dogmática de la tutela cautelar en Chile<sup>93</sup>.

Así para González Marín, con las medidas cautelares consagradas en nuestro CPC se pretende paliar el tiempo que emplean los tribunales de justicia en resolver el conflicto ante ellos planteado. Para él, el tiempo necesario para que las afirmaciones de las partes puedan ser probadas y, en definitiva, para lograr la convicción del juez al momento de resolver el litigio, puede transformarse paradójicamente en el gran enemigo del proceso y en el principal obstáculo que encuentra el sujeto activo de la relación procesal. Al respecto, no se debe soslayar que desde antiguo rige el principio que durante la tramitación del procedimiento nada debe innovarse en él, *lite pendente nihil innovet*. Esto encuentra fundamento en la incertidumbre que tiene todo proceso, que solo se dilucida una vez dictada la sentencia definitiva y más ciertamente cuando adquiere firmeza y en ese sentido no se puede obviar que esto favorece al sujeto pasivo de la relación procesal, quien puede esperar el desarrollo del *iter procesal* sabiendo que durante ese tiempo la cosa sobre la cual recae el litigio permanecerá en su poder y que su patrimonio no sufrirá menoscabo alguno. Sin perjuicio de que pueda además tomar acciones que hagan desaparecer sus bienes,

---

<sup>93</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales*, REJ, N° 8, (2006), p.14.

transferirlos, deteriorarlos, y emplear cuanto recurso procesal tenga a su alcance a efectos de dilatar el proceso iniciado en su contra<sup>94</sup>.

Las finalidades que cumplen las medidas cautelares son diversas: En primer lugar, nos encontramos con la finalidad que tradicionalmente se le ha reconocido a la tutela cautelar, la conservativa que es aquella que busca *facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma*<sup>95</sup>". La segunda finalidad que cumplen las medidas cautelares es la innovativa, la cual ha sido desarrollada principalmente por la doctrina extranjera, y son aquellas que *tienden a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado*<sup>96</sup>.

Actualmente se han cuestionado los propios fundamentos de la tutela cautelar, alterándose la finalidad que tradicionalmente cumplió. Se establece esto debido a que gradualmente se ha evolucionado de una concepción eminentemente precautoria o conservativa hacia una finalidad anticipativa de la resolución del litigio.

Autores como Calamandrei ya había advertido que ciertas medidas cautelares decidían momentáneamente una relación controvertida, cumpliendo así también una finalidad anticipativa, *"precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario"*<sup>97</sup>. Por ende para él, con las medidas cautelares no se pretende ejecutar anticipadamente, ya que estas nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente pre-ordenadas a la emanación de una providencia posterior definitiva, el resultado práctico de la cual asegurar preventivamente.

Por consiguiente, un plano anticipativo también es propio en las medidas cautelares y así se ha reconocido tanto en la doctrina como jurisprudencia comparada. En el plano

---

<sup>94</sup>MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Tratado de las medidas cautelares, doctrina jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*<sup>2</sup>, (Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2015), pp, 28-29.

<sup>95</sup>CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945), p. 56.

<sup>96</sup>PEYRANO, Jorge. *Medida Cautelar Innovativa*. (Buenos Aires, Editorial Depalma, 1981) p.21.

<sup>97</sup>CALAMANDREI, Piero, cit. (Nº 95), pp., 58 y 59. CALAMANDREI había tenido oportunidad de observar que «la calificación de "cautelares" (o asegurativas, que es sinónimo) es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a todas la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza. Pero no todas las providencias cautelares son conservativas: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente. En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal manera que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar mira a conservar aquel estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos (por ejemplo, el secuestro conservativo que determina la indisponibilidad en cuanto a la futura ejecución forzada de los muebles hoy existentes en poder del deudor); pero otras veces, cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tender ya no a conservar el estado de hecho existente, sino a operar en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables».

nacional, en normativas especiales esta discusión se ha ido resolviendo pausadamente y así ocurre en la actualidad en materia ambiental, justicia laboral, propiedad industrial y en derecho de familia que se centrará en este apartado. En este ámbito se han previsto medidas que confieren amplias facultades al juez para que en cada caso sometido a su conocimiento determine el peligro que debe evitarse con la concesión de la correspondiente resolución que deberá establecer.

### 3.3.2 POTESTAD CAUTELAR EN LA LEY 19968

En la LTF es clara la intención legislativa de dotar a los jueces de importantes facultades cautelares. En este sentido el mensaje del ejecutivo señala “*con el objeto de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte*<sup>98</sup>”.

Esto se ve plasmado en el artículo 22 en el párrafo segundo de las reglas generales relativa a esta potestad:

*Artículo 22.- Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.*

*Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.*

*En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV Y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.*

### 3.3.3 MEDIDA PREJUDICIAL CAUTELAR INNOVATIVA

Para solucionar los obstáculos extralegales ya analizados es necesario recurrir a la potestad cautelar entregada a los jueces de familia, específicamente se deben solicitar alimentos provisorios como una medida prejudicial cautelar innovativa. Esta vía cobra importancia en aquellos casos ya analizados, en donde no existe una relación matrimonial o no hay AUC entre la madre embarazada y el demandado. Sin embargo, esta medida cautelar presentará algunas particularidades en atención a la especial naturaleza de estos alimentos.

---

<sup>98</sup> Historia de la Ley 19968, Mensaje Presidencial, p.8.

### 3.3.3.1 MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER INNOVATIVA

La medida cautelar que se solicitaría sería innovativa y consistiría en la petición de alimentos provisorios hasta el nacimiento de la criatura. Este es el mecanismo más idóneo para tutelar a la madre y a la criatura que está en el vientre materno en base a las actuales normas que regulan la materia. Posteriormente al nacimiento se deberían solicitar los alimentos, a través de una demanda principal con el fin de obtenerlos de manera definitiva. De esta manera se evitan los posibles obstáculos y objeciones que pudiera señalar los operadores jurídicos.

La finalidad de esta figura es anticipativa, ya que se trata de medidas que tienden a mutar o bien alterar el estado de hecho de los justiciables, en este caso, se busca alterar la situación fáctica inicial del demandado de alimentos. En tal sentido se ajusta a lo dispuesto en el artículo 22 inciso primero de la LTF que establece que el tribunal *“podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes”*<sup>99</sup>.

### 3.3.3.2 MEDIDA PREJUDICIAL

Para impedir que la solicitud de alimentos a favor del que está por nacer sea declarada inadmisibles por parte de los jueces de familia, la medida debe ser solicitada de manera prejudicial. El artículo 22 de la LTF permite expresamente solicitar de forma prejudicial esta medida.

### 3.3.3.3 NORMAS SUPLETORIAS

La norma base en esta materia es el artículo 22 de la LTF, que establece su aplicación subsidiaria en el caso que existan leyes especiales que regulen las mismas materias. Se podría pensar que en primer lugar se debiese utilizar la ley 14908, ya que, tiene un carácter especial en lo que a pago de alimentos y medidas cautelares se refiere. Sin embargo, las medidas cautelares que regula esta ley, parten del supuesto en que se ha presentado una demanda principal sin que se haga referencia a las medidas prejudiciales, por lo que no podrían aplicarse subsidiariamente sus normas.

Si nos centramos en la ley 14908, la medida cautelar más relevante que se establece es la concerniente a los alimentos provisorios que en su artículo 4 establece:

*“En los juicios en que se demanden alimentos el juez deberá pronunciarse sobre los alimentos provisorios, junto con admitir la demanda a tramitación, con el sólo mérito de los documentos y antecedentes presentados”*.

Se puede apreciar que la procedencia de los alimentos provisorios según esta ley, se realizará únicamente en el caso de admitir a tramitación la demanda. Si aplicáramos esta norma respecto de los alimentos que se solicitan a favor del que está por nacer, no sería posible superar los obstáculos extralegales que han sido analizados en este trabajo.

---

<sup>99</sup> GANDULFO, Eduardo, *El recurso de apelación sobre los alimentos provisorios dictaminados en audiencia de proceso de alimentos*, RIEP, N° 1 (2011), pp 211- 212.

Otro argumento que permite establecer que no es posible aplicar la ley 14908 al caso en comento, es que sus normas no solo omiten hacer referencia a las medidas prejudiciales, sino que ponen el énfasis en las medidas cautelares de carácter conservativo como queda de manifiesto en el artículo 6, que señala:

*“Las medidas precautorias en estos juicios podrán decretarse por el monto y en la forma que el tribunal determine de acuerdo a las circunstancias del caso. Toda resolución que fije una pensión de alimentos deberá determinar el monto y lugar de la misma”.*

Al respecto, la jurisprudencia ha entendido que tales medidas precautorias *tienen por objeto asegurar el resultado de la acción deducida por el demandante, lo cual lleva a precisar que solo procede entre el término que media desde la interposición de la demanda y la sentencia de término*<sup>100</sup>. La finalidad que tendrían estas medidas sería garantizar el pago de la prestación alimenticia, a modo de ejemplo en la causa rol N° 149 del año 2013 se revoca la sentencia apelada y se concede la adopción de una medida precautoria consistente en la prohibición de gravar y enajenar un vehículo de propiedad del alimentante en virtud de lo preceptuado por el artículo 6 de la ley 14908<sup>101</sup>.

