



Universitat Autònoma de Barcelona

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



**Universitat Autònoma  
de Barcelona**

Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Privado  
Doctorado en Derecho

TESIS DOCTORAL

**LA JURIDIFICACIÓN DE LA CONVIVENCIA DE HECHO EN  
CHILE: DESDE UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA A UN ESTUDIO  
CRÍTICO AL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL**

Presentada por Alvaro Espinoza Collao

Y

dirigida por la Doctora Judith Solé Resina

2018

A Carolina, Joaquín, Amaru y Katari. A mis padres...

## AGRADECIMIENTOS

Un trabajo de largo alcance necesariamente conlleva mucho tiempo enlazado a su dedicación, en las emociones y esfuerzos invertidos muchos son los pilares que afirman en lo físico y en lo emotivo este largo sendero. Los apoyos pueden encontrarse en otros tiempos, en lo inmemorial, en las gracias que conlleva la vida. Me remitiré solamente a lo humano.

Todas mis construcciones nacen de la felicidad y armonía que aportan los que crecen a mi lado. A Carolina, mi compañera de sueños y de todos los viajes, mis eternos agradecimientos por empujarme al vacío desde donde me trae permanentemente a la vida. Sin ella, esto hubiese tenido otro color.

Son tres las estrellas que me guían al navegar, en sus silencios oriento cada uno de mis desafíos, de sus sonrisas alimento ese quehacer para avanzar en la dificultad siempre con alegría. A Joaquín, Amaru y Katari, esperando que en sus futuros este trabajo inspire sus propios sueños, siempre se puede volar, aunque no vean el cielo.

En mis padres esta el puerto desde donde comenzamos este viaje hace mucho tiempo atrás, gracias por dejarme jugar este juego que aun no termina, sólo vengo a tocar su puerta para entregarles este regalo que también es suyo. Gracias por su eterna alegría, la que me corresponde orgullosamente replicar.

A la Universidad de Tarapacá, por creer en mi y contribuir en esta parte del viaje de mi vida.

A Judith Solé por su disponibilidad para asumir este reto y entregar los planos correctos para no perderse en la ruta.

## INDICE GENERAL

tabla de abreviaturas.....	8
introducción.....	10
1. capítulo primero. acercamiento general a la convivencia no matrimonial como fenómeno de relevancia jurídica.....	17
1.1 algunas consideraciones sobre la familia en el Derecho de nuestros tiempos.....	17
1.2. desde la discusión conceptual, a las causas del renacer de la convivencia no matrimonial como fenómeno de interés jurídico.....	37
1.3. un análisis a la unión libre desde la perspectiva del Derecho comparado: pasado, presente y futuro.....	63
2. capítulo segundo. Análisis del proceso de juridificación de las uniones libres en el Derecho chileno.....	97
2.1. la juridificación de las uniones libres en Chile: del acuerdo de vida en pareja al acuerdo de unión civil.....	97
2.2. análisis crítico al método jurisprudencial como vía de solución general para las uniones libres.....	138
2.3. la estructura de requisitos y formas en el acuerdo. una manifestación de un orden público familiar rígido.....	170

3. capítulo tercero. Del régimen de efectos jurídicos en el acuerdo de unión civil.....	203
3.1. la discusión sobre la inclusión de efectos personales en el acuerdo de unión civil. Los alcances respecto de su eficacia en el Derecho de familia moderno.....	202
3.1.1. los pactos entre convivientes como alternativa en el contexto de los deberes personales.....	213
3.1.2. los deberes personales en la convivencia y el derecho a la indemnización de perjuicios en el Derecho de familia.....	221
3.2. el régimen patrimonial propuesto en el estatuto. desde la separación de bienes como régimen legal a la comunidad de bienes como régimen pactado.....	232
3.2.1. el marco regulatorio económico para la vida en pareja en el Derecho actual.....	232
3.2.2. análisis crítico a la propuesta de régimen patrimonial en el acuerdo de unión civil y su estructura de autonomías residuales.....	238
3.2.3. la incorporación de los bienes familiares al acuerdo de unión civil: los efectos de una regulación a medio camino .....	257
4.- capítulo cuarto. Respecto a la extinción del acuerdo de unión civil.....	270
4.1. las causales de terminación incorporadas al estatuto acuerdo de unión civil.....	270
4.2. la inserción de la compensación económica y el problema de su ausencia en las uniones libres no juridificadas.....	289

4.3. análisis a las reglas que regulan la sucesión por causa de muerte en el acuerdo de unión civil.....	305
5. capítulo quinto. La regulación de las uniones libres en el contexto del Derecho indígena chileno. Una zona de no Derecho.....	317
5.1. la familia indígena como herramienta para pluralismo jurídico. La necesidad de su incorporación en la regulación de las uniones no matrimoniales.....	317
5.1.1. antecedentes que justifican la necesidad de incorporar un Derecho familiar indígena al sistema jurídico nacional.....	323
5.1.2. la relevancia del reconocimiento de la costumbre en la inclusión de los modelos familiares indígenas.....	333
5.2. las uniones de hecho y otras expresiones del Derecho familiar indígena. El caso de las comunidades andinas del norte de Chile.....	347
5.3. la invisibilidad jurídica de la convivencia familiar indígena. un contrapunto respecto al sistema de Derechos Humanos vigente.....	362
6. capítulo sexto. Frente a las sombras e incongruencias del acuerdo de unión civil. una propuesta de <i>lege ferenda</i> para su perfeccionamiento.....	392
6.1. la situación al margen del Derecho de las uniones no reguladas. La necesidad de legislar incorporando la figura de la unión libre.....	392
6.1.1. la propuesta para una solución a la falta de regulación respecto de todas las familias convivenciales.....	396
6.2. un caso especial, las uniones de hecho indígena y su invisibilidad jurídica en el sistema normativo.....	405

6.3. la necesidad de introducir la opción de pactos entre los convivientes civiles en el auc. una herramienta de ocupación global en un espacio de diversidad jurídico familiar.....	408
7. conclusiones.....	421
8. bibliografía.....	426



## TABLA DE ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
Art./arts	Artículos/artículo
AUC	Acuerdo de Unión Civil
AVC	Acuerdo de Vida en Común
AUC	Acuerdo de Unión Civil
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Corte de Apelaciones
CC	Código Civil
Cit.	Citado
Coords.	Coordinadores
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CS	Corte Suprema
DDHH	Derechos Humanos
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
Ed./ Eds.	Editor/ Editores
Etc.	Etcétera
EUA	Estados Unidos de América
INE	Instituto Nacional de Estadísticas
LUEP	Ley de uniones estables 10/1998, de 15 de julio
Núm.	Número
p./pp.	Página/ Páginas
RD	Real Decreto

Rev. Der.	Revista de Derecho
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJL	Señor Juez de Letras
STS	Sentencia del Tribunal Superior
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Sgtes.	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Váase
VV.AA.	Varios Autores

## INTRODUCCIÓN

Un estudio de dogmática jurídica como constituye la presente obra, tiene como propósito un espacio específico del sistema jurídico y su relación con todo el sistema jurídico. En este caso se estudia la propuesta contenida en la Ley N° 20.830 que comprende el estatuto denominado Acuerdo de Unión Civil en Chile, el cual incorpora por primera vez una regulación orgánica de la convivencia no matrimonial al sistema legal nacional.

Para este objetivo nos hemos propuesto estudiar en forma crítica el contenido de este estatuto, mediante el análisis de sus alcances, debilidades y vacíos que la propuesta contiene. Este estudio no se reduce exclusivamente al examen de la estructura legal, su alcance se extiende con un enfoque global, en principal referencia al Derecho comparado y a la estructura internacional de los Derechos Humanos.

De la misma manera, hemos incorporado un análisis a ciertas zonas de la vida social que aparecen normalmente invisibilizadas en un estudio sobre la materia. En este sentido, se incluye un acápite asociado a las estructuras familiares de la población indígena, en particular respecto a las uniones de hecho que se presentan en este espacio por considerar que una propuesta de tipo orgánico exige una mirada general del fenómeno.

La presente obra desde una perspectiva metodológica se presenta como un estudio acabado del fenómeno de la convivencia no matrimonial en el Derecho, para este propósito se ha utilizado la metodología jurídica en toda su extensión. Acudimos a sus fuentes históricas, al análisis dogmática y a sus fundamentos prácticos desarrollados en su aplicación jurisprudencial. Ante todo, se analiza el Derecho vigente a la luz de la opinión de la doctrina nacional y extranjera, con consideración especial de la realidad en Latinoamérica y España, este último por conformarse como un referente en la discusión.

En el primer capítulo se propone un marco conceptual que permite entender la dinámica del fenómeno en el Derecho, para este efecto se asume una perspectiva integradora que estudia el fenómeno de la convivencia en el contexto del Derecho de familia moderno. Este segmento

intenta dar claridad respecto al ordenamiento jurídico como un sistema coherente, poniendo énfasis tanto en sus bases teóricas, en sus inconsistencias como en la técnica legislativa utilizada.

Para este fin, se realiza un estudio exhaustivo sobre la situación de la familia en el Derecho actual, desarrollando el concepto de pluralismo jurídico familiar como un paradigma de apertura de las estructuras familiares insertando al contexto jurídico modelos históricamente marginados del Derecho occidental. Este apartado nos permitirá conocer el proceso socio-jurídico que ha conducido al renacer de una institución que en el pasado tuvo pleno reconocimiento como parte del natural desenvolvimiento familiar.

Las nociones de las teorías del individualismo aplicadas a la familia, nos permitirán configurar un cambio claro en las políticas públicas, pasando de un sistema tutelar a otro de autonomías, aspecto que redundará en un traspaso de lo público a lo privado; finalmente a un acogimiento de estructuras familiares en que el pleno desarrollo de las personas pasa a conformar un valor primario desde el Derecho.

En esta línea de desarrollo, encontramos pertinente incorporar un estudio respecto a los principales antecedentes asociados al renacer del fenómeno de las uniones libres y otro de Derecho comparado relativo a los distintos procesos de juridificación. En el primero, se estudiarán las diversas variables que permiten entender el proceso que reubica la convivencia afectiva como una cuestión relevante para la dogmática jurídica. Inicialmente, se definen los distintos enfoques existentes en la historia para conceptualizar esta forma de familia.

En este transcurso es posible encontrar distintos usos conceptuales a lo largo de la historia, sin embargo, el uso de una determinada terminología no resulta casual. Por el contrario, cada término lleva implícito una mirada filosófica, religiosa y moral respecto al lugar que ocupa la familia en el orden social. A partir de esta definición, se defiende el uso del concepto unión libre como una definición integral para describir el fenómeno en toda su extensión.

En esta sección, resulta indispensable en el ámbito de estudio considerando que el estatuto de Acuerdo de Unión Civil se exhibe como tardío en relación al resto del Derecho de raíz occidental. Esta cuestión refleja la necesidad de realizar un estudio comparado, resaltando las principales experiencias en otros ordenamientos. Dentro de las utilidades que se obtienen, destaca el conocimiento de los modelos existentes los cuales nos permiten concluir que no existe homogeneidad; por el contrario, su fijación es una cuestión más bien de prioridades en el orden de los valores.

El capítulo segundo se exhibe como un estudio integral a la situación de las uniones de hecho en la historia del Derecho nacional. Comienza con un análisis a la evolución del tratamiento jurídico de las uniones libres en Chile. Este apartado se incorpora en la necesidad de establecer todo el marco teórico que justifica la urgencia de incorporar dicho estatuto. Este nos permitirá percibir las nociones fundamentales que sustentan el Derecho de familia nacional y las vicisitudes de incorporar un nuevo estatuto de manera armónica.

Podremos definir que la motivación central que impulsa al hombre a establecer reglas de Derecho, es la urgencia de crear un orden cierto y seguro para sus relaciones sociales más importantes, entre estas las relaciones familiares ocupan un lugar privilegiado según el propio orden normativo lo ha establecido desde tiempos inmemoriales. El Derecho aparece avocado a la realización de valores de rango superior, para este fin debe primeramente crear una situación de seguridad.

En el segundo acápite de este capítulo, se incorpora un estudio a la jurisprudencia como método de solución para las uniones libres en el Derecho nacional. Este asume que el mantenimiento de un amplio número de uniones no juridificadas como consecuencia del modelo incorporado, no implica necesariamente mantener la situación en los mismos términos.

Desde esta perspectiva, consideramos necesario actualizar las herramientas para que los jueces puedan suplir este vacío legal. La propuesta del sistema de analogía *legis* y la utilización de la teoría de los principios nos conceden vías adecuadas para lograr estos propósitos. Permitiendo ampliar el sistema de fuentes a la que los jueces pueden recurrir para

resolver con base en una lógica moderna y orientada en la línea de la estructura jurídica de los Derechos Humanos.

Finalmente se desarrolla un estudio a la estructura de formalidades que propone el estatuto, este se encuentra tutelado por la elección del sistema de naturaleza imperativa, este se expresa en todas y cada una de sus partes. A partir, de esto se destaca en cada segmento los principales conflictos asociados a la propuesta, como los beneficios que reporta los caminos seguidos desde otras experiencias. Finalmente, se argumenta a favor de un sistema mixto, como la respuesta más armónica para conciliar todas las variables.

El capítulo tercero desarrolla en dos segmentos todo el ámbito de los efectos asignados al Acuerdo de Unión Civil. El primer subcapítulo, define el alcance de los efectos personales y la discusión respecto a la utilidad de incorporar esta materia en las estructuras familiares en el siglo XXI. El carácter ético asignado a estos derechos durante el último siglo, han propiciado el cuestionamiento sobre la utilidad de insertar un bloque en este sentido.