De todo este análisis se desprende que no existirían normas especiales aplicables más allá de la LTF.

Por otro lado, en base a lo que establece el inciso 3° del artículo 22 LTF, serían aplicables de manera supletoria a dicha ley, las normas del título IV y V del libro II del CPC. Sin embargo, las normas del CPC se aplicarían de manera supletoria únicamente en lo que concierne a la regulación de las medidas prejudiciales, ya que, las demás normas de dicho código regulan medidas cautelares de finalidad conservativa, la cual inspiró la creación de estas medidas en el CPC, no así aquellas que tienen un carácter anticipativo que no están reguladas en dicho cuerpo normativo. Una de las normas del CPC que puede ser ocupada de manera supletoria es el artículo 287 que establece: *“Para decretar las medidas de que trata este Título, deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos.”*, en virtud de este precepto al momento de solicitar los alimentos provisorios como medida prejudicial se debe señalar la acción que se propone deducir posteriormente, que no será otra que la demanda de alimentos fundada en el derecho de alimentos del que está por nacer consagrado en el artículo 1 inciso cuarto de la ley 14908.

En conclusión, solo serán aplicables aquellos preceptos que regulen de manera general las medidas prejudiciales, siempre que no contradigan lo establecido en la LTF.

#### 3.3.3.4 DE OFICIO O A SOLICITUD DE PARTE

Lo normal será que esta medida sea solicitada a petición de parte, sin embargo el artículo 22 de la LTF consagra la posibilidad de que esta medida cautelar sea decretada de oficio. En palabras de Marín los jueces en virtud de esta potestad de oficio que se les

---

<sup>100</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 228-2007, de fecha 14 de Mayo de 2007, p. 1.

<sup>101</sup> Corte de Apelaciones de Concepción Rol N°149-2013, de fecha 12 de junio de 2013, p.1.

atribuye deben ser extremadamente prudentes, no sería bueno que el juez sin petición del actor conceda *mutu proprio* una medida cautelar, pues el riesgo de perder la imparcialidad es muy grande y desnaturalizaría la función propia del legislador<sup>102</sup>.

### 3.3.3.5 PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

En atención a este aspecto la LTF, no varió enormemente en relación a lo contemplado en el CPC ya que, se exigen los mismos presupuestos para aplicar medidas cautelares. En este sentido, requeridas por el demandante, no implica que necesariamente el juez deba otorgarlas. Solicitadas estas medidas deben ser probadas por quien las pide, teniendo la carga de acreditar cada uno de estos presupuestos<sup>103</sup> que a continuación se pasarán a analizar.

#### a) *PERICULUM IN MORA*

La medida cautelar requiere para ser concedida de un peligro inminente de daño. En palabras de Marín el peligro en la demora en la medida cautelar de alimentos provisorios no está dado por el peligro de infructuosidad<sup>104</sup>, sino por el peligro de retardo, esto es, por el temor a que la justicia llegue demasiado tarde. Las medidas cautelares innovativas, solo podrán decretarse en casos de urgencia lo que se vincula con la idea de peligro en la demora. Idea que ha sido ratificada por los tribunales nacionales que han señalado: “*La concesión de alimentos provisorios es un medio de conservar la existencia al alimentario, buscando el legislador que, a través de ellos, se provea con urgencia a la satisfacción de las necesidades de aquel mientras se dilucida la acción que las difíciles circunstancias le obligaron a entablar*”<sup>105</sup>. De esta manera, la tardanza podría generar un grave daño al no poder cubrir lo indispensables para la subsistencia del alimentario, que en este caso es el que está por nacer, que tiene requerimientos especiales durante el proceso de gestación y en la época del parto.

#### b) *FUMUS BONI IURIS*

En base a este requisito debe existir una presunción grave de la existencia del derecho que se solicita, en la situación en comento no basta acreditar simplemente el estado de embarazo, se requiere de algún grado mayor de avance. Para Calamandrei se exige cierta veracidad en la pretensión, de esta forma señala “*por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y verosimilitud*”<sup>106</sup>.

En la ley procesal chilena se exige para configurar este presupuesto que se acompañen comprobantes que constituyan al menos presunción grave del derecho que se

---

<sup>102</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, cit. (N° 94), p. 572.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>104</sup> La infructuosidad se ha entendido *como aquella que asegure de manera pronta la existencia de bienes o de la cosa objeto de la demanda en vista a l futura ejecución*. *Ibid.*, p. 320.

<sup>105</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales., Tomo LXXVIII, Sección 2°, 1981, p. 34.

<sup>106</sup> *Ibid.*, 330.

reclama, según lo preceptuado en el artículo 298 del CPC, el cual se aplica de manera supletoria en este caso. No se exige una plena prueba sino un grado inferior, cual es, una presunción grave del derecho reclamado. Pereira en este sentido observa que el precepto exige al actor la aportación de comprobantes que hagan presumible el derecho cuya declaración se pretende, la cual debe ser grave, es decir, de una entidad como para producir convicción sobre la existencia de un muy probable derecho que haya de ser reconocido posteriormente en una sentencia final<sup>107</sup>.

En relación con la forma de acreditar la presunción grave del derecho reclamado, hay acuerdo en la doctrina chilena que la palabra comprobantes que emplea el artículo 298 CPC no solo se refiere a documentos sino a cualquier otro medio de prueba<sup>108</sup>.

En este caso, se podría acreditar el estado de embarazo mediante exámenes médicos, además se deben acompañar antecedentes que permitan presumir que el demandando es el padre de la criatura y que por tanto, deben solicitarle a él los alimentos. La jurisprudencia en cuanto a este asunto ha resuelto que el legislador al exigir que se acompañen comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama no ha exigido pluralidad de ellos sino que se ha tomado aceptación como sinónimo de prueba, medios probatorios<sup>109</sup>. Así, podría utilizarse cualquier medio de prueba, según lo contemplado en el artículo 28 de la LTF al establecer libertad de prueba. Por ende, podría acreditarse la relación de noviazgo y la relación accidental por medio de testigos, presentación de grabaciones, videos o fotografías, etc.

#### C) LAS MEDIDAS INNOVATIVAS PODRÁN DISPONERSE EN SITUACIONES URGENTES Y CUANDO ASÍ LO EXIJA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO NIÑA Y ADOLESCENTE

Como ya ha sido señalado, esta medida prejudicial busca mantener la subsistencia del nasciturus lo cual tiene un carácter urgente, si a esto se le suma lo que señala el principio de interés superior del niño, que permiten interpretar todas las normas antes mencionadas de una manera armónica con los derechos de la criatura que está por nacer. En consecuencia, debe ser admitida la medida prejudicial innovativa, ya que, la subsistencia del nasciturus, constituye una situación de urgencia.

#### 3.3.3.6 TRAMITACIÓN

La solicitud de esta medida debe ser presentada por escrito, adjuntando el solicitante los medios probatorios que acrediten el humo de buen derecho y el peligro en la demora. El juez puede acceder a ellas inmediatamente sin necesidad de una audiencia previa o rechazándola de plano si no aparece suficientemente justificada o son insuficientes los antecedentes.

---

<sup>107</sup> PEREIRA ANABALON, Hugo. *Embargo y cautela en el proceso chileno*. RDPUCH, N° 17, (1992), p. 86.

<sup>108</sup> NÚÑEZ ÁVILA, René; CORTÉS ROSSO, Mauricio. *Derecho de Familia. La primera reforma civil en Chile*. (Santiago de Chile, Editorial Legalpublishing, 2012) p. 181.

<sup>109</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, cit. (N° 94), p. 332.

La potestad del juez de familia para otorgar medidas cautelares en esta situación no es una facultad discrecional, al respecto la doctrina ha señalado que cuando se cumplen los requisitos es imperativo decretarlas por parte del juez<sup>110</sup>.

En virtud de los artículos 54-2 y 22 de la LTF, se puede decretar cualquier tipo de medida cautelar debido a que esta ley no las señala de manera taxativa<sup>111</sup>.

### 3.3.3.7 PROBLEMAS DE LA INTERPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA:

El primer problema que puede presentarse en esta vía, se relaciona con la duración de esta medida, especialmente cuando una de las características de la tutela cautelar es su provisionalidad, la cual se manifiesta en el artículo 280 del CPC y hace referencia al carácter transitorio de las medidas cautelares. Sin embargo, no es posible aplicar dicho artículo, debido a que tiene como objeto regular las medidas prejudiciales precautorias, lo cual es incompatible con la regulación de las medidas cautelares innovativas.

Ante el vacío normativo es necesario establecer: ¿hasta cuándo se pueden mantener estos alimentos provisorios? La respuesta que se cree conveniente, es que deben solicitarse los alimentos provisorios hasta la espera del nacimiento del embrión. En esta circunstancia la doctrina está conteste en que las medidas cautelares solo pueden dejarse sin efecto cuando haya desaparecido el peligro en el que se funda lo que es una cuestión de hecho que debe ser analizada caso a caso por el juez<sup>112</sup>. Por esta razón no existe inconveniente en mantener los alimentos provisorios hasta el nacimiento.

En conclusión, solicitar los alimentos como una medida prejudicial innovativa es una solución viable para contrarrestar los obstáculos extralegales de nuestro sistema y que se extrae de la normativa vigente, sin embargo los aspectos negativos de esta solución podrían ser el aumento de los trámites necesarios para la constitución de los alimentos definitivos, el aumento de los costos que debe soportar el demandante, entre otros. Por lo que es recomendable la realización de una modificación legislativa que establezca un procedimiento sumario y especial para estos casos. También como recomendación final, se debe señalar la necesidad de capacitar a los operadores jurídicos respecto a estas materias, de manera que sus actuaciones no terminen por vulnerar derechos esenciales de las personas, como la tutela judicial efectiva.

---

<sup>110</sup> AGUIRREZÁBAL, Maite. *La adopción de medidas cautelares innovativas en el procedimiento de violencia intrafamiliar*. [En línea] 2014 [Fecha de consulta: 23-10-2017] Disponible en: <http://www.ichdp.cl/la-adopcion-de-medidas-cautelares-innovativas-en-el-procedimiento-de-violencia-intrafamiliar/>.

<sup>111</sup> . MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, cit. (N° 94), p. 129.

<sup>112</sup> CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*<sup>6</sup>. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010 ) II p. 201.

## CONCLUSIONES:

1.- El artículo 1 de la Ley N° 14908 reconoció el derecho de solicitar alimentos a favor del nasciturus, cuyo texto actual quedó fijado con la dictación de la Ley N° 20152. Esta norma ha generado un fuerte debate a nivel doctrinal acerca de sus alcances y efectos, y por otro lado, ha generado una serie de interpretaciones a nivel de los operadores jurídicos que han terminado por limitar su aplicación.

2.- El titular de este derecho de alimentos es el nasciturus quien lo ejercerá por regla general por medio de su madre o un tercero que puede ser cualquiera de sus abuelos, lo que se desprende de las normas de rango constitucional y legal que protegen a la criatura que está en el vientre de la madre. La ley consagra una capacidad amplia a favor de la madre para solicitar estos alimentos, sin importa su es mayor o menor de edad. Respecto al legitimado pasivo, esto recae en primer lugar en el padre del no nacido, y de manera subsidiaria en los abuelos.

3.- Al analizar la aplicación de este precepto por parte de los operadores jurídicos, específicamente, por parte de los centros de mediación y los tribunales de justicia, es posible constatar la existencia de una serie de requisitos que no se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

4.- Los obstáculos que pudieron ser constatados son: La solicitud de documentos que no son exigidos por la ley, como el certificado de nacimiento; El desconocimiento que existe respecto a las normas que regulan el derecho de alimentos a favor del que está por nacer, que han hecho que por ejemplo, algunos centros de mediación exijan que la madre menor de edad que solicite alimentos sea acompañado por su representante legal debido a su supuesta incapacidad en esta situación; La interpretación errada de algunos funcionarios y jueces que consideran que el nasciturus no es titular de derechos al no tener el estatuto legal de persona; En algunos centro de medición se exige además que la madre tenga al menos 6 meses de embarazo; por último, algunos jueces señalan que no es posible admitir a tramitación este tipo de demandas debido a lo difícil que es acreditar la paternidad del nasciturus.

5.- Respecto a la determinación de la paternidad del nasciturus, en la práctica lo jueces de familia distinguen cuatro supuestos que permitirán dilucidar en que oportunidad se deben dan estos alimentos. En los primeros dos supuestos, que son en el caso de que exista un matrimonio entre los padres del nasciturus al momento de la concepción o el nacimiento, y en el caso de que exista un AUC, no habría inconvenientes debido a que los amparan una presunción legal de paternidad, por lo que no será necesario probar esta circunstancia. En el caso del concubinato, el nasciturus completo se encontraría amparado por la presunción del artículo 210 CC que permitiría a los jueces presumir la paternidad en virtud del concubinato

de la madre con el supuesto padre. Por último, en el caso del concubinato incompleto, que está integrado por casos como el del noviazgo y de las relaciones accidentales, en criterio de los jueces no existiría ninguna norma que los ampare.

6.- Las situaciones antes analizadas constituyen una vulneración grave de la tutela judicial efectiva y también del principio de interés superior del niño. En el primer caso, se vulnera uno de los aspectos de la tutela judicial efectiva, que es el derecho de acceso a la justicia, en virtud del cual no se puede establecer retrasos u obstáculos injustificados para acceder a una resolución de los conflictos, lo que se encuentra contrariado por los obstáculos extralegales ya analizados. Respecto al interés superior del niño, las trabas que se imponen para solicitar alimentos van en contra de lo preceptuado expresamente en la Constitución, tratados internacionales y la ley vigente que deben ser interpretados de manera armónica con los intereses del nasciturus, de esta manera una correcta interpretación lleva a concluir que no deben agregarse requisitos que no sean expresamente señalados por el legislador. Esta exigencia es aplicable tanto a las instituciones públicas como privadas que intervienen en la etapa de mediación.

7.- La solución ante estos obstáculos se podrían solucionar mediante dos vías: En primer lugar como vía inmediata proponemos como solución reinterpretar los mecanismos que establece nuestro propio ordenamiento jurídico. Específicamente se deberían solicitar los alimentos como una medida cautelar innovativa de carácter prejudicial, lo que permitiría satisfacer los intereses del nasciturus de una manera más expedita. Además de contar con una mayor capacitación a los operadores que intervienen en la fase de mediación. En segundo lugar como vía mediata sería ventajosa una modificación en la legislación existente, de manera que se amplíen o que al menos queden determinados de manera expresa las presunciones de paternidad respecto del nasciturus, especialmente en el caso del concubinato incompleto. Por otro lado, sería ideal el establecimiento de un procedimiento especial para solicitar alimentos a favor del que está por nacer que atienda a sus particularidades.

## BIBLIOGRAFÍA:

### FUENTES JURISPRUDENCIALES

Revista de Derecho Y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales., Tomo LXXVIII, Sección 2º, 1981.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia Rol N° 228-2007, de fecha 14 de Mayo de 2007.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia Rol 38-2013, Primera sala, de 15 de Marzo de 2013.

Corte Suprema, sentencia Rol N° 22.372-2014, de fecha: 23 de abril de 2015.

Corte Suprema, sentencia Rol N° 35.152-2017, de fecha 10 de Enero de 2017.

### MONOGRAFÍAS

ABELIUK, René, *Las obligaciones*<sup>5</sup>. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008) II, 1263 p.

ALDEA MOSCOSO, Rodolfo, *“De la autocomposición”*,(Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989), 243 p.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Tratado de derecho civil parte preliminar y general*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005) I, 646 p.

BAVESTRELLO BONTÁ, Irma, *Derecho de Menores*<sup>2</sup>, (Santiago, LexisNexis, 2003), 329 p.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945), 232 p.

CORRIENTE CÓRDOBA, José Antonio, *Valoración de los preámbulos de los tratados internacionales*, (Navarra, Ediciones Universidad de Navarra Pamplona, 1973), 68 p.

CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*<sup>6</sup>, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010) III, 223 p.

DEL PICÓ RUBIO, Jorge; ACUÑA, Marcela; AEDO, Cristian; JARUFE, Daniela; MONDACA, Alexis; RIVEROS Carolina, *Derecho de Familia*, (Santiago, Thomson Reuters, 2016), 700 p.

GREEVEN BOBADILLA, Nel, *Filiación: Derechos fundamentales y problemas de su actual normativa*, (Santiago, Editorial Librotecnia, 2017), 632 p.

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *La presunción de paternidad en la ley de acuerdo de unión civil*. En: Estudios sobre la nueva ley de acuerdo de unión civil, (Santiago, editorial Thomson Reuters, 2016), 107-116 pp.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Tratado de las medidas cautelares, doctrina jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*<sup>2</sup>, (Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2015), 680 p.

NÚÑEZ ÁVILA, René; CORTÉS ROSSO, Mauricio. *Derecho de Familia. La primera reforma civil en Chile*, (Santiago de Chile, Editorial Legalpublishing, 2012), 558 p.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl; PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Manual de derecho procesal civil parte general*, (Santiago, Thomson Reuters, 2013), 486 p.

ORELLANA TORRES, Fernando. *Manual de Derecho Procesal*<sup>3</sup>, (Santiago, Librotecnia, 2009) II, 453 p.

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *Los alimentos en el derecho chileno*<sup>2</sup>, (Santiago, Editorial Metropolitana, 2009), 328 p.

ORREGO ACUÑA, Juan. “*Consideraciones en torno a la regulación de los alimentos en el Derecho Chileno*”. En: Estudios de derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (Olmué, LegalPublishing, 2009), 141- 158 pp.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos; ETCHEBERRY COURT, Leonor; MONTERO IGLESIS, Marcelo, *Nueva regulación del derecho de alimentos. Primera parte. Aspectos sustantivos*<sup>2</sup>, (Santiago de Chile, publicación del Servicio Nacional de la Mujer y la Universidad Diego Portales, 2003), 106 p.

PEYRANO, Jorge. *Medida Cautelar Innovativa*, (Buenos Aires, Editorial Depalma, 1981), 128 p.

QUINTANA VILLAR, María Soledad, *Derecho de Familia*<sup>2</sup>, (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015), 528 p.

RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*<sup>6</sup>, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007) II, 673 p.

ROMERO SEGUÉL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*,(Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006) I, 128 p.