Por su parte, el proceso de constitucionalización por el que ha atravesado esta rama del Derecho, ha conllevado la aplicación de garantías fundamentales cubriendo un espacio asignado previamente a los derechos personales. A propósito de la discusión moderna respecto a la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de estos deberes, se postula la revitalización de la materia en el contexto de la regulación de la convivencia no matrimonial. En el mismo contexto, se defiende la posibilidad de disponibilidad de estos deberes mediante pactos entre convivientes, en los cuales además se establece la opción de fijar sanciones en caso de incumplimientos.

Los efectos patrimoniales son tratados al desarrollar el régimen económico asignado al acuerdo, sin duda, este se conforma como una de las cuestiones centrales dentro en el intento de juridificación de estas uniones. Consideramos que este aspecto del estatuto es una de las partes con mejor construcción legislativa, así el establecimiento de un régimen de separación de bienes como régimen legal, resulta coherente con las bases que promueven el reconocimiento de un mayor espacio de libertad a esta expresión familiar. Esto fortalece la

diversidad de las estructuras familiares, ampliando las opciones para conformar los modelos familiares. No obstante, se reconoce en la ausencia de un reconocimiento eficaz de la autonomía de la voluntad una debilidad.

Se examina de manera particular la inclusión del derecho a los bienes familiares a favor de los convivientes. Se advierte de las desventajas de haber remitido en bloque su regulación a las normas existentes en el Código Civil para la familia matrimonial, en cuanto contradice la diversidad de modelos, pero además se constituye como la pérdida de una oportunidad de actualizar una institución que ha sufrido importantes cambios en los sistemas más modernos, varios aspectos ausentes en nuestro Derecho.

El capítulo cuarto examina los aspectos asociados a la terminación del acuerdo, sus causales y efectos. Esto se desarrolla en tres secciones que tratan las causales de terminación, el derecho a una compensación económica y sus alcances; y las reglas de sucesión por causa de muerte. Uno de los principales aspectos que distingue la regulación orgánica de la convivencia no matrimonial, es la libre determinación para ponerle fin al vínculo. Esta definición implica realzar dos ideas propias de la modernidad, esto es la autonomía de la voluntad y la consagración de la ordenación de la familia en el espacio privado de las personas.

Sin embargo, su inclusión traerá aparejada una serie de consecuencias principalmente al momento de asignar efectos jurídicos, con este fin se analiza en detalle los alcances de cada una de las causales incorporadas. El estudio se complementa con examen a los elementos procedimentales asociados al término del acuerdo.

La inclusión del derecho a una compensación económica al finalizar el acuerdo, se asume como una elección del sistema para proteger a la familia. Cabe recordar que, su incorporación se mueve en una tensión constante entre dos derechos. Primero, el derecho a la libre determinación para poner fin a un estado; segundo la protección de la familia constituida al finalizar el vínculo. Este último factor nos permite introducirnos en el valor de esta institución estableciendo diferencias en el caso de la convivencia no matrimonial y las simples uniones

de hecho, en cuanto su falta regulación no necesariamente implica la falta de concesión de este derecho, recurriendo al uso analógico para extender su beneficio a la familia no juridificada.

Por su parte, el reconocimiento de derechos hereditarios al conviviente supérstite coloca al estatuto en la línea de aquellos ordenamientos que han optado por proteger en término equitativo a las diferentes expresiones familiares. La medida se justifica en razones de equidad social y en el fortalecimiento familiar al que alude nuestra constitución. En este sentido, hemos desarrollado un apartado sobre los beneficios y los conflictos que esto genera en la dogmática jurídica.

En la misma línea, desarrollamos las nociones que nos permite postular que la incorporación del estatuto generará indirectamente nuevas herramientas para resolver los asuntos que materia hereditaria, surjan respecto a las uniones juridificadas, ampliando con ello las posibilidades a las que pueden acudir nuestros tribunales para solucionar los conflictos que se presentan recurrentemente en esta materia.

En nuestra intención de estudiar desde una perspectiva global todo el fenómeno de la convivencia al margen del matrimonio, hemos extendido este estudio a zonas que no resultan habitual en una investigación de esta naturaleza, pero que en lo esencial resultan plenamente vinculadas al asunto central. Así el capítulo quinto desarrolla la relación entre las uniones de hecho indígenas y su invisibilidad en el ordenamiento jurídico vigente, la razón que nos motiva se asocia a un elemento de realidad que se desprende de las estadísticas nacionales, en cuanto es en este segmento de la población donde se presentan los mayores porcentajes de convivencia no matrimonial en Chile.

Para este propósito hemos abandonado las viejas y erradas ideas que percibían históricamente este fenómeno como consecuencia del abandono y el alejamiento de los centros urbanos como causa presunta de la falta de adecuación social. Por el contrario, hemos analizado esta situación desde la nueva perspectiva que acoge la diversidad y el pluralismo en el Derecho



de familia, asociándolo al derecho a la identidad cultural que han incorporado los instrumentos de Derechos Humanos para la población indígena.

Desde esta perspectiva se desarrolla la existencia histórica de un monismo jurídico en el reconocimiento de las estructuras familiares en el Derecho. Su base se encuentra en las nociones del cristianismo que sustentarán no sólo el proceso de conquista, sino también la esencia de toda expresión jurídica, esto se manifiesta con especial intensidad en la regulación de la familia. La consecuencia será un rechazo absoluto de las estructuras y expresiones familiares propias de las culturas originarias, cuestión que se mantendrá hasta nuestros días.

Sin embargo, esto ha cambiado completamente, esto a partir de dos procesos que han tutelado los paradigmas de un nuevo Derecho de naturaleza democrática e inclusiva. Por un lado, la constitucionalización del Derecho de familia, que entre otras cosas ha permitido una injerencia mayor de las normas fundamentales en todas las ramas del Derecho. Por otro lado, la existencia entre los instrumentos de Derechos Humanos de un bloque específico de defensa de su identidad cultural.

El capítulo final, surge a partir de las carencias e inconsistencias que el estudio ha detectado en relación con la funcionalidad y eficacia del estatuto de Acuerdo de Unión Civil. La propuesta, desarrolla un intento de complementariedad asociado a las conclusiones y propuestas para estas debilidades. El contenido se caracteriza como una propuesta de *lege ferenda* teniendo como base en gran parte la experiencia comparada como la discusión doctrinaria más reciente.

El texto en su totalidad nos permite tener una mirada global de la situación del fenómeno de las uniones no matrimoniales en el contexto de la realidad jurídica nacional. La metodología de naturaleza jurídica permite un enfoque integral incorporando un estudio de carácter histórico; de Derecho comparado y jurisprudencial. Todo esto guiado por la doctrina más autorizada en la materia en todos los tiempos.

## CAPITULO I

### ACERCAMIENTO GENERAL A LAS UNIONES LIBRES COMO FENÓMENO DE INTERÉS JURÍDICO.

#### 1.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FAMILIA EN EL DERECHO DE NUESTROS TIEMPOS.

La familia es la forma en que naturalmente se organizan las personas en sociedad, la respuesta del Estado se restringe a reconocerla, protegerla y fortalecerla. Para este fin, establece y promueve una estructura jurídica asociada principalmente a los efectos económicos y personales que los lazos familiares generan<sup>1</sup>. Desde finales del siglo XX hasta nuestros días, la discusión respecto a que se entiende por familia en el contexto de lo jurídico ha tomado una renovada intensidad.

Lo precedente ha centrado la atención de las ciencias sociales en general, desde su enfoque se destaca que tanto la familia como el matrimonio no nacen mediante un acto de autoridad. Lo esencial ocurriría al margen y el poder público sólo reconoce mediante la elaboración de normas jurídicas, las reglas seguidas inconscientemente en el hábito, el uso y la costumbre. Su propósito central es elevar estas conductas dotándolas de un perfil cultural identificatorio generalmente expresado en el Derecho<sup>2</sup>.

En este sentido, se destaca la circunstancia de que la familia, si bien, se manifiesta como producto natural de la existencia humana, es decir, al margen del Derecho, alcanzaría el carácter de una obra moldeada por la cultura, en este actuar cotidiano concurren la religión,

---

<sup>1</sup> Platón colocaba la regulación del matrimonio y las estructuras familiares como el primer objetivo de todo legislador. Platón, *Las Leyes, Epinomis, El Político*, Editorial Porrúa, México, 1998, p.p. 18-19.

<sup>2</sup> Señala Konig que, en la actualidad desde la antropología moderna, se postula que las nociones estructurales que componen la familia se encontraban preconfiguradas previo a todo orden humano como un legado de la horda, asimilando un remoto origen a la naturaleza animal de nuestra especie. Konig, R. *La Familia en Nuestro Tiempo, Una Comparación Intercultural*, traducido por José Almaraz, Editorial Siglo XXI S.A., Madrid, 1974, p. 6.

las costumbres y el Derecho. De esta manera, mediante su institucionalidad se conducen factores biológicos y psíquicos quedando sujetos a regulación, bajo esta concepción nace la histórica idea de que la sociedad es un reflejo del estado de la familia y, estas serán la fuente de la prosperidad social<sup>3</sup>.

La relevancia de esta discusión no es menor, en cuanto la familia teniendo un origen natural previo a todo orden y autoridad, pareciere irradiar todo su efecto en la comunidad solo a partir de su reconocimiento como institución en el Derecho. En este sentido, Russell postulaba con claridad “*en las sociedades civilizadas, la familia es el producto de una institución legal*”<sup>4</sup>. Desde esta mirada, el concepto jurídico de familia asigna estatutos, concede derechos, restringe libertades e impone obligaciones. Todo esto lo realiza principalmente mediante el Derecho de Familia.

Considerando estos factores, es posible apreciar que la idea de familia se conforma inevitablemente como una relación de carácter tridimensional. Presentándose de manera multiforme a lo menos bajo las siguientes expresiones: a) como una institución natural, presente en todos los seres vivos que pueblan la tierra; b) una entidad con contenido y connotación moral, elemento distintivo de la humanidad; y c) una institución con delimitación legal, aspecto que define los alcances de sus efectos en la colectividad, siendo el Derecho quien le otorgue una forma perceptible para fines generales del vivir en sociedad<sup>5</sup>.

Teniendo como base lo anterior, podemos concluir que la necesidad de un estatuto que regule las uniones afectivas - sexuales, se encuentra asentada en la historia como un enunciado ineludible de la civilización, manifestándose como una expresión de la costumbre, la moral

---

<sup>3</sup> Recasens destaca que la motivación principal de la familia bajo cualquier expresión a lo largo de la historia ha sido la necesidad de cuidar, alimentar y educar a la prole frente a la lentitud del ser humano de encontrarse en condiciones de valerse por sí mismo. Recasens Siches, L., *Sociología*, Editorial Porrúa, México, 1960, pp. 466 – 467.

<sup>4</sup> Rusell, B., *Matrimonio y Moral*, traducido por Manuel Azaña, Ediciones Cátedra, Madrid, 2001, p. 141.

<sup>5</sup> En este sentido, Savigny indica que la familia viene a completar la naturaleza imperfecta del hombre, permitiendo la unión de sexos diferentes y complementarios, además mediante la reproducción se permite la perpetuidad del individuo y de la especie. Savigny, F., *Sistema de Derecho Romano Actual*, traducido al castellano por J. Mesia y M. Poley, Editorial F. Góngora y Compañía Editorial, Madrid 1878, pp. 228 – 244.

y la religiosidad de cada época<sup>6</sup>. El Derecho ha debido dar una respuesta en cada tiempo, teniendo presente realidades y principios superiores, muchas veces contradictorios entre sí<sup>7</sup>.

Podemos señalar que tanto la dinámica de las estructuras familiares como los paradigmas asociados al matrimonio, presentan un estado de constantes fluctuaciones a lo largo de la historia de la humanidad. Sin embargo, lo que diferencia nuestros tiempos de períodos pasados, es la celeridad con que se han modificado los roles al interior de la unidad familiar. Esto se manifestará en los patrones que guían las relaciones de parejas y en la diversidad de estructuras familiares existentes<sup>8</sup>. El fenómeno se presentará como contrapunto, frente a las ideas reinantes en la doctrina del siglo pasado<sup>9</sup>.

Durante el último decenio el tratamiento jurídico de la familia ha cambiado sus paradigmas, en primera línea, se observa un giro desde el ámbito público al resguardo del interés privado, produciéndose una reprivatización de los fenómenos familiares bajo una mirada mucho más

---

<sup>6</sup> Esta conjunción se reflejará en todos los tiempos de la humanidad, en esta línea señalaba Petit respecto al matrimonio citando la definición de Modestino hacia finales de la época clásica romana, “*es la unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de hechos divinos y humanos*”. Señala el autor que en la evolución del Derecho romano la estructura del matrimonio sufrió la influencia de las costumbres de cada tiempo, el culto privado del matrimonio perdió su importancia, y la manus cada vez más en desuso, acabo por desaparecer. Esta cuestión se reflejará en la definición de la “*justa nuptiae*” en las institutas de Justiniano, ya no hace alusión al factor de comunicación con lo divino. Petit, E., *Tratado de Derecho Romano*, traducido por J. Ferrandez, 23ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 104.

<sup>7</sup> Así ha señalado la Corte Suprema chilena: “*es necesario recordar que el derecho de familia se configura, como un área del derecho que excede de la mera sistematización jurídica de las relaciones familiares, pues a estas les concede una categoría de relevancia institucional justificada en el reconocimiento del contenido valórico que lo caracteriza, fundado no sólo en su fuente normativa constitucional y convencional específica aplicable en Chile, sino también en el reconocimiento que nuestro ordenamiento hace de una serie de valores y costumbres decantadas históricamente, que giran alrededor de la noción de familia y la dinámica de sus relaciones sostenidas por el vínculo sanguíneo y el afecto mutuo de sus miembros*”. Corte Suprema de Chile, considerando séptimo causa Rol N° 1555-2016, de fecha 17/05/2016.