SCHMIDT, Claudia, *Del Derecho Alimentario Familiar en la Filiación*, (Santiago, Editorial Punto Lex S.A., 2008), 182 p.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Derecho de familia, Tratado de jurisprudencia y doctrina*, (Santiago, Editorial Punto Lex, 2011) II, 640 p.

VODANOVICH AKLICKA, Antonio, *Derecho de alimentos*<sup>4</sup>, (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004), 286 p.

#### ARTÍCULO DE REVISTA

AGUIRRÉZABAL GRÜNSTEIN Maite, *Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia*, RCHDP, N° 20, (2013), 295-308 pp.

BAEZA CONCHA, Gloria. *El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*, RCHDPUC, Vol., 28, N°2, (2001), 355-362 pp.

CORRAL TALCINI Hernán, *Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial*, RCHDPUC, Vol. 19 (1992), 439-460 pp.

CORRAL TALCIANI, Hernán. *La Filiación Matrimonial*. RAJ, N°7, (2003), 241-262 pp.

CORRAL TALCINI, Hernán, *El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida*, RIEP, Vol. 11 N° 1 (2005), 37-53 pp.

ENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva del derecho constitucional chileno*. REC, Vol. 11 N° 1, (2013), 459-476 pp.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, *Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto*, RDV, Vol. 20, N° 2 (2007), 95-130 pp.

GANDULFO, Eduardo, *El recurso de apelación sobre los alimentos provisionales dictaminados en audiencia de proceso de alimentos*, RIEP, N° 1 (2011), 205-230 pp.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales*, REJ, N° 8, (2006), 13-37 pp.

MAYER LUX Laura, *La vida del que está por nacer como objeto de protección legal*, RDF UVM, N° 5 (2011), 63-80.

MENESES PACHECO, Claudio, *Aspectos procesales de la ley 20152 que incorpora modificaciones relativas a los juicios de alimentos*, REJ, N° 10, (2008), 221-249.

PAREDES ZIEBALLE, Alejandro, *La mediación familiar obligatoria: un crítica a la regulación y funcionamiento en Chile*, RCHDCP, UACH, Vol. 3, N° 2, (2012), 189-224 pp.

PEREIRA ANABALON, Hugo. *Embargo y cautela en el proceso chileno*. RDPUC, N° 17, (1992), 81-98 pp.

QUINTANA VILLAR María, *El acuerdo de Unión Civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico Chileno*, RDPUCV (2015), 121-140 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo, *La noción de persona en la constitución*, RDP, N° 57 (1991), 137-144.

UGARTE GODOY José Joaquín, *El derecho de vida y la constitución*, RCHDPUC, Vol. 33, N° 3 (2006), 509-527 pp.

#### PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

ARANCIBIA OBRADOR, María José; CORNEJO AGUILERA, Pablo. *El Derecho de familia en Chile: Evolución y nuevos desafíos. Ius et Praxis* [online]. 2014, vol.20, N° 1 [Fecha de consulta: 2017-10-03], pp.279-318. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122014000100011&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000100011&lng=es&nrm=iso)>.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*. [En línea]. 2011, [Fecha de consulta: 2017-10-02], pp.311-337. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372011000200006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200006&lng=es&nrm=iso)>.

ESCANDON ALOMAR, Jesús. *La Concepción de la Ciencia del Derecho y el concepto de Derecho vigente en el pensamiento jurídico de Alf Ross*. [En línea]. 2001 [Fecha de consulta: 03 Octubre 2017], p.169-174. Disponible en: World Wide Web: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502001000200011&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000200011&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0950.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. *La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI* [En línea] 2015 [Fecha de consulta: 01 de Octubre de 2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/24.pdf>.

GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*. [online]. 2013 [Fecha de consulta: 2017-10-02], pp.229-282. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007&lng=es&nrm=iso)>.

GANDULFO, Eduardo, *Reconocimiento de Paternidad: Tópicos y Cuestiones* [online]. 2007, [Fecha de consulta: 10-10-2017], pp.201-250. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372007000200002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200002&lng=es&nrm=iso)>.

NÚÑEZ JIMÉNEZ, Carlos, *La obligación de alimentos de los abuelos: Estudio jurisprudencial y dogmático*. [En línea]. 2013, [Fecha de consulta: 2017-09-30], pp.47-88. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722013000200003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000200003&lng=es&nrm=iso)>.

VENTURA ROBLES, Manuel, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad* [En línea] 2005 [Fecha de consulta: 01 Octubre 2017]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31036.pdf>.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos. *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. [En línea] 2015 [Fecha de consulta: 01 de Octubre de 2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>.

#### TESIS

ÁLVAREZ QUIÑONES, Viviana; ORTEGA PÉREZ, Pamela, *La mediación como medio idóneo en la resolución de conflictos familiares*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Universidad de Chile, 2012), 115 p.

DÍAZ, María Florencia, *Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno que conceden los artículos 1458 y 2316 del Código Civil*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, (Santiago, Universidad de Chile, 2012), 97 p.

LEAL SALINAS, Leonel. *Cumplimiento e incumplimiento de la obligación de alimentos. Expectativas de reforma*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Universidad de Chile, 2015), 226 p.

MEDINA LEMA, María Consuelo. *El concepto del interés superior del niño: su alcance en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia*. Proyecto de investigación para optar al grado de egresado en Derecho, (Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2015), 41 p.

PI ARRIAGADA, Enrique. *Análisis crítico de los proyectos de ley presentados al Congreso Nacional de Chile relativos al establecimiento de uniones civiles como forma de regulación de la pareja*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas (Santiago, Universidad de Chile, 2014), 141 p.

#### OTROS DOCUMENTOS

Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 20.152, que introduce diversas modificaciones a la ley 14.908.

Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana [En línea] [Fecha de consulta: 01 -10-2017] Disponible en: <http://www.cajmetro.cl/servicio-de-orientacion-e-informacion/>.

Ministerio de Justicia, Anuario Estadístico de Justicia de Familia, 2013.

Ministerio de Justicia, “*Resumen Ejecutivo Corporaciones de Asistencia Judicial*” [En línea] 2014 [Fecha de consulta: 01 de Octubre de 2017] Disponible en: [http://www.dipres.gob.cl/574/articles-139812\\_r\\_ejecutivo\\_institucional.pdf](http://www.dipres.gob.cl/574/articles-139812_r_ejecutivo_institucional.pdf).

La Tercera [En línea] 2011 [Fecha de consulta: 10-10-2017] Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/crean-nuevo-test-de-paternidad-no-invasivo/>.

Sistema Nacional de Mediación Familiares [En línea] [Fecha de consulta: 30-09-2017] Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/donde-solicitar-una-mediacion/>

Subsecretaría de Salud Pública, División Prevención y Control de Enfermedades, Guía Perinatal Departamento de ciclo vital, programa Nacional salud de la mujer 2015. Disponible en: [http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PERINATAL\\_2015\\_%20PARA%20PUBLICAR.pdf](http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PERINATAL_2015_%20PARA%20PUBLICAR.pdf).

## ANEXOS:

### 1. PREGUNTAS Y RESPUESTAS REALIZADAS EN LAS UNIDADES DE ATENCIÓN AL PÚBLICO EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, CORPORACIONES DE ASISTENCIA JUDICIAL Y CENTROS DE MEDIACIÓN:

*¿Cuál es el procedimiento que se sigue en los casos que una madre embarazada solicite alimentos?*

Centro de Atención de Asuntos de Familia (Santiago): en general los usuarios deben presentar cierta documentación previa antes de derivarlos a mediación en las materias que son obligatorias. Entre ellos cédula de identidad vigente, certificada de nacimiento del niño/a o adolescente cuyo documento no puede tener más de 30 días desde su fecha de emisión, certificada de matrimonio en caso de ser necesario, teléfono de contacto y/o correo electrónico.

Al consultarles sobre el procedimiento que debían seguir las madres embarazadas al solicitar alimentos establecen: efectivamente se podría porque la norma lo establece, pero el desconocimiento del artículo por algunos de los funcionarios que atendemos en los distintos módulos del centro, que en total son 23 y los requisitos administrativos exigidos (que los estiman como forzosos) hacen que no le den curso a la solicitud de alimentos para el concebido, es por esto que ingresar al usuario y derivarlo a mediación depende plenamente de la voluntad de cada funcionario que atiende a los usuarios que preguntan por este tema.

Jefe de Unidad del Centro de Atención de Asuntos de Familia (Santiago): la madre embarazada tiene la posibilidad de solicitar alimentos para el que está por nacer, pero lo más probable es que la mediación se frustre al no existir acuerdo y porque es difícil comprobar la paternidad, por eso si se frustra es necesario realizar el proceso como lo indica la ley. En este sentido debe existir reconocimiento previo por parte del presunto padre del nasciturus para de esta forma demandar los alimentos ante el tribunal de familia.

Unidad Atención al público del Juzgado de Familia (Valparaíso): el nasciturus solo tiene derechos eventuales que se materializan con el nacimiento, por ende en caso de que fuera a pedir orientación una mujer embarazada acerca de los alimentos le recomendaría la espera del nacimiento. Sin embargo, podría intentarlo recurriendo a mediación, ya que, en sede judicial depende del criterio del juez, pero en definitiva en la mayoría de los casos no los conceden al no estar casados.

Unidad de Atención al público del Juzgado de Familia (Viña del Mar): es posible que una madre solicite alimentos para el concebido, pero para ello es necesario pasar por un centro de mediación al que deben dirigirse los usuarios y que en el supuesto de ser una madre

menor de edad es necesario que tanto en la etapa de mediación y de juicio sea acompañada por su representante legal, pues su incapacidad le impide actuar en juicio personalmente.

Corporación Asistencia Judicial de Valparaíso: en principio recomendaría a la madre embarazada esperar al nacimiento de la criatura, para evitar la discusión acerca del estatuto de persona respecto al nasciturus. Además el hecho de que nuestro Código Civil establezca que la existencia legal de las personas comienza con el nacimiento arrojaría esa conclusión, lo que se condice con la exigencia de un certificado de nacimiento y por otro lado, en atención a que la filiación debe estar determinada. Al comentarle la norma establece que es posible acudir a mediación, aunque es complejo, en la medida que no está determinado el título del alimentante en ese caso cabe reconocimiento nada más.

Corporación de Asistencia Judicial de Quilpué: si llega una mujer embarazada la derivamos a mediación pues está consagrado expresamente el derecho de alimentos para el que está por nacer. Sin embargo el otorgar o no alimentos depende del criterio de juzgador.

Centro 1 de Mediación de la región de Valparaíso: la madre para pedir alimentos únicamente puede dirigirse a mediación cuando cumpla al menos 6 meses de embarazo, siempre y cuando esté casada. Por el contrario, cuando no lo esté y la criatura aún no nace, debe esperar a su nacimiento para que el padre realice el reconocimiento de paternidad y así demandar alimentos.

Centro 2 de Mediación de la región de Valparaíso: si una mujer embarazada quiere regular alimentos para su hijo no nacido, nosotros no estamos facultados para mediar sobre este asunto debido a que como mediadores se nos exige adjuntar el certificado de nacimiento junto con el acta del acuerdo que se remite al tribunal para su aprobación. En ese caso el juez es el llamado a pronunciarse. Por otro lado, no existe obligación legal de otorgar alimentos por ende no se puede concretar el proceso de mediación.

Centro 3 de Mediación de la región de Valparaíso: la ley si establece alimentos para el que está por nacer, pero debido a las circunstancias particulares de la norma en vez de exigir certificado de nacimiento solicitamos un examen médico que acredite el estado de embarazo de la madre, independiente de los meses de gestación de la criatura. Además, el procedimiento que se sigue es el mismo para todas las materias en las cuales existe mediación previa obligatoria.

## 2. PREGUNTAS Y RESPUESTAS REALIZADAS A LOS JUECES DE FAMILIA:

*1. A lo largo de sus años de ejercicio profesional ¿Ha recibido demandas fundadas en el derecho de alimentos del que está por nacer consagrado en el artículo 1 inciso 4 de la ley 14.908?*

Sí: 5

No: 6

Juez n°1 Valparaíso: sí, a veces ampliamente pidiendo que se decrete alimentos. Dicen de esta manera que encontrándose la demandante embarazada y que la ley reconoce el derecho de alimentos del niño que está por nacer piden que se fijen alimentos en la demanda o bien los solicitan en la audiencia preparatoria. Rechazándolo.

Juez n°2 Valparaíso: no.

Juez n°3 Valparaíso: sí, cuando ha demandado la cónyuge embarazada, solo en esa situación y excepcionalmente, dando alimentos solo en esos casos.

Juez n°4 Valparaíso: no, como alegación de contestación es muy utilizada, cuando piden aumento de pensión alimenticia, la contraparte señala que no debiera concederse tal aumento debido a que hay una nueva carga familiar proveniente de este niño que está por nacer. Como acción no, excepción sí.

Juez n°5 Santiago: no.

Juez n°6 Santiago: sí.

Juez n°7 Santiago: no.

Juez n°8 Santiago: sí, pero únicamente las he visto como solicitudes de medidas proteccionales en el sentido cautelar donde en el fondo la pretensión resulta ser alimentos para el que está por nacer.

Y como se ha dado curso? la verdad es que se acredita el estado de necesidad o periculum in mora que por lo menos se deduce en torno a requerimientos que son inherentes al estado de embarazo y por otro lado, se trata de vincular la presunta relación que existe entre la madre gestante y el demandado. Ahora, como demanda de alimentos me ha tocado ver pocas veces.

Juez n°9 Santa Cruz: sí, solo en contexto de acción de reclamación filiación.

Juez n°10 Peralillo: no, no me han llegado demandas de este tipo.

Juez n°11 Viña del Mar: no.

*2. ¿Quién considera que es el titular de este derecho de alimentos? ¿Nasciturus o la madre? Fundamente cualquiera de las 2 respuestas en disposiciones legales o constitucionales.*

Nasciturus: 7

Madre: 4

Juez n°1 Valpo: nasciturus, con esta norma se pretende proteger la vida desde momento de la concepción establecida por mandato constitucional en el artículo 19 n°1, por tanto el concebido sería el titular. Pero por otra parte que pasa si el embarazo no es viable? Da para los 2 lados, pero personalmente creo que el titular es el nasciturus representado por la madre, en la medida que la madre se alimente bien, va a ser por el bien del niño. Si el niño no nace debiera devolver lo que se pagó.

Juez n°2 Valparaíso: nasciturus, porque la ley en el artículo 1 de la ley 14908 lo establece expresamente y la Constitución lo permite también.

Juez n°3 Valparaíso: la madre, velando por bienestar del hijo, la madre tiene requerimientos propios de su estado de embarazo en atención al tenor de la norma “la madre cualquiera sea su edad...”.

Juez n°4 Valparaíso: como está redactada la norma el titular es el nasciturus que no tenga la capacidad para ejercer ese derecho es distinto, debe actuar representado por la madre.

Juez n°5 Santiago: pienso que es la madre, porque el nasciturus no es persona, no hay existencia legal sino hasta el nacimiento. Así, estrictamente no tiene derechos.

El problema que se produce es respecto al título, porque el título es de hijo y como prueba el nasciturus o la madre en su caso que es hijo de la persona que están demandando por alimentos.

Juez n°6 Santiago: el nasciturus, porque son respecto de quien favorecen los alimentos, quien está solicitando es el niño que está por nacer, no la madre; ella únicamente está realizando una representación. Si no hay nasciturus no podría solicitar alimentos la madre.

Si no estuviera esa hipótesis normativa fáctica no podría pedir alimentos, los pediría en calidad de cónyuge, pero si no es cónyuge ni siquiera podría pedir alimentos.

Juez n°7 Santiago: el titular sería el que está por nacer, la norma expresamente dice para el que está por nacer.

Juez n°8 Santiago: el titular es el nasciturus, lo que pasa es que hay un momento del desarrollo embrionario donde es muy imperceptible, pero respecto al titular de quien hay que acreditar costos y necesidades que provoca el requerimiento de embarazo es el niño. Madre es representante como opera cuando esta nacido solo que la distinción ahí es difícil.

Juez n°9 Santa Cruz: nasciturus, existen normas constitucionales y legales que permiten sostener que se debe proteger la vida desde el momento de la concepción al igual que la Convención de Derechos del Niño.

Juez n°10 Peralillo: la madre, la existencia legal de las personas principia en el momento del nacimiento según lo prescrito en nuestro Código Civil.

juez n°11 Viña del Mar: la titular es la madre, fundamentalmente por las disposiciones contenidas en nuestro Código Civil, no es persona hasta que nazca, la que genera gastos es la madre con ocasión del embarazo, para verificar estado de embarazo.

3. *¿Es proclive a admitir a tramitación una demanda de alimentos para que el que está por nacer?*

Sí: 3

No: 5

Depende: 3

Juez n°1 Valparaíso: en este momento que no hay nada no la admitiría, después podría cambiar de opinión, es que qué pasa si no llega a nacer, desde el momento que nace es persona.

Juez n°2 Valparaíso: sí, si se presenta.

Juez n°3 Valparaíso: en general no, hay supuestos que pueden darse en la práctica de difícil solución, sobre todo cuando no hay vínculo matrimonial.

Juez n°4 Valparaíso: Admitir no, al creer que es titular debiera dar lugar, pero el que no tenga existencia jurídica es complejo, creo que es bueno analizar las circunstancias del caso.

Juez n°5 Santiago: Depende de si hay filiación matrimonial (se extiende al AUC) si el hijo es concebido dentro del matrimonio se presume matrimonial, de hecho hoy en día incluso si es concebido y posteriormente se casan los padres se entiende que se aplica esta presunción. Antiguamente para ser hijo matrimonial debía ser concebido dentro del matrimonio de sus padres. Entonces si el nasciturus está dentro de esa hipótesis si tiene derecho a esta prestación alimenticia por medio del artículo 184 del Código Civil.

Si no están casados o no han celebrado Acuerdo de Unión Civil y son pareja de hecho o circunstancial no existe esta posibilidad, a pesar de que se trata de una unión estable no podemos afirmar que sea hijo de éste porque la fidelidad ni en el matrimonio está garantizada, entonces menos en este tipo de uniones ya que puede afirmar que mantuvo relaciones sexuales con determinada persona, pero no con certeza que esa persona es el padre de ese niño. Entonces para que tribunal la admita a tramitación es complejo o para que haya una sentencia favorable en este caso es aún más difícil.