<sup>8</sup> Glendon, M. Ann, *Derecho y Familia*, capítulos 1 y 7 del Libro *The Transformation of Family Law* (The University of Chicago Press, 1989), traducido por Estudios Públicos, en *Estudios Públicos* 76, primavera 1999, pp. 142-143.

<sup>9</sup> Al respecto Gacto Fernández, destacaba la estabilidad y larga duración de las instituciones familiares, indicando “*si tenemos en cuenta que las instituciones familiares, como manifestaciones sociales con vocación de estabilidad, forman parte de esos fenómenos de larga duración cuya lentitud evolutiva nos transmite una apariencia de quietud y de permanencia que parece excluir la posibilidad de cambios*”, Esta concepción sobre la familia, es imposible de sostener en el siglo XXI. Gacto Fernández, Enrique, “*Sobre el Modelo Jurídico de la Familia en el siglo XIX*”, en *Revista Historia, Documentos e Instituciones*, N° 25, 1998, p. 219.

inclusiva de las diversas formas en las que se construye familia en la sociedad actual<sup>10</sup>. Paralelamente, esta rama del Derecho desarrollará un proceso de “*constitucionalización*”, es decir, la ordenación directa de la Constitución de materias históricamente reguladas por ley. Por esta vía, se materializa el rol de jerarquía que ejerce la carta superior, irradiando todo su efecto en el sistema jurídico, cuestión claramente perceptible con la injerencia de los derechos fundamentales de las personas a todas las áreas del Derecho<sup>11</sup>.

Tal como se ha indicado debemos recordar que en nuestro sistema la idea de la persona y su protección, será tratada fragmentadamente. Parte de estos derechos, si bien, aparecen enunciados en el Código Civil, su protección y tratamiento integral sólo se desarrolla a nivel constitucional<sup>12</sup>. Sin embargo, el Derecho privado requerirá cada vez más del Derecho público para lograr una defensa eficaz de estos derechos en armonía con el resto del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la presencia del individualismo en el contexto del Derecho de familia ha resignificado las medidas de protección que adoptan los sujetos frente a los problemas de parejas, modificando las tendencias al momento de asumir una determinada estructura familiar. Promoviendo la búsqueda de modelos familiares que disminuyan los riesgos asociados a las rupturas, con el fin de reducir los costos vinculados a una posible separación. Esto explicará el interés renovado que existe en la actualidad por modelos como las uniones

---

<sup>10</sup> Carbonell nos habla de la posmodernización de familia, haciendo referencia a que ya no existe un modelo único de familia que actúa como paradigma para que los ciudadanos sean juzgados por sus pares, sino que los modelos de entrada, permanencia y salida de la vida familiar son considerados un asunto privado. Carbonell, J., et. alii., *Las Familias del siglo XXI: Una mirada desde el Derecho*, primera edición, editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2012, pp. 8-9.

<sup>11</sup> Sobre Derecho de Familia y Constitucionalización, ver entre otros: Roca Trias, E., *Familia y Constitución*, publicado en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N°. 10, 2006, pp. 207-228; Tapia, M., “Constitucionalización del derecho de familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social”, en Revista Chilena de Derecho Privado N° 8, 2007, pp. 155-199.

<sup>12</sup> Señala Cordero Cutillas que durante este período será la jurisprudencia la que, mediante su interpretación normativa, realice una defensa de los derechos de la personalidad, acudiendo principalmente a las reglas de la responsabilidad extracontractual. Cordero Cutillas, I., *Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI*, en *Los Derechos a la Intimidad y la Privacidad en el siglo XXI*, Antonio Fayos coord., Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pp. 20-21.

libres o uniones de hecho<sup>13</sup>. También permitirá explicar los fenómenos actuales de disminución de las tasas matrimoniales, aumento en los índices de divorcio y separación, cuestiones finalmente asociadas a la caída en las tasas de natalidad.

Una buena manera de resumir estadísticamente estos cambios es con el análisis de los hijos nacidos fuera del matrimonio o de uniones consensuales en Latinoamérica. Destacar que estas cifras se han elevado de gran manera pasando de un 16,8% de los nacimientos hace 30 años a representar el 38,9% en las últimas mediciones. El fenómeno de aumento resulta homogéneo para toda la región. Chile presenta uno de los porcentajes más bajo en la región alcanzando un 20,4%<sup>14</sup>.

Lo precedente convergerá en la idea de valorar regímenes sin comunidad o con comunidad restringida, de tal forma que mientras menos cosas en común tenga la pareja se podrá recurrir sin mayores complejos a deshacer el vínculo y comenzar nuevamente<sup>15</sup>. Esto justificará además que uno de los factores principales de los que se está ocupando el Derecho de Familia moderno radique en la regulación de los efectos que trae asociado la alta presencia de familias reconstruidas o ensambladas<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Resulta destacable el caso mexicano, en el que existen una pluralidad de modelos jurídicos para regular la vida en pareja. En este históricamente las uniones libres ocuparon el último lugar, después del matrimonio civil y religioso, del matrimonio solo civil y del matrimonio solo religioso. Sin embargo, en la actualidad los índices de uniones libres han aumentado situándose en el segundo lugar solo después del matrimonio civil y religioso. Para mayores antecedentes véase: Ojeda De La Peña, N., “Las Uniones Libres o Consensuales en la Frontera Norte de México”, en Revista Estudios Demográficos y Urbanos, volumen 28, número 3(84), septiembre-diciembre, 2013, pp. 645-679.

<sup>14</sup> Entre los más altos están Colombia, Panamá y el Perú con 55%. Mientras que Cuba y Venezuela se encuentran próximas a este nivel, con un 50,1% y un 49,3% de nacimientos en uniones consensuales respectivamente. Los datos son elevados pero menores en países como Argentina con un 38,5%, el Brasil con 40,5%, el Ecuador 38%, Costa Rica 32,7%. México 25% y Uruguay con 25,2%. Mientras que, en los países europeos los que poseen el porcentaje más alto de nacimientos no matrimoniales son actualmente Islandia (66%), Estonia (59%) y Suecia (54%). Castro Martín, T. et alii., *Maternidad sin Matrimonio en América Latina: Análisis Comparativo a partir de Datos Censales*, en *Notas de Población* N°93 CEPAL, 2010, pp. 37 -76.

<sup>15</sup> Beck-Gernsheim, *La Reinención de la Familia*, en *Busca de Nuevas Formas de Convivencia*, traducido por P. Madrigal, Editorial Paidós, Barcelona, 2003, pp. 55-60.

<sup>16</sup> A modo de ejemplo: Grosman C. et al., “La Familia Ensamblada distintos aspectos de la relación entre uno de los integrantes de la pareja y los hijos del otro” en *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas* actas del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Vol. 4, 1998, pp. 43 – 46. De la misma manera, Bosh Carrera, *Las Familias Reconstituidas y las Cuestiones de Protección Patrimonial*, en *Nous Reptes del Dert de Famílias*, Editorial Documenta Universitaria, coord. por Área de Derecho Civil de la Universidad de Girona, Girona, 2005, pp. 241-269.

Otro efecto de este proceso de reorientación de la familia será la unificación de los conceptos sociológicos y jurídicos, miradas que durante un largo tiempo parecían disociadas. Así, podemos entender que la familia desde un concepto sociológico, aparece históricamente asociada a una agrupación de personas reunidas bajo un vínculo de carácter sexual, filiación o descendencia común. Mientras, desde el pensamiento jurídico el concepto aparecía vinculado únicamente a la institución matrimonial. A partir de esto se generaba una estructura de más o menos derechos<sup>17</sup>. En la actualidad, ambas visiones se entremezclan bajo una idea amplia e integradora respecto de lo que se debe entender por familia<sup>18</sup>.

Este cambio de paradigma ha llevado a que el Derecho de familia prácticamente se haya vaciado de sus elementos basales, modificando toda su propuesta. Basta observar la institución matrimonial que pareciera no tener continuidad con el matrimonio de antaño, ni con sus orígenes<sup>19</sup>. Este no solo ha perdido su lugar de privilegio y exclusividad en el Derecho como institución asociada a la familia, sino también dentro del uso social ha comenzado a caer en un desuso progresivo como prueba del cambio en las costumbres.

En la actualidad resulta común la idea de un matrimonio disoluble, con amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad, con un disminuido poder del marido sobre la mujer, sin conceptos que favorezcan a los hijos matrimoniales, con uniones de hecho reconocidas como institución jurídica y, con un progresivo reconocimiento de las uniones afectivas homosexuales, todo en un plano igualitario.

---

<sup>17</sup> En este sentido señalaban los hermanos Mazeaud “...*Disolución y disgregación que no afectan más que a la única familia en el sentido exacto de la palabra: a la familia legítima. Quienes viven en concubinato y sus hijos naturales no forman una familia; porque, a falta de un vínculo jurídico, entre aquellos este grupo no está dotado de ninguna permanencia, la separación de quienes viven en concubinato no es sino un hecho que pone término a ese otro hecho que era la vida en común*”. Mazeaud H. et alii., *Lecciones de Derecho Civil*, Parte I, Tomo IV, Traducido por L. Alcalá Zamora, Editorial Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1959., p. 373.

<sup>18</sup> Sobre la materia en general resulta orientador Carbonnier J., *Derecho Civil*, tomo I, volumen II, traducido de la 1ª edición francesa por Manuel Zorrilla Ruiz, Editorial Bosch, Barcelona 1961, pp. 1-13.

<sup>19</sup> En este sentido, García Cantero nos destaca respecto a las últimas modificaciones al régimen matrimonial español, que este nuevo Derecho pareciera no tener vinculación con el pasado, resaltando lo inédito, y lo escaso de los precedentes comparativos. García Cantero, G., “Vértigo ante el abismo”, en *Revista Chilena de Derecho de Familia* 1, 04/01/2010, p. 11.

Sin embargo, estos cambios en las costumbres asumidos mediante la reestructuración del modelo jurídico familiar, serán permanentemente tutelados por un discurso de la familia en crisis<sup>20</sup>, este tendrá como fundamento el sostenido ocaso de la institución matrimonial por esencia cuna de familia jurídica<sup>21</sup>. De esta manera, la noción de la familia en crisis pareciera asomar como un escudo que promueve la resistencia frente a los inevitables cambios sociales, en esto resultará central la oposición al paradigma del individualismo en la familia, promoviendo la defensa de esta como una unidad autónoma de imputación jurídica. Desde esta perspectiva, se proyectará a la familia como una entidad con garantías propias, independiente de los individuos que concurren a integrarla y sus derechos propios<sup>22</sup>.

En este camino Viladrich justifica el carácter de sujeto social de la familia, asignándole el rol de titular de derechos fundamentales, con la salvedad que esta concesión no va dirigida a toda unión afectiva, sino a los afectos que se desarrollan exclusivamente dentro del matrimonio<sup>23</sup>. Así, justificará la visión protectora de la familia matrimonial promovida en los sistemas legales occidentales durante el siglo pasado, esta idea se fundamentó en gran parte en los atributos de duración, estabilidad y eficacia asignados a la familia matrimonial

---

<sup>20</sup> El surgimiento y fortalecimiento de dos fenómenos sociales resultará elemental para esta presunta crisis: a) el aumento sustantivo de las uniones no matrimoniales con la consecuente disminución de los matrimonios en una amplia mayoría de las realidades nacionales. Este proceso culminará a fines del siglo XX, con la inserción de estatutos jurídicos destinados a regular estas uniones, sin distinción de sexo, y con reconocimiento del carácter de familia de estas parejas; b) en segundo lugar, el reconocimiento generalizado en los ordenamientos jurídicos occidentales del divorcio como causal de término.

<sup>21</sup> Un ejemplo de esta tendencia en: González Martín, Nuria, *Modelos Familiares ante el Nuevo Orden Jurídico: Una Aproximación Casuística*, en la obra colectiva *Las Familias del siglo XXI: Una mirada desde el Derecho*, primera edición, editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2012, pp. 66 – 69.

<sup>22</sup> Esta posición se mantiene a la fecha en el Código de Familia Boliviano que en su artículo N°2, expresa como criterio rector: “*Artículo 2. Aplicación: criterios rectores. Los jueces y autoridades, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, tendrán en cuenta el estado o condición de las personas como miembros del grupo familiar y concederán prevalencia al interés que corresponde a la familia sobre el particular de sus componentes y de tercero*”. Este principio, se presentó en su momento como un obstáculo a la autonomía de los individuos, dificultando por ejemplo los procesos de divorcio.

<sup>23</sup> Indica que la única unión que goza de verdadera identidad es el matrimonio, siendo inseparable ambos conceptos, solo ese modelo goza del carácter de familia soberana. Viladrich P., “La Familia Soberana”, en *Revista Ius Canonicum*, N° 34, enero 1994, pp. 427-440.



para el cumplimiento de funciones estratégicas<sup>24</sup>. Este enfoque se alimentará vinculando el interés del Estado como elementos primordiales de todo orden jurídico<sup>25</sup>.

Desde esta perspectiva se pretenderá un estado de transición controlado frente a la rápida evolución social, cuestión que resultará compleja al intentar definir quién controla lo desechable y lo permanente en cada tiempo, factor determinante al enfrentar toda modificación normativa. La experiencia da muestras que en defensa de la tradición, muchas veces se han justificado vulneraciones a derechos fundamentales sobre parte de la población que no comparte una determinada ideología<sup>26</sup>. Justamente en defensa de estas minorías de las ofensas del Estado y de las mayorías, encontrará su justificativo el sistema de Derechos Humanos que modela lo jurídico en la actualidad.