Juez n°6 Santiago: sí, absolutamente, no me lo cuestiono.

Juez n°7 Santiago: en general no, pensaría a quién demandaría, no habría certeza de la filiación, potencialmente hay alimentario, hay titular, pero mi duda es en cuanto al alimentante.

Juez n°8 Santiago: depende, tenemos el problema de la titularidad de la persona ya que con el nacimiento se atribuye calidad la existencia de la persona. Entonces, de ese punto de vista veo más viable la sentencia por vía proteccional cautelar donde se establezcan alimentos hasta el nacimiento o hasta un momento avanzado o cercano al nacimiento para luego interponer acción contenciosa. Lo veo porque es difícil acreditar esta existencia que no ha salido del vientre materno.

Juez n°9 Santa Cruz: Sí, Existen disposiciones legales que habilitan expresamente a la madre futura para demandar estos alimentos para su hijo que está por nacer, debiese tomarse en consideración la protección de esta vida en gestación por sobre los obstáculos que se puedan generar.

Juez n°10 Peralillo: En general no soy proclive a admitirla.

Juez n°11 Viña del Mar: Depende, la existencia legal como dije comienza desde el nacimiento, pero obviamente pueden haber requerimientos. Si hay matrimonio considero que es más claro.

*4. Partiendo de la base que la norma no hace distinción sobre si la demandante debiese ser la cónyuge del demandado o no. ¿Admitiría la demanda en ambos casos o solo en uno de ellos y por qué?*

En ambos casos: 5

Matrimonial: 5

No matrimonial: 0

Ningún caso: 1

Juez n°1 Valparaíso: ningún caso por ahora debido a que la normativa no es muy clara. Pero si se diera sería en ambos, porque se establecen en consideración al nasciturus. No podría darse a la cónyuge por el solo hecho de ser cónyuge, si se llegara a admitir tendría que ser pensado como un derecho del niño que está por nacer, por ende debiese darse a todos por igual, si todos los hijos son iguales.

Juez n°2 Valparaíso: siempre, independiente de si estas casados o no, es respecto al niño, favorece al niño.

Juez n°3 Valparaíso: excepcionalmente en cónyuge por la presunción de paternidad, que no ampara al hijo si no existe matrimonio entre sus padres.

Juez n°4 Valparaíso: si se llega a admitir a tramitación una demanda de este tipo debiese ser en ambos supuestos o sería discriminación antes de que nazca.

Juez n°5 Santiago: excepcionalmente en cónyuge y conviviente civil.

Juez n°6 Santiago: ambos casos, respecto a la cónyuge siento que es medio artificiosa la salida por parte del tribunal porque se otorga a la madre sin mayor cuestionamiento respecto a esta situación de embarazo porque tendría la titularidad y una presunción de paternidad a su favor, incluso ella como estrategia de juicio la va a utilizar por si va a agregar como dato de la causa, como una situación de aumento de alimentos su situación de embarazo no pidiéndola a nombre del hijo.

En el caso de la madre no cónyuge uno obviamente espera una fundamentación un poco mayor, a lo menos que diga que tuvieron una relación de pareja, de convivencia, certificado médico que diga a lo menos que está embarazada, un par de semanas, fundamente bien su solicitud de alimentos. Ahora, si resulta ser que no es el padre para eso está el artículo que establece que aquellos alimentos que se obtuvieron de manera dolosa podrán ser restituidos. Primero uno de lo que debe preocuparse y salvaguardar es de los alimentos para el concebido, lo necesario para la subsistencia de este que está por nacer y después eventualmente se verá si hay una acción de restitución pero me parece que el mal menor es en definitiva acoger a tramitación una causa de alimentos y después si llega a ser condenado al pago será el padre el encargado de solicitar o demandar la restitución.

Juez n°7 Santiago: casados, por la presunción que establece la filiación.

Juez n°8 Santiago: ambos casos, matrimonial existe presunción, donde es más fácil solicitar los alimentos. Cuando no es matrimonial es en la mayoría de los casos donde lo ha visto como medida de protección cautelar donde exista peligro en la demora y humo de buen derecho, en este supuesto se solicitan antecedentes que permitan deducir al legitimado pasivo. Por ejemplo la existencia de otros hijos anteriores o la convivencia.

Juez n°9 Santa Cruz: ambos casos, La filiación futura es de hijo, y actualmente no existen diferencias entre hijos de filiación matrimonial o no matrimonial; los derechos y obligaciones del padre tampoco hacen distinción entre dicha filiación.

Juez n°10 Peralillo: solo matrimonial, por existencia de presunción de paternidad en el artículo 184 del Código Civil.

Juez n°11 Viña del Mar: matrimonial, el problema es que no hay certeza de si es o no el padre el demandado eso complica admitir a tramitación ambos casos, al resolver necesitaría más antecedentes que un simple certificado de que está embarazada. Puede negar que la conozca o bien que no es padre y parece legítimo que no tenga certeza de ser padre, salvo que si esté casada.

5. *¿Considera atinente la presunción establecida en el art 210 del Código Civil para aceptar demandas de un hijo en gestación proveniente de una relación extramatrimonial?*

Sí: 11

No: 0

Juez n°1 Valparaíso: en ese caso si hay presunción para ambos casos, obviamente serviría para ambos, tanto matrimonial y concubinato. Pero igual me surge la duda porque después se podría acreditar que no era el padre porque simplemente es una presunción.

Sería bueno que durante embarazo hubiera ADN prenatal por medio de servicio médico legal para ahorrarse todas estas dificultades. Por eso prefiere por ahora no dar.

Juez n°2 Valparaíso: sí, podría servir perfectamente para el caso de una relación extramatrimonial.

Juez n°3 Valparaíso: sí, como es extraña esta situación una no conoce muy bien la normativa a aplicar. Por eso es bueno ver los argumentos para dar o no dar curso al examen de admisibilidad, seguramente conforme al relato si es que la mujer señala que ha convivido con el hombre podría ser un elemento a considerar para darle curso y después en la prueba verificar si existió este concubinato, si es ocasional difícilmente podría considerársele.

Juez n°4 Valparaíso: podría servir para probar la legitimación pasiva.

Juez n°5 Santiago: la presunción del concubinato es prueba del juicio de filiación, no está pensada para una causa de alimentos. Lo que pasa es que se podría demandar la filiación antes del nacimiento, el problema es que el examen al o nacido es muy invasivo, puede provocar la muerte.

Es complejo el tema, aunque uno podría extrapolar esa situación y darlo como una suerte de alimentos provisorios. Estaría de acuerdo en dar alimentos provisorios hasta el nacimiento y si después del nacimiento se prueba que efectivamente era el hijo, no habrá problema para que los mantenga, el problema es cuando no lo es, hay derecho a reembolso cuando se solicitan de mala fe, si está amparado por buena fe, con una justa causa de error (pensó que si era el padre y no lo era) no será necesario devolver lo pagado.

Si estuviera de buena fe cabe la indemnización de perjuicios? Nunca me ha pasado que un padre condenado a pagar provisorios en filiación y luego se prueba que no era el padre haya pedido reembolso, están aliviados de no seguir pagando y no lo piden, pero eventualmente podría suceder si las cantidades fueran muy altas por ejemplo, pero debe probar la mala fe de demandante, o sea que ella sabía que efectivamente no era el padre, siendo muy difícil

de probar. Ahora por favorecer al no nacido uno podría extender las normas para poder ampararlo, en el caso de una unión de hecho como en el concubinato.

Juez n°6 Santiago: sí, totalmente.

Juez n°7 Santiago: sí, podría servir para una presunción judicial.

Juez n°8 Santiago: sí, se podría utilizar. En el caso de que no se probara convivencia es súper difícil, ahí ha visto un solo examen intrauterino, para ella en ese caso habría que esperar al nacimiento a menos que sea mediante causa proteccional cautelar, en ese caso los alimentos siempre tendrán el carácter de provisorios.

Juez n°9 Santa Cruz: no necesariamente, debe prevalecer el interés superior del niño que está por nacer y su derecho a alimentos debe generarse aún cuando haya sido producto de una relación extramatrimonial; los derechos del niño y las obligaciones del padre deben considerarse con independencia y prescindencia de la relación de pareja de los padres.

Juez n°10 Peralillo: si puede servir de base para una presunción judicial, la misma norma lo establece.

Juez n°11 Viña del Mar: si la utilizaría pero acreditar concubinato, el acuerdo de unión civil también. Pero las Relaciones ocasionales ninguna posibilidad de prosperar, los noviazgos tampoco, es necesario que al menos se acredite la convivencia.

*6. ¿Considera que otorgar alimentos al que está por nacer se basa en un tema netamente probatorio en el supuesto de una relación extramatrimonial?*

Sí: 9

No: 2

Juez n°1 Valparaíso: sí, debiese acreditar si se aplica esa presunción, que acredite que hay convivencia. Si hubiere examen de ADN antes sería ideal.

Juez n°2 Valparaíso: el no conceder no se basa en un tema probatorio.

Este es uno de los ejemplos de tutela cautelar donde no necesita pruebas sino antecedentes, más allá en la institución general de cautelar los derechos de alguien que se encuentra en riesgo. Esta Tutela cautelar es reconocida ampliamente en la Ley que crea los Tribunales Familia y Código de Procedimiento Civil, nos dice que lo que tú necesitas son antecedentes que constituyan presunción grave y no pruebas, porque claramente pruebas no hay.

Juez n°3 Valparaíso: sí, que se acrediten los hechos base que dan origen a la presunción.

Juez n°4 Valparaíso: sí.

Juez n°5 Santiago: sí, porque el tema de la prueba del título es donde se cae, madre tiene derecho a demandarlo como portadora del feto, el problema es probar que ese niño es efectivamente hijo de ese padre.

Juez n°6 Santiago: sí, siempre será probatorio, en cualquier juicio está, porque incluso se debe probar la titularidad. Activa está. Se subsume por titularidad del cónyuge, como estrategia de juicio.

Juez n°7 Santiago: sí.

Juez n°8 Santiago: no, de ser proteccional. En un juicio de alimentos sí, se requiere título, estado de necesidad del alimentario, capacidad económica del alimentante.

En el caso proteccional cautelar no, habría vulneración si no existe una responsabilización de uno de los progenitores en aportar a las necesidades del niño que está por nacer. Como he venido reiterando en las preguntas anteriores es necesario acreditar el estado de necesidad de este niño y la posible vulneración que puede tener en caso de no recibir estos alimentos que por lo demás serán provisorios hasta el nacimiento.

Juez n°9 Santa Cruz: los alimentos definitivos sí, deben probarse los presupuestos legales, pero en materia de provisorios pueden utilizarse principios y presunciones fundadas para su otorgamiento, respecto del niño que está por nacer.

Juez n°10 Peralillo: sí, se debe probar en juicio tal como cualquier materia.

Juez n°11 Viña del Mar: se basa en tema netamente probatorio, por ejemplo si no hay acuerdo de las partes y el demandado se opone manifestando que no es el padre. De todas formas habrá alimentos provisorios, pero si se rechaza demanda por no haberse acreditado concubinato o algún antecedente serio para presumir que es el padre el demandado y se rechaza la demanda se devuelve lo percibido o aplicar reglas generales de no haber mala fe.

*7. Es correcta la consagración de alimentos del que está por nacer o la norma únicamente debiese consagrar este derecho para los ya nacidos?*

Sí es correcta: 11

No es correcta: 0

Juez n°1 Valparaíso: si es correcta, pero debiese consagrarse claramente desde el momento de concepción y con mayor amplitud de herramientas para ver si es hijo.

Juez n°2 Valparaíso: si es correcta, clara y vigente.

Juez n°3 Valparaíso: está bien que se consagre, pero con ciertas restricciones. Debe existir en ocasiones en que la madre no tiene recursos y necesidades que solventar.

Juez n°4 Valparaíso: sí, es correcta la consagración, pero debiese hacerse más clara para que en la práctica no sea dificultosa su aplicación.

Juez n°5 Santiago: en el supuesto de que exista matrimonio o acuerdo de unión civil la normativa y consagración está bien y es clara. Pero en los otros supuestos es complicado, el legislador, como no tramita no se puso en la hipótesis de como probar ese título. La Constitución protege la vida del que está por nacer, por ende la consagración no es incoherente respecto de esta, porque los alimentos son una forma de proteger la vida. Pero todo cae por tema de prueba de vínculo más que derecho.

Juez n°6 Santiago: obviamente es correcta la consagración de alimentos para el que está por nacer, si no hubiera norma explícita lo fundaría en tratados.

Juez n°7 Santiago: si es correcta la consagración, ya que tiene requerimientos propios.

Juez n°8 Santiago: absolutamente necesario, todas las legislaciones internacionales y constituciones tienden a proteger al que está por nacer.

Juez n°9 Santa Cruz: sí, por el Artículo 1 inciso final Ley 14.908; 181, 321 Código Civil; 19 N° 1 Constitución Política del Estado; además de normas y principios de derechos fundamentales a nivel internacional.

Juez n°10 Peralillo: sí, es necesaria la consagración, la metodología legislativa quizá no es la correcta.

Juez n°11 Viña del Mar: si considero que el concebido no es persona como dice Código Civil debería inclinarme para que no procedan los alimentos antes de que nazca, pero debo decir que si se generan gastos con ocasión del embarazo, por ende me parece justo que contribuya el padre pero que es una complicación determinarlos judicialmente es complicación. No se si aporta más teniendo la norma sin ejercerla, que no teniéndola.

*8. El nasciturus durante la gestación genera gastos si todos o los gastos son netamente derivados del cuidado de la madre?*

Del nasciturus: 8

De la madre: 1

De ambos: 2

Juez n°1 Valparaíso: Si genera gastos, derivados del médico, controles y posibles complicaciones durante el embarazo por ejemplo.

Juez n°2 Valparaíso: Obvio que genera, enfermedades intrauterinas, gastos de controles médicos, del parto etc.

Juez n°3 Valparaíso: algunos de la madre netamente derivados de su situación de embarazo, pero podrían producirse respecto al feto. Ambos están bastante unidos por ejemplo la alimentación de la madre incide en la del hijo.

Juez n°4 Valparaíso: Si genera gastos tanto la madre como el concebido.

Juez n°5 Santiago: Los gastos son del concebido, si la madre no estuviera embarazada no tendría esos gastos, externalidades negativas y exámenes que de otra manera no se generarían.

Juez n°6 Santiago: El nasciturus si genera gastos, el embarazo es una condición no patológica, pero si condición, hay una serie de situaciones que se detonan por esto por ejemplo la gente que tiene glóbulos normal- bajo y con el embarazo disminuyen dando anemia leve debiendo consumirse fierro, que no lo haría si no fuera por esa situación, exámenes médicos, vitaminas, medición de hormonas, licencias médicas, infecciones urinarias y patologías asociadas al embarazos.

Juez n°7 Santiago: si genera gastos y en gran medida.

Juez n°8 Santiago: no se si gastos, pero si el no nacido tiene requerimientos especiales, puede tenerlos perfectamente.

J9 Santa Cruz: los cuidados de la madre dicen relación directa con el nasciturus, y las proyecciones del que está por nacer generan otros gastos que también deben considerarse como gastos propios para su mejor desarrollo.

J10: Si, tiene gastos. Controles médicos, derivados de enfermedades o complicaciones, los derivados del parto.

j11: Gastos son de la madre, para ver el estado de embarazo, por ejemplo las ecografías, diabetes gestacional, hay una serie de enfermedades derivadas del embarazo.

*9. Se puede llevar a cabo un juicio de alimentos independiente a las acciones para reclamar la filiación o la discusión del derecho de alimentos necesariamente va de la mano con el juicio para reclamar la filiación?*

Sí: 7

No: 3

Juez n°1 Valparaíso: se debe determinar primero la filiación o dará lugar a demandas infundadas.

Juez n°2 Valparaíso: si, pueden realizarse de manera separada.

Juez n°3 Valparaíso: en principio sí, de manera restrictiva, pues la paternidad se investiga después de que ha nacido, tanto podría haber alimentos previos antes del nacimiento y acción de investigación de paternidad después del nacimiento. Más significativo cuando son casados es más clara obligación y presunción de paternidad.

Juez n°4 Valparaíso: podrían realizarse de manera independiente.

Juez n°5 Santiago: la ley no contempla que sean coetáneos, lo establece como separado de hecho, pero para que prosperara pensando como son los jueces, creo que tendría más probabilidades de prosperar si se entabla como alimentos provisorios en contexto de juicio de filiación que si se entabla directamente. Salvo en el caso del hijo de filiación matrimonial o con Acuerdo de Unión Civil porque ahí está ya está establecido.

Juez n°6 Santiago: son independientes, eso no quiere decir que el otro no pueda entablar una acción de este tipo, yo no diría no ha lugar por impertinencia, se pueden llevar si pero no necesariamente, además si me pongo a llevar un juicio de filiación paralelo al de los alimentos nace la criatura y todavía no tendré resultados del servicio médico legal y no voy a exponer a la madre a hacerse un examen durante esté embarazo, es riesgoso.

Juez n°7 Santiago: independientes.

Juez n°8 Santiago: el juicio de alimentos va de la mano con el de filiación porque de otra manera no se tiene título. Para proporcionar alimentos como un derecho de alimentos cree que está supeditado a la filiación pero no es un requisito para empezar a gozar de ellos, se podrían establecer de manera cautelar por breve periodo de tiempo hasta que se determinara la filiación y se iniciara la acción como corresponde.

Juez n°9 Santa Cruz: si la filiación se cuestiona por el futuro padre, debe determinarse conjuntamente ambas materias, sin perjuicio de otorgar alimentos provisorios.

Juez n°10 Peralillo: de la mano necesariamente, primero filiación, luego alimentos.

Juez n°11 Viña del Mar: independientes porque no ha nacido si no nace no es hijo de nadie, alimentos independientes.

*10. ¿Considera que la actual normativa sobre esta materia debiese ser modificada?*

Sí: 7

No: 4

Juez n°1 Valparaíso: sí, es muy escueta la normativa actual.

Juez n°2 Valparaíso: debiese ser aclarada. Regulación que deje claro que el derecho existe y cuáles son los mecanismos de tutela específicos, falta normativa más específica en cuanto a un procedimiento.