Estas nociones sobre la orientación del Derecho de Familia solo tendrán cabida cuando se proyecta desde un plano asimétrico los fines del Estado, respecto de los fines propios de los ciudadanos. En la medida que se posicione el interés del Estado sobre el de los individuos que integran, crean y legitiman su soberanía. En este proceso se sumerge el fin básico de la organización colectiva, perdiéndose el sentido de lo primario<sup>27</sup>.

Esta visión resulta insostenible en nuestros tiempos, en cuanto la doctrina política-social que guía los actuales sistemas democráticos, ha movido su centro de atención considerando esencial la obligación que tiene el poder público de garantizar la dignidad de cada individuo.

---

<sup>24</sup> Sobre las funciones estratégicas un análisis clarificador en Díez Picazo L. y Gullón A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen 4, Tomo I, Derecho de Familia*, Undécima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, pp.25-27.

<sup>25</sup> Según D'agostino, este estado de transición debe ser guiado, de tal manera que el cambio no signifique la eliminación de los precedentes, es decir "*que cambie lo que debe cambiar, pero permanezca firme lo que deba permanecer*". D'agostino F., *Filosofía de la Familia*, Instituto de Ciencias de la Familia, Universidad de Navarra, Ediciones Rialph, 2006, pp. 21-24.

<sup>26</sup> Prueba de ello, han sido los constantes cambios promovidos en el matrimonio en Latinoamérica, gran parte de ellos, encontrará su causa en la colisión del régimen jurídico interno con instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos. Así, observamos las modificaciones que en el Derecho occidental debieron mejorar la situación de desventaja de la mujer frente a los regímenes patrimoniales en el matrimonio, la situación del matrimonio indisoluble, o bien la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

<sup>27</sup> En este sentido Kant nos habla de imperativos categóricos como aquellos argumentos que son válidos para todo ser racional, y "*que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria*". Kant I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducido por Manuel García Morente, Edición Pedro Rosario Barbosa, Puerto Rico, 2007, pp. 28-31.

Esto se entiende como el derecho al libre desarrollo de su personalidad, el cual se reconoce como un valor objetivo, y dentro de ello la garantía fundamental de elegir el modelo de familia en que los sujetos perfeccionarán su proyecto de vida<sup>28</sup>.

En este camino, Puig Ferriol ha señalado que la familia no puede considerarse como una unidad en sí misma, pues carece de personalidad jurídica para actuar como sujeto de Derecho. De esta manera solo puede percibirse como una herramienta al servicio de las personas que integran el núcleo familiar, en cuyo seno se forma la personalidad de los individuos. Parte aludiendo a que la pertenencia a una familia, no puede significar la pérdida de derechos de sus miembros, este argumento justifica la posibilidad de que el poder público pueda intervenir en las funciones familiares, justamente para evitar que el grupo familiar pueda dañar los derechos fundamentales de las personas<sup>29</sup>.

No obstante, esta preponderancia del interés individual en la pareja dentro del contexto de la familia jurídica, se encuentra sujeto a límites que tienen su origen en los valores supremos establecidos en los cuerpos constitucionales de cada ordenamiento, esto como una expresión de aquellos aspectos que la sociedad considera preponderantes. La doctrina ha destacado entre estos principios: a) interés superior del niño; b) principio de no discriminación e igualdad; c) principio de identidad, d) solidaridad; e) interés familiar<sup>30</sup>.

Estos elementos instan a un equilibrio entre el interés familiar general y el interés familiar individual en las propuestas del Derecho de Familia. Este es un debate continuo en esta rama

---

<sup>28</sup> Este Derecho aparece consagrado en un número importante de Constituciones a partir de mediados del siglo XX. Así la Constitución de Alemania de 1949 en su artículo 2.1 señala: “*Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral*”. La Constitución española en su artículo 10 N° 1 indica: “*1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social...*”. De la misma manera la Constitución Colombiana de 1993 indica: “*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*”. En la misma línea la reciente Constitución ecuatoriana del 2008 establece en el artículo 66.5: “*Se reconoce y garantizará a las personas: -El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás*”.

<sup>29</sup> Puig Ferriol L., “Constitución y Protección de la familia”, en Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Furió Ceriol, N° 40, 2002, pp. 183 – 184.

<sup>30</sup> Noemi Krasnov A., “El Derecho de Familia en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 41 No 1, 2014, p. 317.

del Derecho. Así, se ha indicado que entre ambos es el último que debe ser satisfecho, *“pues no sólo se protege ese interés individual, sino también el familiar en aras de la solidaridad que debe existir entre sus miembros. Aunque los intereses pueden ser diferentes, no son nociones desvinculadas, por lo cual se deben complementar. Cuando el interés individual busca el logro de fines distintos de los del interés familiar, se estará ante un abuso del derecho y tendrá la resistencia de la ley”*<sup>31</sup>.

El predominio en nuestros días de esta última posición terminará por socavar las bases del Derecho Familiar decimonónico. No obstante, compartimos la idea que frente a un conflicto entre ambos intereses, mientras no estén comprometidos derechos fundamentales de los miembros que integren la familia, la preferencia en caso de tensiones se dará a la familia como grupo intermedio prioritario, en atención a la obligación del Estado de fortalecerla y protegerla<sup>32</sup>.

Entrado el siglo XXI podemos señalar que este proceso de transformación de las conductas familiares encuentra su origen en la mutación de las características estructurales del modelo social, como consecuencia del surgimiento de una sociedad globalizada y liberalizadora. Las causas que darán inicio a este fenómeno son multifactoriales, extendiéndose desde la incorporación de la mujer en términos de progresiva igualdad a la vida pública, el control y nuevas formas de reproducción humana, los cambios en los roles de hombre y mujer, y la pérdida de relevancia de la religión formal predominante<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Medina, G., *“Orden público familiar”*, en Revista de Derecho de Familia , Volúmen II - 2016 , p. 89. Cita Online: CL/DOC/1755/2016.

<sup>32</sup> Debemos destacar en la actualidad como una posición intermedia, aquella que vislumbra una dualidad simétrica entre estas dos posiciones. De esta manera se desarrolla la noción de derechos familiares individuales frente a derechos sociales para la familia como institución jurídica. En este orden, ambos derechos se encuentran consagrados como fundamentales, obligando tanto a particulares como al poder público. Desde esta perspectiva se destacan como derechos sociales de la familia, entre otros: a) el derecho a existir y ser reconocida jurídicamente; b) derecho a un ingreso familiar suficiente para su sustento; c) derecho a la intimidad familiar; d) derecho a la vivienda digna y suficiente. Pese a estar emparentados con los derechos básicos de los individuos, se propone la titularidad de estos derechos subjetivos por parte de la unidad familiar. En esta línea Chávez Asencio M., *“Derechos familiares fundamentales”* en Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 2002, Número 32, Sección de Previa, 2002, pp. 185-201. Del mismo autor Chávez Asencio M., *“Derechos familiares de la persona y derechos sociales de la familia”*, en Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 15, 1983, pp. 109-139.

<sup>33</sup> Descenso en el número de matrimonios religiosos, baja en el número de personas cristianas etc.

Durante esta transición, se irá descifrando que la crisis no se sitúa en las instituciones, sino en la fragmentación de un modelo de vida de una época, así lo que cambiará serán las costumbres existentes en la comunidad, las que cederán frente a la necesidad de una sociedad más justa, equitativa y democrática. Todo esto tutelado bajo la premisa que la familia es una herramienta primaria para la felicidad humana, fin último del Derecho<sup>34</sup>.

Esto se reflejará en el surgimiento de nuevos principios que en nuestros tiempos tutelan las relaciones familiares, materializándose con su incorporación en los diversos sistemas legales. Entre estos podemos destacar: a) la igualdad en los miembros de la pareja<sup>35</sup>; b) la no discriminación de los miembros de la familia; c) la inclusión de otros modelos familiares; d) la inclusión y ocupación de las uniones entre parejas del mismo sexo<sup>36</sup>; e) la demanda de normatividad de la afectividad de las minorías y su voluntad de querer someterse al orden familiar establecido<sup>37</sup>..

Esta nueva orientación incentivará entre otras cosas, la implementación de un conjunto de medidas de control para limitar el poder público, en esto encontrará su fundamento el Derecho para sostener su división histórica entre un Derecho público y otro privado<sup>38</sup>. Esto

---

<sup>34</sup> Figueroa Yáñez, Gonzalo, *Persona, Pareja y Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 65-95.

<sup>35</sup> Gete Alonso y Calera destaca que la falta de regulación de las uniones estables no matrimoniales se conforma como una vulneración del principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Señala que deben regularse especialmente aquellos efectos cuya regulación no deriva con exclusividad de la existencia del matrimonio y cuyo fundamento último se asienta en la convivencia. Para este fin postula que deben extenderse a estas uniones no matrimoniales aquellas reglas que se fundamentan en la protección de la persona y de los descendientes, indicando entre estas la normativa a la obligación de alimentos, el uso de la vivienda que han compartido en común, la determinación y distribución de los bienes y del ajuar y las compensaciones económicas que deban hacerse entre sí los convivientes. Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, “Condición civil de la persona y género”, *Actualidad Civil*, N° 11, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 jun. 2008, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 16935/2008, pp. 1098 y sgtes.

<sup>36</sup> Sobre los nuevos principios que regulan el Derecho de Familia en Chile, véase: Lepin Molina, C., “Los Nuevos Principios del Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, 2014, pp. 9-55. En un sentido contrario, Domínguez Hidalgo, C., “Los Principios que Informan el Derecho de Familia Chileno: su formulación clásica y su revisión moderna” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm. 2, 2005, pp. 205-218.

<sup>37</sup> Sobre la materia ver: Roudinesco, E., *La Familia en Desorden*, traducido por Horacio Pons, Editorial Fondo de la Cultura Económica, Buenos Aires, 2010, pp. 10-11.

<sup>38</sup> Sobre la discusión respecto a la naturaleza jurídica de Derecho Privado o público de las normas del Derecho de Familia, ver entre otros: Guzmán Brito A., *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, pp. 15-23; también Cornejo Chávez H., *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica Editores, Décima Edición, Lima, 1999, pp. 21-35.

contribuirá decididamente a definir sectores en que los individuos no podrán ser legítimamente coaccionados, definiendo espacios de plena libertad<sup>39</sup>.

Lo anterior confluye en que la atención primaria del Derecho respecto a la familia no puede justificarse únicamente en el cumplimiento de las funciones estratégicas. Por el contrario, su propósito debe consistir en promover y fortalecer su naturaleza de fuente principal del desarrollo espiritual y material para los individuos.

Un aspecto relevante en escenario será el fortalecimiento de la doctrina actual de los Derechos Humanos (DDHH). Esta reafirmará la discusión los bienes individuales que han de ser garantizados y promovidos por parte de todo Estado. El poder público será quien deba velar por el cumplimiento efectivo y el seguimiento permanente del bien común, de lo contrario, su actuar se conformará como un mero ejercicio impositivo sustentado en la fuerza, cuestión que lesionaría la dignidad de la persona humana, cuestión que terminara por influir decididamente en el Derecho de Familia<sup>40</sup>.

Desde esta perspectiva el objeto principal del Derecho de Familia consiste en situarse como una herramienta efectiva para el pleno desarrollo de las personas en sociedad. Permitiéndoles completar su naturaleza, facilitando las vías para su perfeccionamiento. Este paradigma no resulta ser discrecional para el Estado, sino que tiene el carácter de una obligación ineludible, emanada desde las bases de la institucionalidad fijadas en el mandato constitucional. Esto permite garantizar que el Estado pueda cumplir con su deber de satisfacer el bien común<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> En este sentido señalaba Hayek: *“Durante los dos siglos desde que se produjo la desaparición del absolutismo monárquico y hasta que en el mundo surgió la democracia ilimitada, la restricción del poder gubernamental fue siempre prioritario objetivo de todo el esfuerzo constitucional. Los principales mecanismos que paulatinamente se establecieron al objeto de obligar que los gobiernos pudieran hacer uso arbitrario de sus facultades fueron: la separación de poderes, la soberanía o supremacía de la ley, el principio de que el gobierno también debiera quedar sometido a la ley, la separación del derecho público del privado y el respeto al proceso judicial”*. Hayek F. A, *Derecho, Legislación y Libertad*, volumen III, Unión Editorial, 2008, pp. 176-179.

<sup>40</sup> Santiago A., “El Concepto de Bien Común en el Sistema Constitucional Argentino. El Personalismo solidario como Techo Ideológico de Nuestra Constitución”, en *Revista Colección Año VII*, N° 12, p. 239.

<sup>41</sup> Así la Constitución Política chilena en su artículo N°1 inciso 3, señala: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones

Cualquier posición que se asuma, podemos indicar que en la elección del modelo de familia que se fije en cada ordenamiento junto con acoger las costumbres y la ética sexual, deberá plasmar un debido equilibrio entre la protección a la institución como unidad preferente y los derechos de los individuos<sup>42</sup>. Esto permite conformarse al Derecho de familia en la actualidad como un resguardo para la protección de diversas expresiones familiares.

Al mismo tiempo esta apertura ofrece una utilidad para la eficiencia jurídica del Derecho de familia. En cuanto mediante una interpretación normativa amplia permite resolver un abánico extenso de situaciones sociales nuevas y de contradicciones normativas. Entendemos que en un mismo espacio jurídico, existen distintos grupos intermedios que se relacionan y generan estructuras normativas de distinta naturaleza con sus propias particularidades<sup>43</sup>. Hoy en día, este paradigma ha comenzado a mirarse desde una perspectiva amplia, asumiendo la posibilidad de reconocer no solo a la sociedad global la facultad de creación de normas jurídicas, sino también a otros grupos particulares.