Juez n°3 Valparaíso: basta con lo que hay salvo situación excepcionales, pero en general se podría encuadrar cualquier situación con la regulación actual.

Juez n°4 Valparaíso: debiese ser clarificada, si se aplica tal presunción o no ya que lo consagra, pero no se dice nada más por eso no tiene aplicación la norma.

Juez n°5 Santiago: para mí no es una cuestión de modificación de la ley, sino que el problema es vincular al niño con un padre determinado. Entonces es un problema siempre de prueba. No me pueden establecer una presunción respecto a que este señor que ella dice que es el padre salvo en el caso de una unión estable. Podría modificarse la regla del concubinato para extenderlo o hacerlo extensivo a los alimentos del que está por nacer, pero no hay ninguna ley que diga que de cualquier relación sexual nace un niño, porque eso va contra las reglas de la naturaleza. Entonces como podría modificarlo de manera que encuadrara a esta hipótesis en que el niño existe, hay un padre, pero lo que no sabemos cuál es de los 8 millones de chilenos es el padre, entonces mientras no se rinda examen de ADN u otras pruebas que hagan plausible que este padre es efectivamente el padre no vamos a tener como darlo.

Juez n°6 Santiago: sí, en el sentido de mejorar y resguardar aún más el derecho ya existente, debiese haber una mejora en la redacción de esto mismo, para los efectos de la mediación. Así, como en juicio yo le exijo a la madre que concurra con curador y abogado, a mi juicio una madre que está embarazada y es menor de edad debiese ir a mediación con un abogado o derechamente no aceptarse la mediación en esa hipótesis de alimentos y que pase directo al tribunal, porque en juicio estoy exigiendo abogado y el mismo resultado se puede obtener en mediación que es un equivalente jurisdiccional y no le tengo ningún tipo de resguardo a pesar de la poca preparación que tienen.

Juez n°7 Santiago: con eso basta. En ese sentido debiese dejarse claro un procedimiento donde no es necesario ir a mediación.

Juez n°8 Santiago: demandar alimentos para el no nacido con un procedimiento muy sumario y con un alcance muy breve que no sea mayor al tiempo al que falta para el que la criatura nazca. Explicitar esta viabilidad de manera proteccional cautelar que es lo que hecho en casos donde no existe matrimonio.

Juez n°9 Santa Cruz: es posible resolver, más allá de las posturas éticas y morales de cada juez normativamente en favor del que está por nacer con la normativa existente. Por lo demás existen también acciones de reembolso en contra de la madre, si al resolverse la

acción de filiación, ésta no se determina, por lo tanto el presunto padre también tiene resguardados sus derechos.

Juez n°10 Peralillo: debiese dejarse más clara la titularidad de esta prestación alimenticia y los procedimientos que se deben seguir para llevarla a cabo.

Juez n°11 Viña del Mar: no, está bien la normativa ya que es cuestión de prueba y de forma convicción.

*11) A su parecer, ¿de qué manera se podría dar más efectividad a la norma?*

Juez n°1 Valparaíso: establecer que es derecho del que está por nacer como titular, mecanismos para ver si hay paternidad y viabilidad.

Juez n°2 Valparaíso: nueva y mejor regulación.

Juez n°3 Valparaíso: no me lo he planteado, me da temor que la efectividad de la norma sirva para ampliar mucho el supuesto para situaciones donde no existe siquiera presunción de paternidad.

Juez n°4 Valparaíso: especificándola más, por ejemplo que estos alimentos tengo lugar en la medida que el embarazo sea viable.

Juez n°5 Santiago: a lo mejor poner explícitamente que en el caso de la filiación matrimonial se aplicará el artículo 184 del Código Civil, 21 del AUC, y hacer extensiva la norma del 210 al caso de los alimentos.

Juez n°6 Santiago: mejorando la calificación de mediadores, generando consciencia de la importancia de los alimentos.

Juez n°7 Santiago: lo que dije previamente, dejar el procedimiento claro y sacar de mediación previa esta materia.

Juez n°8 Santiago: adecuándola a un procedimiento específico o señalando explícitamente la posibilidad de pedirlos de manera cautelar en un procedimiento donde no tenga que acreditarse el título legal.

Juez n°9 Santa Cruz: me parece que la normativa es adecuada y es posible resolver de manera efectiva, salvo las distinciones entre hijos de filiación no matrimonial y matrimonial, la que debe evolucionar en función de las nuevas posibilidades de unión conyugal existentes y futuras que se debaten en nuestro país.

Juez n°10 Peralillo: debiese consagrarse el procedimiento para llevarlo a cabo.

Juez n°11 Viña del Mar: en general no es un tema de modificación de la norma, sino que problema de prueba, existen presunciones, pero el problema se genera con los noviazgos y relaciones ocasionales que en realidad no se pueden amparar por el derecho.

### 3. TABLA N° 24 DEL ANUARIO ESTADÍSTICO DE JUSTICIA FAMILIAR 2013, MINISTERIO DE JUSTICIA

**Tabla N° 24**

Causas ingresadas al sistema nacional de mediación en 2013 según origen de la derivación y región

REGIÓN	ORIGEN DE LA DERIVACIÓN								Total
	Juzgado		Corporación de Asistencia Judicial		Ingreso Espontáneo		Fundación de Asistencia Legal de la Familia		
	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	
Arica y Parinacota	3.348	71,8%	328	7,0%	990	21,2%	0	0%	4.666
Tarapacá	511	8,1%	175	2,8%	5.629	89,1%	0	0%	6.315
Antofagasta	5.497	52,5%	57	0,5%	4.913	46,9%	0	0%	10.467
Atacama	1.690	36,8%	432	9,4%	2.471	53,8%	0	0%	4.593
Coquimbo	3.691	37,8%	956	9,8%	5.112	52,4%	0	0%	9.759
Valparaíso	2.411	10,1%	959	4,0%	20.458	85,9%	0	0%	23.828
Lib. Bdo. O'Higgins	8	0,1%	27	0,2%	15.656	99,8%	0	0%	15.691
Mauile	3.917	30,6%	818	6,4%	8.068	63,0%	0	0%	12.803
Biobío	9.044	32,2%	1.189	4,2%	17.841	63,5%	0	0%	28.074
Araucanía	4.371	38,9%	155	1,4%	6.698	59,7%	0	0%	11.224
Los Ríos	3.810	56,8%	276	4,1%	2.627	39,1%	0	0%	6.713
Los Lagos	270	2,5%	116	1,1%	10.296	96,4%	0	0%	10.682
Aysén	0	0,0%	67	3,3%	1.954	96,7%	0	0%	2.021
Magallanes	1.420	66,2%	12	0,6%	713	33,2%	0	0%	2.145
Metropolitana	30.024	40,4%	10.921	14,7%	31.557	42,5%	1.837	2,5%	74.339
<b>TOTAL NACIONAL</b>	<b>70.012</b>	<b>31,4%</b>	<b>16.488</b>	<b>7,4%</b>	<b>134.983</b>	<b>60,4%</b>	<b>1.837</b>	<b>0,8%</b>	<b>223.320</b>

Fuente: Unidad de Mediación, Ministerio de Justicia.

4. TABLA N° 34 DEL ANUARIO ESTADÍSTICO DE JUSTICIA FAMILIAR 2013, MINISTERIO DE JUSTICIA

**Tabla N° 34**

Casos de filiación completos, peritados por el Servicio Médico Legal durante el año 2013 según resultado y región\*

REGIÓN	TIPO DE RESULTADO				TOTAL	
	EXCLUSIÓN**		INCLUSIÓN***		Cant.	%
	Cant.	%	Cant.	%		
Arica y Parinacota	11	22,9%	37	77,1%	48	0,9%
Tarapacá	15	18,8%	65	81,3%	80	1,5%
Antofagasta	13	9,6%	122	90,4%	135	2,6%
Atacama	14	17,7%	65	82,3%	79	1,5%
Coquimbo	52	19,1%	220	80,9%	272	5,2%
Valparaíso	195	29,6%	463	70,4%	658	12,5%
Lib. Bdo. O'Higgins	56	17,4%	266	82,6%	322	6,1%
Maule	126	23,0%	422	77,0%	548	10,4%
Biobío	175	21,3%	648	78,5%	823	15,6%
Araucanía	74	16,4%	376	83,6%	450	8,5%
Los Ríos	43	22,4%	149	77,6%	192	3,6%
Los Lagos	53	18,0%	241	82,0%	294	5,6%
Aysén	15	24,2%	47	75,8%	62	1,2%
Magallanes	11	20,8%	42	79,2%	53	1,0%
Metropolitana	187	14,9%	1.068	85,1%	1.255	23,8%
<b>TOTAL NACIONAL</b>	<b>1.040</b>	<b>19,7%</b>	<b>4.231</b>	<b>80,2%</b>	<b>5.271</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Servicio Médico Legal.

(\*) Esta tabla corresponde al total de casos de filiación peritados durante el año 2013.

(\*\*) Exclusión de Paternidad: con un 100% de certeza la persona asignada como padre presunto, se descarta de la paternidad. Estos resultados se obtienen una vez hechos los análisis genéticos con las muestras biológicas de los involucrados.

(\*\*\*) Inclusión de Paternidad: es el resultado obtenido con alto porcentaje de probabilidad (sobre 99,9%) de que el padre presunto resulta compatible con la paternidad.