Tal como resaltase Carbonnier la noción de sistema jurídico, si bien, aparece generalmente asociada a un territorio geográfico, este elemento no resulta esencial para definir un fenómeno como jurídico, el elemento determinante radica en el factor humano, es decir las personas asociadas con otros. De esta manera, distintos sistemas jurídicos pueden sobreponerse en un mismo espacio territorial. En esto se resume aquello a lo que se ha denominado pluralismo jurídico.

---

sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

<sup>42</sup> En este sentido, señala Roca Trías “una exacerbación de la protección a la familia como grupo, podría llevar a una hipertrofia, en el sentido que se arriesga a la sobreprotección de la familia como un grupo a se, que debería resistir cualquier propuesta legislativa, en una línea parecida a los viejos planteamientos italianos de principios del pasado siglo. Pero también se puede advertir que la exaltación de la protección los individuos, sin tener en cuenta si se hallan o no insertos en un grupo familiar lleva a otro peligro: el del individualismo, con la inmediata consecuencia de la inutilidad de la familia como medio protector de los derechos de los individuos que forman parte de ella. Tan mala es una cosa como otra”. Roca Trías E., “Familia ...”, cit., p.208.

<sup>43</sup> Carbonnier J., *Sociología jurídica*, Traducido por L. Díez Picazo, Madrid, 1982, Editorial Tecnos, pp.115-124.

Cabe destacar que el Derecho como un producto social siempre tuvo una naturaleza pluralista. La concepción monista que predomina la realidad jurídica será el resultado de un proceso reaccionario asociado directamente con la formación de los Estados nacionales que se construyen tras la disolución de las sociedades medievales. Previo a ello, existió históricamente un reconocimiento de diversos órdenes normativos como la iglesia, el imperio, los feudos, cofradías, uno de estos centros de producción jurídica fue la familia<sup>44</sup>.

A partir de esto el Estado moderno se conformará de un diálogo limitado y poco armonioso de estos centros de producción jurídica. Por diversas razones se mantendrá la primacía de algunos, como el caso del Derecho de la Iglesia que descansará hasta nuestros días en áreas de relevancia como el Derecho de familia, mientras que otros sectores serán invisibilizados, pasando el nuevo Estado a monopolizar la producción jurídica.

Entonces una concepción pluralista del Derecho admite una coexistencia de sistemas jurídicos de igual o distinta naturaleza, estos pueden provenir del mismo Estado como ocurre en las estructuras federales; pero también de sistemas jurídicos de naturaleza diferenciada, tales como el orden jurídico internacional, o de fenómenos infrajurídicos que abarcan una amplia extensión desde grupos minoritarios con características de nación, grupos corporativos, hasta la familia como entidad colectiva. Esto dependerá en gran parte de la manera como se conciba el Derecho<sup>45</sup>.

Uno de los grandes desafíos que enfrenta el Derecho moderno consistirá en armonizar las manifestaciones jurídicas que expresan prácticas muchas veces contrarias al Derecho estatal. Muchos de estos sistemas no reconocidos mantienen una realidad al margen, no pudiendo garantizar su plena eficacia, pero a su vez afectan la eficacia del Derecho estatal al producirse una falta de cumplimiento de la norma.

---

<sup>44</sup> Sobre este punto véase: Sánchez- Castañeda, Alfredo, *Los Orígenes del Pluralismo Jurídico*, en Pluralismo Jurídico e Interculturalidad coord. Oscar Alba, Editado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia, pp. 30 - 31.

<sup>45</sup> Bobbio nos habla del concepto largo de Derecho como aquel que entiende más allá de las normas de origen estatal, señala que un concepto restringido de Derecho se contradice con el uso natural de la palabra Derecho, la cual incorpora como tal, tanto al sistema jurídico canónico como a la estructura normativa internacional. Bobbio, N., *Teoría general ...*, cit., p. 11.



Esta realidad no resulta ajena para el Derecho de familia en nuestros tiempos, en cuanto desde mediados del siglo XX mediante la inclusión de diversos tratados de protección de los Derechos Humanos y un enfoque pluralista que predomina en el Derecho, la regulación de la Familia ha abandonado viejos cimientos para promover principios rectores como el de igualdad y libertad<sup>46</sup>. Incluso estos alcances ya han sido reconocidos a nivel jurisprudencial por tribunales internacionales<sup>47</sup>.

En esta orientación la búsqueda de una ponderación para la fijación de un orden jurídico familiar, se manifestará en el reconocimiento de una pluralidad de modelos familiares para las diversas expresiones que tienen las personas de alcanzar sus propios fines, transitando de la idea de un modelo único como el de antaño, a un modelo múltiple basado en el respeto y tolerancia<sup>48</sup>.

Actualmente, esto representa la posibilidad de acoger distintos fenómenos familiares, reconociendo expresiones minoritarias muy diferenciadas, que se extienden desde la familia homosexual, familia de composición múltiple o poligámica, hasta la familia no matrimonial.

---

<sup>46</sup> El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 reconoce el derecho de los hombres y de las mujeres a “*casarse y fundar una familia*”, sin distinción por motivos de raza, nacionalidad o religión. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, en su artículo 17 número 2 señala: “*Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*”. De la misma manera el artículo 23 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965.

<sup>47</sup> Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha ratificado que la familia protegida por la Convención, no se limita a la de base matrimonial, así en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, del 24/02/2012; de la misma manera en *Fornerón vs. Argentina* del 27/04/2012, en esta última se argumenta: “*Este tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma...*”

<sup>48</sup> La relación entre Derecho de Familia y Pluralismo Jurídico, no resulta novedosa en algunos sistemas jurídicos. Por ejemplo, en el caso del Derecho de Familia de la India que se ha caracterizado históricamente por el acogimiento de una gran diversidad de formas. Esto se encuentra vinculado directamente con la pluralidad de culturas y con las diversas realidades que conviven bajo un mismo sistema jurídico. Lo anterior, ha conllevado a que el Derecho acoja diversas estructuras matrimoniales, las cuales se diferencian en cuestiones elementales como la edad de capacidad para el matrimonio. Véase en este sentido: Francavilla D., “Las reformas en el derecho de familia de India: el matrimonio de niños entre derecho hindú tradicional e intervención estatal”, en *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, N° 23, julio – diciembre de 2012, pp. 25-44.



Proponemos que este fenómeno interpretado de manera extensa permite resolver una serie de conflictos existentes en los ordenamientos jurídicos actuales.

Podemos señalar que la familia en el Derecho actual se proyecta desde un concepto abierto, cuya tutela jurídica se plasma como una noción móvil desarrollada de la mano de cada grupo humano, promoviendo la noción de un pluralismo jurídico en el contexto de la familia. Esta idea se fortalecerá con un reconocimiento cada vez mayor de la autonomía de la voluntad, esto facilitará la posibilidad de autorregulación de las relaciones familiares por parte de la pareja generando estructuras jurídicas cada vez más particularizadas<sup>49</sup>.

Frente a esta pluralidad el Derecho se presenta imparcial, en cuanto no caben preferencias de un modelo sobre otro. En este sentido, cada individuo acude en un espacio cada vez más amplio a las herramientas jurídicas para lograr el desarrollo de su proyecto de vida<sup>50</sup>. De esta manera, este siglo nos presentará un Derecho de Familia con bases renovadas, su sustento resulta ser esencialmente liberalizador como reflejo de una sociedad pluralista, tolerante e integradora.

Una de las consagraciones más elevadas de este modelo lo encontramos en el art. 231.1 del reciente Código Civil de Cataluña. Este se refiere a esa heterogeneidad con la que se concibe a la familia jurídica en el siglo XXI. Al respecto señala: *“la familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares*

---

<sup>49</sup> Como un ejemplo de la actual injerencia del principio de la autonomía de la voluntad podemos destacar las recientes modificaciones legales en Latinoamérica que privatizan las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo desjudicializándolas y poniéndolas en sede notarial. Así, por ejemplo: Cuba mediante Decreto Ley N° 154/1994 del 6 de septiembre, Colombia con la Ley. 962/2005 de 8 de julio y el Decreto No. 4436 de 28 de noviembre del 2005 del Ministerio de Justicia e Interior, Ecuador con Ley No. 2006-62, reformatoria a la ley notarial ecuatoriana, publicada en el Registro Oficial, No. 406, del 28 de noviembre de 2006, en Brasil la Ley No. 11411/2007 de 4 de enero, que establece divorcio consensual por vía administrativa, en Perú la Ley N° 29227/2008, de 15 de mayo, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio. Por su parte México mediante su Código Civil Federal del año 2000 otorgo competencia a un funcionario administrativo denominado juez en cargo del registro civil. También en España con la entrada en vigencia de la Ley 15/2015 sobre Jurisdicción Voluntaria de fecha 02 de julio del 2015.

<sup>50</sup> En esta línea se refiere Tapia, cuando señala que la antigua función didáctica del Derecho de Familia, ha sido desplazada por una visión terapéutica, cuyo fin será asegurar una neutralidad frente a sus súbditos más que dirigir sus vidas íntimas. Tapia M., *“Constitucionalización del derecho...”*, cit., p.2.

*derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes”.*

Los elementos esenciales de este sistema se reflejarán a lo menos en los siguientes aspectos: a) restricción en la intrusión de los poderes públicos en intereses considerados exclusivamente particulares; b) la protección pública primaria a la familia sin distinción; c) la protección de los derechos básicos de los individuos, que se presentan como una barrera tanto para particulares como para los sectores públicos o privados; y d) la existencia de estatutos diferenciados para modelos de familias diversos.

Este cambio no ha sido pacífico, exhibiéndose en la actualidad como un ámbito jurídico en desarrollo con diferentes matices. En lo religioso, se presentará una alta resistencia a los cambios con una férrea defensa de las diferentes concepciones sobre la familia. Sin embargo, esta posición resultará debilitada producto de los procesos de secularización que han atravesados los sistemas occidentales, lo cual sentará las bases para un nuevo orden jurídico familiar de carácter pluralista que en nuestros tiempos se ha plasmado en las distintas Constituciones nacionales, irradiando su efecto a todo el sistema jurídico<sup>51</sup>.

Un de los espacios en que mayor repercusión tendrá este paradigma será en el contexto étnico. En este espacio la noción de pluralismo jurídico familiar acompañado de la existencia de un bloque internacional de Derechos humanos para los pueblos indígenas, ha fortalecido los requerimientos de poblaciones originarias sometidas a procesos de colonización. Dentro de sus reivindicaciones, una de las más relevantes ha sido el respeto por su diversidad e identidad cultural. Esto ha permitido generar cambios en los ordenamientos jurídicos nacionales, cuyas bases son mayoritariamente de inspiración exclusivamente occidental, invisibilizando correlativamente la relevancia para la identidad cultural que reportan los modelos familiares de los diversos pueblos<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Sobre Derecho de Familia y Constitución, ver entre otros: Carbonell M., “Familia, Constitución y Derecho de Familia”, en Panorama internacional de Derecho de Familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados, Rosa Álvarez de Lara coord., Tomo I, México, D.F., 2006, pp. 81 y sgtes.

<sup>52</sup> El derecho a la identidad cultural ha sido incorporado en diversos instrumentos jurídicos, como derecho humano se remonta a la Carta de Banjul (1981) que estableció este derecho en su artículo 22.1, posteriormente

Esto se particulariza respecto de las parejas que recurren a sus formas ancestrales para organizar la familia, asociado a modelos de convivencias afectivas generalmente fuera del matrimonio, produciéndose una marginación o una asimilación de estas estructuras consuetudinarias vaciándolas de su contenido cultural. Las tensiones generadas por esta realidad se presentan de manera particular en el Derecho de familia chileno, produciéndose una situación de desprotección de la población indígena.

Este elemento se encuentra directamente vinculado a nuestro ámbito de estudio, ya que las uniones al margen del matrimonio se presentan con ciertas particularidades en esta población. Existiendo además un mandato expreso desde el ordenamiento jurídico de otorgar protección y fortalecer todos los aspectos vinculados a su cultura. Existiendo aún en las respuestas otorgadas por el poder público diversos problemas de carácter técnico jurídico.

Tampoco la reciente regulación estatutaria de la convivencia no matrimonial mediante la ley N° 20.830 del año 2015 se presenta como una solución, en cuanto se asumió un modelo de carácter declaratorio, en el que los convivientes civiles para someterse a sus efectos deben realizar un acto de manifestación de voluntad ante notario, sin entregar una solución a las convivencia que se mantendrán al margen de esta situación, para quienes la situación sigue inalterable y fuera de toda regulación, en este escenario se ubican las convivencias de las comunidad indígenas.

Este aspecto resulta relevante para el Derecho moderno debido a la situación de incumplimiento de parte del Estado frente a la estructura internacional de protección de

---

la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) la cual define conceptualmente el derecho cultural como derecho a la identidad.; complementa, el enfoque de los Instrumentos de Derechos Humanos la Declaración de Naciones Unidas De los Pueblos Indígenas, documento no vinculante que luego de 22 años de tramitación, vio la luz iniciando su proceso para lograr una mayor eficacia. No obstante, será el convenio 169 sobre pueblos indígenas de la OIT, ratificado por Chile luego de 18 años de tramitación el 14 de octubre de 2008 y que entro en vigencia a partir del 15 de septiembre del 2009 el de mayor relevancia. Señala el este instrumento en su artículo 8: 1.- *“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derechos consuetudinarios.*

2.- *Dichos pueblos deberán tener el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.*

DDHH<sup>53</sup>. Como propuesta a esta discusión, se ha planteado la idea de abrir un diálogo intercultural replanteando el concepto de la universalidad de los DDHH esto bajo la noción de la creación de un “*núcleo duro*” de derechos absolutamente esenciales e irrenunciables<sup>54</sup>.

Este aspecto cobra relevancia en el caso de Chile, primero por tratarse de un país plurinacional y luego por encontrarse vigente los instrumentos internacionales de mayor relevancia en materia indígena. Por su particularidad, como por el poco desarrollo que tiene esta materia a nivel doctrinal, hemos optado por un tratamiento particular dentro del presente trabajo.

Este pluralismo jurídico familiar que caracteriza al Derecho de familia actual, ha permitido otorgar una respuesta estatutaria para la regulación de cada modelo, favoreciendo la seguridad jurídica de los individuos en pareja. Un ejemplo de su acogimiento, lo encontramos en la nueva Constitución de Ecuador del año 2008, en su artículo N° 67 indica: “*Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes*”.

En los demás ordenamientos jurídicos latinoamericanos que no han sido reformados en esta línea, ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado esta tarea, de manera que la generalidad de los cuerpos constitucionales ha sido interpretada dando sentido al deber del Estado de proteger a la familia sin distinción. Favoreciendo la noción que el poder público no debe tener una actitud restrictiva frente a las uniones afectivas de distinta naturaleza, estableciendo un mandato superior de ofrecer un estatuto a toda pareja para proporcionar seguridad jurídica a quienes concurren a ellas<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Giusti, M., *Los Derechos Humanos en un contexto intercultural*, en Organización de Estados Iberoamericano. Disponible en: <http://www.oei.es/valores2/giusti2.htm> [Visitado 30/01/2017]

<sup>54</sup> P. Talavera, “Diálogo Intercultural y Universalidad de los Derechos Humanos”, en Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año V, N° 28, 2011, p.37

<sup>55</sup> Para un tratamiento en profundidad sobre este tema véase: Turner S. y Zúñiga Y., “Sistematización Comparativa de la Regulación de la Familia en las Constituciones Latinoamericanas”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 20 N°2, 2013, pp. 269-301.

Debemos comprender que el Derecho siempre es un “*posterius*”, es decir, que como ciencia social actúa sobre una realidad ya consolidada en cada tiempo, configurándose como una reacción a esa realidad respecto de asuntos para los que la sociedad reclama una determinada respuesta. Es por esto que la regla jurídica coincide generalmente con la cultura que existe en un espacio determinado, “*La realidad siempre va, y así debe ser, por delante de la norma*”<sup>56</sup>.

De lo contrario, el Derecho resulta ineficaz presentando problemas de legitimidad debido al desajuste entre realidad y principios normativos. Dejando de cumplir el Derecho los fines que se le encomiendan y que justifican su imperio. Desde esta mirada, cada institución del Derecho de Familia deberá ajustarse a su tiempo, adecuando sus fines, encauzando debidamente sus reglas al desarrollo social desde un plano inclusivo con las diversas realidades, permitiendo que, en el núcleo fundamental de la sociedad, todos tengan cabida. De lo contrario el poder público, solo entregará “*respuestas muertas a preguntas vivas*”<sup>57</sup>.

En el caso de Chile la evolución del Derecho de Familia suele tener un tránsito más lento que otros ordenamientos jurídicos. Este transitar se explica en gran parte por la férrea resistencia a los cambios sociales, lo que encuentra su fundamento en la rutina de la conciencia colectiva que retarda y debilita las revoluciones intelectuales, factores promovidos en gran parte por la omnipresencia hasta nuestros días de los principios canónicos en la política nacional<sup>58</sup>.

Sin embargo, este retraso se presenta como una oportunidad que trae consigo el provecho de poder analizar los fenómenos con una mirada más amplia, al poder considerar la experiencia

---

<sup>56</sup> Gete-Alonso y Calera M. y Solé Resina J., “Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)”, Estudios Monográficos en Anuario de Derecho Civil, tomo LXVII, 2014, fasc. III, pp. 767-771.

<sup>57</sup> Varsi E., *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pp. 56-57.

<sup>58</sup> Presencia de partidos políticos de connotación cristiana en ambas coaliciones que gobiernan el país, así en la izquierda uno de los partidos con mayor número de militantes es la Democracia Cristiana; mientras en la Unión Demócrata Independiente, postula entre sus principios la sujeción a la moral cristiana. Ambos son los partidos políticos con mayor número de representantes en el Congreso Nacional.

en el Derecho comparado transcurridos largos periodos de prueba y error. Anticipadamente nuestra incipiente jurisprudencia ha recepcionado estos cambios, pero a nivel legislativo aún no se han materializado una respuesta adecuada que dialogue adecuadamente con la necesidad de armonizar la técnica jurídica y las exigencias de valores superiores fijados en los Derechos Humanos.

## **1.2.- DESDE LA DISCUSIÓN CONCEPTUAL, A LAS CAUSAS DEL RENACER DE LA CONVIVENCIA NO MATRIMONIAL COMO FENÓMENO DE INTERÉS JURIDÍCO.**

Resulta innegable que las uniones afectivas de las personas nunca han constituido realidades uniformes sino la expresión de un dinamismo constante. Este antecedente estará presente tanto en sus causas, como en su expresión y fines. Dos verdades resultan evidentes: a) en la historia de la humanidad, nunca ha existido una sola forma de construir familia; b) sin embargo, en cada tiempo ha existido un modelo predominante, este será acogido primeramente por la costumbre y luego por la norma jurídica.

Desde mediados del siglo XX y con mayores bríos a fines de dicho siglo, se percibe un cambio de paradigma en el Derecho de familia, esto se expresará en una atención renovada en las uniones sin matrimonio, proceso que conllevará su reinscripción como institución jurídica<sup>59</sup>. No obstante, la atención del Derecho sobre la materia tiene una larga data, extendiéndose desde el olvido absoluto, pasando por su castigo como reflejo de la influencia del Derecho canónico. Hasta la equiparación total a la figura matrimonial y el establecimiento de un estatuto específico destinado a regular el fenómeno<sup>60</sup>.

En este contexto la denominación para referirse a la familia no matrimonial ha variado tanto como el tratamiento de la familia en el Derecho. Justamente, en cada momento el ejercicio

---

<sup>59</sup> Sobre el carácter de institución jurídica de las uniones libres véase: Turner S., “La Unión de Hecho como Institución del Derecho de Familia y su Régimen de Efectos Personales”, en Revista Ius et Praxis, año 16, No 1, 2010, pp. 85-98.

<sup>60</sup> Martínez De Aguirre C. et alii, *Curso de Derecho Civil*, volumen IV Derecho de Familia, Tercera Edición, Editorial Constitución y Leyes S.A (Colex), Madrid, 2011, p. 136.

de conceptualizar se encontrará influenciado por el devenir de la familia dentro de la sociedad. De manera que su conceptualización estará determinada directamente por el elemento que de dichas uniones se quiera destacar en un contexto de tensiones y defensas de tipo moral.

Esto se observa desde los primeros tiempos, así el uso del término concubinato vigente a la fecha en ciertos ordenamientos jurídicos como el nuestro<sup>61</sup>. Pasando por los más usuales en la actualidad como lo son el de unión libre, convivencia “*more uxorio*”, relación de afectividad análoga a la conyugal y unión de hecho o no matrimonial<sup>62</sup>. En la actualidad la referencia a pactos civiles o uniones convivenciales pareciera ganar espacio en este sentido.

En el Derecho romano clásico surge por primera vez la denominación “*concupinatus*” para referirse a las relaciones entre varón y mujer<sup>63</sup>. El Derecho romano dará este nombre a una unión de orden inferior más duradera, para distinguirla de las simples relaciones pasajeras consideradas ilícitas. Señala Petit al respecto que este tipo de unión tiene su origen en la desigualdad de condiciones de la sociedad romana, complementando que el Derecho romano no se ocupó de ellas sino hasta Augusto instancia en la que nace el concepto<sup>64</sup>.

Este tipo de relaciones no matrimoniales no estaba expresamente regulada pero estaba permitida como una forma de convivencia distinta al matrimonio<sup>65</sup>. Debemos recordar en

---

<sup>61</sup> En esta situación se encuentra el sistema jurídico chileno en cuanto pese a la reciente regulación orgánica de la convivencia que inserta el concepto de Acuerdo de Unión Civil, aún se mantiene norma que mantiene el concepto concubinato; así el artículo 210 del Código Civil chileno señala: “*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*”. La Ley sobre Abandono de Hogar y Pago de Pensiones Alimenticias (No 14.908), en su derogado artículo 18, declaraba solidariamente responsable al pago de la pensión alimenticia al concubino del alimentante. A nivel jurisprudencial véase como ejemplo: Corte Suprema de Chile, 7 de marzo del 2012, rol No 337-2011; Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de marzo de 2013, rol No 38-2013.

<sup>62</sup> Sobre un análisis detallado respecto de la discusión conceptual detrás de estas uniones ver: Mesa Marrero C., *Las Uniones de Hecho: Análisis de las Relaciones Económicas y Sus Efectos*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 27-46.

<sup>63</sup> Sobre el origen de la denominación “*concupinatus*” se ha señalado que la palabra encuentra su origen en “*con*” (por cum) y *cupare* que significa “*estar tendido o acostado*”, es decir en referencia a “*acostarse juntos*”. Guzmán Brito A., *Derecho Privado Romano*, Tomo I, segunda edición, Editorial Legalpublishing, Chile, 2013, p. 383.

<sup>64</sup> Petit E., “*Tratado Elemental...*”, cit., pp. 110 – 112.

<sup>65</sup> Parra Martín M., “*Mujer y Concubinato en la Sociedad Romana*”, publicado en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. N° 23, 2005. p. 243.

este camino, que previo a la influencia del Derecho canónico el matrimonio romano era esencialmente una situación de hecho con consecuencias jurídicas. En palabras de Ferrer “...una convivencia de dos personas de distinto sexo, socialmente honorable, fundada sobre la “*affectio maritalis*” o intención constante de vivir como marido y mujer”. Postula el autor que gran parte de desarrollo del Derecho Matrimonial se vincula a la influencia del cristianismo y del Derecho Canónico<sup>66</sup>.

Esta opinión no es pacífica, en cuanto se discute el origen de la doctrina jurídica matrimonial. Así Gaudemet nos muestra un Derecho Romano matrimonial acabado previo a la influencia del cristianismo. Indica que el matrimonio estaba debidamente regulado con una estructura definida que solo reconocía como matrimonio aquel que cumpliera con ciertos requerimientos impuestos en el “*ius*”<sup>67</sup>. En la misma idea Schulz nos señala “*el Derecho clásico del matrimonio es, sin duda alguna el logro del genio jurídico de Roma. Ya en los primeros tiempos de la historia de la civilización, apareció un Derecho matrimonial humano, esto es, basado en la idea humana del matrimonio concebido como unión libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en pie de igualdad*”<sup>68</sup>.

El concepto concubinato aparece vinculado directamente con el Derecho vigente en el período clásico romano, en el cual solo algunos sujetos podían contraer verdaderamente el matrimonio quedando excluida parte de la población. Este concubinato será una unión aceptada plenamente tanto por las costumbres como por las leyes, incluso por la iglesia<sup>69</sup>. Esta existencia se entiende como una respuesta necesaria a las medidas adoptadas por Augusto, mediante las cuales imponen prohibiciones de ciertas uniones con la dictación de la “*Lex Iulia et Papia Poppaea*”. También, se restringirán algunas relaciones

---

<sup>66</sup> Ferrer Ortiz J., “Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: la evolución de la legislación española”, en Revista Ius et Praxis, Año 17, Nº 2, 2011, pp. 391 – 418.

<sup>67</sup> Gaudemet J., *El Matrimonio en Occidente*, Traducción de Berberan y Traperero, Editorial Taurus, Madrid, 1993, pp. 5-61.

<sup>68</sup> Schulz F., *Derecho Romano Clásico*, Editorial Casa Bosch, Barcelona, 1960, p. 99.

<sup>69</sup> El Concilio de Toledo celebrado entre los años 397 - 400 reconoce y autoriza esta especie de unión, señala en este sentido: “*Que sea privado de la comunión aquel que teniendo ya esposa tuviere también una concubina. Si algún cristiano estando casado tuviera una concubina, sea privado de la comunión. Por lo demás, aquel que no tiene esposa y tuviere en lugar de la esposa a una concubina, no sea apartado de la comunión. Confórmese solamente con la unión de una mujer, sea esposa o concubina, como mejor le plugiere, y el que viviere de otra manera sea arrojado hasta que se arrepienta y regrese mediante la penitencia*”.



extramatrimoniales entre determinados sujetos con la “*Lex Iulia de adulteriis*”, estableciéndose categorías de sujetos que carecen del “*iustum matrimonium*”.

De esta manera esta forma de unión pasará a tener una gran utilidad dentro de la comunidad, como una forma de incorporación de aquellos excluidos, frente al inevitable surgimiento de relaciones al margen del Derecho. El concubinato surgirá como una forma alternativa al matrimonio, con el fin de que un hombre que tuviese inclinación por una mujer de baja condición respecto a la cual las leyes no le permitieran contraer el matrimonio legítimo, y así pudiese contraer un vínculo menor y tener a dicha mujer bajo el título de concubina.

Para el jurista romano solo constituía pleno matrimonio aquel que respondía a exigencias impuestas en el Derecho “*iustum matrimonium*” o “*iustae nuptiae*”, es decir, unión conforme al “*ius*”. Por lo anterior, esta unión establecía el parámetro de lo deseable en la comunidad, por ello todas las otras uniones representarán un rango inferior a las que acudían esclavos que se unieran con personas libres, o bien, otros sujetos en condiciones sociales desiguales.

Este carácter secundario será posible percibirlo claramente en los derechos que se conceden a partir del vínculo. Así, solo el matrimonio legítimo otorgará los derechos de familia y la patria potestad sobre los hijos que nazcan de dicha unión. No obstante, estas uniones se encontraban debidamente reguladas, de tal forma que ciertos sujetos tenían prohibiciones e impedimentos para celebrar el concubinato, por ejemplo, un hombre casado no podía tener concubina como tampoco se podía tener por concubina a la mujer casada con otro.

En este sentido Pothier nos señala que los ciudadanos romanos podían celebrar dos clases de matrimonios: a) “*justa nuptiae*”; y b) “*concubinatus*”. Señala que el concubinato era otra especie de matrimonio permitido expresamente por las leyes. En ambas uniones existía el ánimo de los contrayentes de que la relación persistiera por toda la vida. Sin embargo, tanto los títulos como los efectos jurídicos no eran los mismos, sin que esto significará empeorar

su condición, los hijos nacidos de estas uniones “*no eran bastardos, llamabanles liberi naturalis, más no nothi in spuri, que eran los hijos nacidos ex scorto y de uniones ilícitas*”<sup>70</sup>.

Esta posibilidad de celebrar algunos de los dos matrimonios aparece como una facultad exclusiva del hombre ciudadano romano, solo de su intención dependerá si tomaba a la mujer como concubina o legítima esposa. La intención de tomar a una mujer por concubina, solo se presumía tratándose de una mujer de baja condición o mala reputación. Esto sentará las bases para que posteriormente el concepto concubinato tenga una connotación de carácter negativo, lo que conllevará su progresivo abandono en nuestros tiempos.

En esta línea Panero postula que el hombre al elegir una mujer como esposa la hará partícipe de su rango social y le guardará la consideración debida, aspecto denominado “*honor matrimonii*”; en cambio, al elegirla como concubina, es decir, sin que exista “ *affectio maritalis*” esta quedará privada de este reconocimiento<sup>71</sup>.

Mientras para Troplong esta relación entre “*justa nuptiae*” y “*concubinatus*”, se asocia al carácter dual que presentaba el Derecho romano en general, esto será un reflejo de las ideas políticas y religiosas presentes en Roma casi en todas las relaciones sociales. Esto se manifiesta en el “*jus civile*” y en la “*aequitas*”, como una fórmula antagónica y desigual. Respecto del concubinato, señala que en este vínculo “*el padre, la madre y el hijo, estaban todos fuera del derecho civil y solo podían aspirar a los atributos necesariamente limitados del derecho natural*”<sup>72</sup>.

Debemos señalar que, a pesar de su utilidad, estas uniones no serán objeto de una regulación

---

<sup>70</sup> Pothier J., *Tratado del Contrato de Matrimonio*, traducido por M. Noguera y F. Carles, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1846, pp. 8- 10.

<sup>71</sup> Señala que esta situación se encuentra recogida, “*en dos textos: PS. 2.10.1: Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur, según el cual, la diferencia entre la concubina y la esposa está en la elección (dilectus) y D. 25.7.4 (Paulo, 19 Resp.): Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet, en el que tener a una mujer como concubina solo depende animi destinatione*”. Panero P., “*El Concubinato Romano como Antecedente de las Actuales Parejas de Hecho*”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, Octubre, año 2010, pp. 99-100.

<sup>72</sup> Troplong M., *La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*, traducido por S. Cunchillos Manterola, Dedebec ediciones, Buenos Aires, 1947, pp. 15 – 18.

específica, y será el influjo del cristianismo que en su intento de eliminarlo como una opción válida de unión afectiva, acabará relevando su importancia, llevando a que finalmente se equipare al matrimonio por Justiniano. Este acontecer presenta similitudes a los procesos ocurridos en nuestros tiempos, cuestión que manifiesta el devenir constante en las costumbres asociadas a la familia y su regulación.

La doctrina destaca que las uniones de hecho actuales tienen muy poco en común con el concubinato romano. En cuanto estas últimas responderían más bien a una estructura social concreta, en cambio las primeras son una manifestación de un derecho individual garantizado mediante el desarrollo de la propia personalidad de los individuos<sup>73</sup>.

Resaltar que el concepto concubinato ha logrado sobrevivir durante un largo período, aunque la tendencia propende desde hace un tiempo a su desuso por su origen peyorativo. Su sentido negativo, se encuentra directamente vinculado al tratamiento que la iglesia comenzará a darle a la figura. Podemos señalar como ejemplo, los documentos que emanan del Concilio de Toledo del año 400, en que el término será utilizado para señalar un estado delictivo penado por las leyes. Esta tendencia será ratificada posteriormente en el Concilio de Trento, mediante el cual se fortalecerán las formas para evitar uniones clandestinas, esto bajo sanción de excomunión. Recordemos que esto será asumido por la corona española mediante la Real Cedula de Felipe en 1564, y posteriormente pasará a las colonias como legislación aplicable.

Pese a todo lo anterior, el término concubinato se ha mantenido vigente hasta nuestros días en el ordenamiento jurídico chileno. Esta definición para referirse a este tipo de convivencias no matrimoniales, seguirá siendo utilizada tanto en la legislación<sup>74</sup> como también a nivel

---

<sup>73</sup> Canteros Núñez F., *Uniones de Hecho*, en Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia, Volumen I, J. F. Delgado De Miguel coordinador general, Ed. Consejo General del Notariado y CIVITAS S.A, Madrid, 2001, pp.280- 281.

<sup>74</sup> El artículo 210 inciso primero del Código Civil señala: “*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*”. La Ley sobre Abandono de Hogar y Pago de Pensiones Alimenticias (Ley N° 14.908), en su derogado artículo 18, declaraba solidariamente responsable al pago de la pensión alimenticia al concubino del alimentante. La legislación social reconoce la calidad de beneficiaria del seguro social de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales a la concubina que ha tenido hijos con el trabajador muerto (artículos 43 y 45 de Ley N° 16.744).

jurisprudencial en el sistema jurídico nacional<sup>75</sup>. Esta situación da cuenta al mismo tiempo, de la indiferencia con que se mantuvo el fenómeno por parte del poder público.

Desde el Derecho consuetudinario prehispánico en Latinoamérica, este tipo de uniones encuentran su origen en la costumbre de diversos pueblos. Durante el imperio incaico surge la figura del “*Tantanacu*” o “*Servinacuy*”, caracterizado como una unión entre un hombre y una mujer que tenía como propósito el conformarse como un período de prueba para el matrimonio. Esta unión previa al matrimonio, tendrá una duración aproximada de un año, al cabo del cual debía celebrarse el matrimonio.

A este tipo de uniones se refiere Aznar Gil cuando escribe: “*La convivencia cultural: se trata del matrimonio o unión natural, normal, que se da en algunas partes de América Latina, no como consecuencia de la desintegración o crisis de la institución del matrimonio, sino como la forma normal de unirse la pareja en ciertas culturas, que conviven también ellas con el resto de la cultura nacional. La convivencia, como unión libre y sin vínculos legales civiles ni religiosos, es en este caso idéntica a cualquier otro tipo de convivencia. Su razón de ser y de explicarla está en sus raíces o causas de tipo cultural e histórico*”<sup>76</sup>.

Estas formas de uniones ancestrales se encuentran tan arraigadas en la población, que lograrán sobrevivir el transcurso de tiempo, siendo reconocidas en la actualidad en algunos ordenamientos jurídicos como una forma de expresión cultural de cada pueblo<sup>77</sup>. Actualmente, la consagración del derecho a la Identidad Cultural en instrumento internacionales de protección de los Derechos Humanos destinados a los pueblos indígenas,

---

<sup>75</sup> Como ejemplo a nivel jurisprudencial: Corte Suprema de Chile, 26 abril del 2016, Rol N°6.972-2015; Corte Suprema de Chile, 7 de marzo del 2012, Rol N° 337 – 2011; Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de marzo de 2013, Rol N° 38-2013.

<sup>76</sup> Aznar Gil, F., “Las uniones de hecho ante el ordenamiento canónico” en Revista Española de Derecho Canónico. 1991, volumen 48, n.º 130, p. 53.

<sup>77</sup> El Código de Familia de Bolivia, promulgado el 2 de agosto de 1972, en su artículo 160 bajo el título “*Formas Prematrimoniales Indígenas y otras Uniones de Hecho*” señala: “*Quedan comprendidas en las anteriores determinaciones las formas prematrimoniales indígenas como el “tatanacu o sirvinacuy”, las uniones de hecho de los aborígenes y otras mantenidas en los centros urbanos, industriales y rurales. Se tendrán en cuenta los usos y hábitos locales o regionales siempre que no sean contrarios a la organización esencial de la familia establecida por el presente Código o que no afecten de otra manera al orden público y a las buenas costumbres*”.

sumado al proceso de constitucionalización del Derecho de familia, ha levantado la necesidad de legislar de manera específica sobre las formas familiares originarias<sup>78</sup>.

Otro concepto utilizado en el Derecho histórico es el de “*barragania*”, este surge con el fin de atenuar el fenómeno social de relaciones no maritales condenadas en la época. Conforme su sentido etimológico el concepto deriva del vocablo árabe “*barra*” que significa fuera, y el concepto castellano “*gana*”, es decir, alude a la ganancia fuera del matrimonio. Podemos encontrar alusión al término por ejemplo en las leyes de partidas y otros fueros de la época<sup>79</sup>. La moral y costumbres dominantes en este período comenzarán un proceso de desarraigo paulatino de estas conductas, bajo la sombra de considerar el matrimonio como la única forma en que se aceptan las relaciones sexuales.

Durante este período las relaciones no matrimoniales no representarán interés para el Derecho, salvo para ser castigadas como conductas reprochables por considerarse ilícitas en la de la doctrina Canónica. En este contexto nace la denominación de la figura delictual de amancebamiento<sup>80</sup>. Esta se entenderá como la unión de un hombre casado con una soltera, acto que será castigado, solo cuando exista abandono de hogar o sea permanente, si bien, técnicamente es un adulterio este no se trata ni se castiga como tal. Lo anterior reflejará el trato discriminatorio de la época, en cuanto la figura del adulterio solo se aplicaba para el caso que fuese una mujer casada la que cometiese el acto<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> García Reyes comenta en este sentido que esta situación se expresará como una excepción al predominio absoluto del matrimonio canónico durante los siglos XV y XVI en España. En cuanto “los matrimonios contraídos por los naturales del lugar según sus propias normas y costumbres fueron reconocidos inicialmente, de acuerdo con la doctrina de la Iglesia católica sobre la validez del matrimonio de infieles, siempre que fuera conforme con el Derecho natural (matrimonio legítimo). En la medida en que la conquista y evangelización fueron graduales y se respetó la libertad de los indios para abrazar o no el cristianismo, estos matrimonios continuaron celebrándose. García Reyes, J., *Matrimonio de las minorías religiosas en el Derecho español. Evolución Histórica y Regulación en la Ley 7 de Julio de 1981*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 117-127.

<sup>79</sup> Ver a modo de ejemplo Part. IV, tít. XIV de las partidas. Este regula este tipo de vínculos afectivos, señalando los requisitos para que se constituyan en delito, indica: “*Comunalmente segund las leyes mandan, todo ome que non fuesse embargado de orden o de casamiento, puede auer barragana ... solamente que non la aya virgen nin sea menor de doze años, nin tal biuda, que biua honesta: e que sea de buen testimonio ... Otrrosi ninguno non puede tener por barragana ninguna muger que sea su parienta, nin sea su cuñada fasta el quarto grado e esto porque farian gran pecado ... que es llamado en latin incesto*”

<sup>80</sup> Sobre la materia véase: Collantes De Terán M., *El amancebamiento. Una visión histórico-jurídica en la Castilla moderna*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, pp. 16-18.

<sup>81</sup> En Chile refleja este espíritu el Código Penal de 1875, en su artículo 381 consagró el delito de amancebamiento respecto del marido cuando este tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo, esto en referencia a relaciones de convivencia con cierta permanencia. Además, se contemplaba

El reproche social con que la moral cristiana de la época enjuició la figura de la barragania, propiciará que esta no sea incorporada en los Códigos decimonónicos, aún cuando su práctica persistiese en sectores de la población menos favorecidos, cuestión que se prolongará a lo largo de todo el siglo XIX. Con ello, se promoverá la única unión legítima compuesta por el matrimonio sacramental, de esta manera *“estas relaciones no bendecidas por la Iglesia quedarían reducidas ya a un papel jurídicamente secundario, casi al único de servir de prueba privilegiada de la filiación natural”*<sup>82</sup>.

Podemos destacar como concepto del Derecho moderno el término *uniones estables*, utilizado por primera vez en el año 1998 por la Ley autonómica de la comunidad de Cataluña<sup>83</sup>. Este se ha conformado como una de las definiciones de mayor proliferación en el tratamiento de este modelo familiar durante el último tiempo<sup>84</sup>. Resulta posible entender bajo este concepto a aquellas uniones formada por dos personas que voluntariamente deseaban someterse a la Ley y asuman sus efectos a través de la formalización de su relación en escritura pública<sup>85</sup>. No obstante, que en algunas de las normativas autonómicas (por ejemplo, la catalana) las uniones también se constituyen de forma automática por el transcurso de un tiempo de convivencia o por la convivencia y la existencia de hijos comunes. Esta Ley

---

el delito de adulterio respecto de la *“mujer que yacía con hombre”* distinto del marido, con una penalidad más elevada que el delito de amancebamiento. Estos delitos fueron derogados por la ley 19335 de septiembre de 1994. Además, la jurisprudencia tendía a castigar otros tipos de convivencias que no se encontraban contempladas por el tipo penal anterior, aduciendo la infracción al pudor o las buenas costumbres, aplicando el tipo residual del art. 373 del Código Penal, aun en vigor.

<sup>82</sup> Gacto Fernández E., *“Sobre el Modelo Jurídico...”*, cit., pp. 222-223.

<sup>83</sup> La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, indicaba en su artículo primero N°1: *“Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña”*

<sup>84</sup> A partir de la incorporación de este concepto un número amplio de legislaciones recurrieron al mismo término, solo a modo de ejemplo podemos señalar: Navarra, Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; Baleares, Ley 18/2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables y Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares y se regula su organización y gestión; Asturias, Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables y Decreto 71/1994, de 29 de septiembre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho En la línea de codificación se inserta también la regulación que desarrolla el Código Civil Brasileño, en su título III con la denominación Uniones Estables regula entre los artículos 1723 – 1727, las uniones de naturaleza heterosexual, entre otros.

<sup>85</sup> Lorenzo-Rego, I., *“Hacia la codificación de la pareja estable”*, en Actualidad Civil, N° 19, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 nov. 2010, pág. 2251, tomo 2, Editorial LA LEY.

catalana 10/1998 fue derogada por el Libro II del Código Civil de Cataluña que ahora regula esta convivencia bajo el término “convivencia estable en pareja” (arts. 234-1 a 234-14).

Un concepto que ha perdurado en el tiempo es el de *unión libre*, esta denominación se caracteriza por realizar uno de los elementos esenciales de esta forma de convivencia común a todos los tiempos, como lo son los afectos fuera de toda formalidad en los que se sostiene la relación de pareja. Al mismo tiempo, centra su atención en unos de los factores que diferencia este tipo de vínculo de la institución matrimonial, como lo es la posibilidad de abandonar libremente la relación por parte de los convivientes, una vez que los afectos se extinguen sin requerimiento de un acto de control por parte del poder público<sup>86</sup>. Sin embargo, esta característica se encuentra en entredicho dado la extensión de las regulaciones que los diversos ordenamientos han realizado de las convivencias distintas al matrimonio.

Durante el actual proceso en que el Derecho ha renovado su atención por este modelo de familia, se ha producido una regulación de sus efectos que se ha extendido no solo a sus efectos patrimoniales, sino también al estatuto personal de los convivientes e incluso en varios ordenamientos se aplica un régimen sin la voluntad de la pareja, asignándoles efectos a la ruptura que restringen la libre disolución<sup>87</sup>.

Esto último ha contribuido a generar un acercamiento a la figura matrimonial, más aún, considerando aquellos ordenamientos que han establecido la libre disolubilidad del matrimonio por la sola voluntad de los cónyuges sin alegación de causa, como en el ordenamiento español. En este caso también ocurre lo inverso, es decir, es el matrimonio que se acerca al formato de las uniones no matrimoniales. Situación similar ha ocurrido con la

---

<sup>86</sup> Ver en este sentido: Gaudemet, J., “*El Matrimonio...*”, cit. nota nº44..., pp. 7-577. También Gavidia Sánchez J., *La Unión Libre (El Marco Constitucional y la Situación del Conviviente Superstite)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 11-158.

<sup>87</sup> El Tribunal Constitucional Español se pronunció respecto de esta circunstancia en la sentencia 93/2013, de 23 de abril, en la cual se declara la inconstitucionalidad de prácticamente la totalidad de la Ley Navarra 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra. La Sentencia considerando la aplicación del principio al libre desarrollo de la personalidad, declaró inconstitucionales todos aquellos preceptos que no dependan de la libre asunción de los mismos por las parejas en ejercicio de su autonomía de la voluntad, o de su posterior invocación conjunta.

apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo y la circunstancia de crear un estatuto jurídico con características similares<sup>88</sup>.

Según nuestro parecer el concepto *uniones libres* es el que permite definir de mejor manera el fenómeno de las uniones afectivas no matrimoniales. Lo anterior se sustenta en que el término permite resaltar el elemento diferenciador que contiene respecto de otras estructuras familiares reguladas en el Derecho. Con esto nos referimos a la libertad en la que se sustentan estas relaciones familiares, resultando preponderante tanto en su inicio como en la ruptura de la pareja. Esta libertad se manifiesta plenamente en la disolución del vínculo, siendo factor común a todas las propuestas de los diversos ordenamientos jurídicos.

Podemos destacar como elementos principales que justifican su uso los siguientes: a) el respeto por los afectos de las personas que libremente determinan su proyecto de vida común. Reconociendo en este elemento, un carácter determinante para un desarrollo adecuado del proyecto familiar. Por ello su propuesta carece, en mayor o menor medida, de factores tasados como causales, procedimientos y pronunciamiento judicial; b) en segundo lugar, releva en jerarquía la voluntad de los pactantes, esto como un reflejo de respeto por la libre determinación de la pareja, consagrando el carácter privado en que se sitúa las normas estructurales del Derecho de familia en concordancia con el paradigma de nuestros tiempos. Estos quedan plasmados en su totalidad, en aquellos ordenamientos cuya regulación de estas uniones afectivas, queda sujeta a un acto declaratorio de los pactantes, tal es el caso del camino elegido en el Acuerdo de Unión Civil chileno.

Sin embargo, esta modalidad trae aparejado un riesgo de técnica legislativa, en cuanto no obstante la regulación del fenómeno de manera orgánica, esto no logra resolver el problema de manera integral, ya que seguirán existiendo otras uniones al margen de todo Derecho. Con ello, me remito a aquellas convivencias, que incluso en condiciones similares a las pactadas (estabilidad, duración, compromiso e hijos común), no son publicitadas conforme a los

---

<sup>88</sup> Martínez De Aguirre, C. “Nuevos Modelos de Familia: La Respuesta Legal”, en Revista Española de Derecho Canónico, Vol. 64 Numero 163, 2007, pp.740-741.



parámetros formales requeridos. En estas últimas, también el valor de la libertad está presente en forma absoluta, atravesando toda la esfera de la relación de principio a fin.

Conforme lo señalado, la idea de las uniones libres permite dar cobertura a las familias no matrimoniales en sus distintas expresiones, ya sea, como convivencias afectivas reguladas, o bien, respecto de aquellas convivencias no reguladas. Sobre este fenómeno, podemos señalar que no existen actualmente en el Derecho occidental, impedimentos ni obstáculos para que relaciones de este tipo, existan y se desarrollen<sup>89</sup>. En este escenario, y siguiendo a Alexy, estamos en el contexto de las libertades jurídicas no protegidas, en cuanto está garantizado hacerlo como no hacerlo, otra cuestión son los efectos jurídicos asignados en cada caso<sup>90</sup>. Sobre esta misma idea Bobbio nos habla de “*Libertades Negativas*” o “*libertad por ausencia de impedimentos*”, es decir, aquella en que un sujeto puede decidir actuar o no actuar sin ser obligado a ello, ni otorgando facultades a un tercero para obligarlo a actuar<sup>91</sup>.

Cabe aclarar que esta libertad se presenta restringida, pero no inexistente en aquellos sistemas en que estas uniones quedan sujetas a un estatuto de carácter imperativo, es decir, sin considerar la voluntad de la pareja para fijar un estatuto, bastando para ello el solo cumplimiento de ciertos requisitos previamente definidos. Este modelo ha sido cuestionado, por la contradicción que genera frente a las garantías de libre desarrollo de la personalidad y la libre decisión de someter su vida privada a un determinado estatuto. No obstante, mantiene el carácter de unión libre frente a la etapa de crisis de la pareja, ya que, a diferencia de la institución matrimonial, permite la continuidad del vínculo solo en la medida que exista voluntad de ambos pactantes.

---

<sup>89</sup> Sobre el concepto de libertad, Hobbes resalta la presencia de dos factores elementales para otorgar la cualidad de ser libre: 1) Inexistencia de resistencia del movimiento; 2) ausencia de normas jurídicas - leyes civiles- que determinen al sujeto a realizar un acto por la coacción que implica su incumplimiento. Hobbes, T., *Leviatán*, traducido por Carlos Mellizo, Editorial Altaya, Barcelona, 1994, pp.44-174.

<sup>90</sup> Señala que esta clase de libertad consiste simplemente en la permisión de hacer algo y en la permisión de omitirlo, no se encuentra garantizadas ni asegurada a través de normas y derechos. Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducido por Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 210-225.

<sup>91</sup> Bobbio, N., *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1993, pp.97-100.

La denominación convivencia “*more uxorio*” se asocia a vínculos afectivos que requieren de vida en común con una semejanza de tal alcance al matrimonio, que solo faltan los requerimientos formales de constitución para equipararse a dicha institución. Desde este enfoque a mediados del siglo XX surgirá una apertura desde el Derecho frente al fenómeno, esto en la medida que la equivalencia al matrimonio sea de tal naturaleza que solo falte la formalidad civil o religiosa para la plena asimilación entre ambas instituciones<sup>92</sup>.

El concepto ha sido criticado desde distintas perspectivas. Primeramente, se rechaza su dependencia al matrimonio que conlleva su configuración, desconociendo las diferencias naturales de ambos institutos, designando el todo con una visión parcial de los elementos de estas uniones. Otro problema que presenta esta terminología, es la imposibilidad de poder aplicarlo en el contexto actual, donde la aplicación de los estatutos se realiza en clave igualitaria a parejas de distinta naturaleza. Por tanto, su vinculación a los requisitos matrimoniales supone una discriminación por razón de sexo, en cuanto responde al concepto original de la unión entre hombre y a mujer, salvo en aquellas legislaciones en que el matrimonio ha traspasado esta limitante.

Debemos señalar que su uso implica una contradicción, en cuanto en tiempos en que la concepción del matrimonio se extendía únicamente sobre las parejas heterosexuales, muchos ordenamientos jurídicos recurrieron a concepción para establecer un estatuto especial y diferenciador para las parejas del mismo sexo. Incluso sobre esta misma idea plantearán una atención renovada sobre este fenómeno en Europa a finales del siglo XX, en el sentido de solo reconocer efectos jurídicos a aquellas relaciones afectivas de parejas homosexuales<sup>93</sup>. Destacar que este término resultara coincidente con la aplicación que desde el XIX realizará nuestra Corte Suprema en Chile<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Un fiel reflejo de la apertura al fenómeno bajo esta mirada lo vemos en: Fueyo Laneri, F., *Derecho Civil*, Tomo Sexto, Derecho de Familia, Volumen II, Editorial Imp. y Lito. Universo S.A., Santiago, 1959, pp. 278-281; también Puig Peña, F., “Las Uniones maritales de Hecho”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1949, p. 1086.

<sup>93</sup> Será Dinamarca el primer ordenamiento en aprobar en 1989 una ley que permite a dos personas del mismo sexo inscribir su unión en un registro público. Posteriormente Noruega en 1993, Suecia 1994, Islandia 1996 y Finlandia 2001 siguieron el mismo modelo.

<sup>94</sup> Así la Corte Suprema señala: El concubinato ha sido considerado como “la *unión duradera y estable entre dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo*”. Continúa señalando, es solo a estas uniones a las que les reconoce efectos jurídicos. Sentencia Corte Suprema

Las demás definiciones vinculadas a la institución matrimonial, tales como la “*relación de afectividad análoga a la conyugal*” o “*informal marriages*”, utilizadas comúnmente en la doctrina tienen poco acierto por las mismas razones señaladas precedentemente, es decir, carecer estas uniones de similitud con el matrimonio. Por ello suelen utilizarse con un sentido negativo, tales como pareja no casada o no matrimonial. En definitiva, privan a las uniones libres de nuestros tiempos de su carácter de estatuto autónomo, cuya regulación coexiste en un camino independiente y como una alternativa a la figura matrimonial.

Una de las denominaciones utilizadas comúnmente es la de “*unión de hecho*” o “*pareja de hecho*”<sup>95</sup>, esta realza el elemento fáctico que caracterizaba antiguamente el fenómeno<sup>96</sup>. En este sentido Giddens se refiere como *relación pura* respecto a los vínculos afectivos que se crean al margen de las estructuras institucionales, los cuales se sostienen en la medida que satisfaga las necesidades de ambas partes en el vínculo<sup>97</sup>. En esta misma línea se orienta el nuevo Código Civil y Comercial argentino empleando la expresión “*uniones convivenciales*” para designar a las familias formadas al margen del matrimonio<sup>98</sup>.

Esta mirada para considerar el fenómeno habita en un espacio cada vez más estrecho, debido a la exhaustiva y extensa regulación de la vida afectiva de las parejas no casadas. No obstante,

---

de Chile, de fecha 25 de julio de 1989 en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Santiago, p. 26.

<sup>95</sup> El concepto es utilizado entre otros por: Mesa Marrero, C., “*Las Uniones de Hecho...*”, cit., pp. 9-309. En Chile, si bien, el concepto legal actual es propio del siglo XIX mediante el uso del término “*concubinato*”. Sin embargo, la doctrina ha mostrado preferencia por este concepto así: Barrientos G., J. *De Las Uniones de Hecho: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2008, pp. 27-28; G. Figueroa Yáñez, “El Pacto de Convivencia: Una Alternativa al Pacto de Matrimonio” en *Estudios de Derecho Civil*, Editorial Legalpublishing, 2005, pp. 423-446; Del Pico R., J., *Derecho Matrimonial Chileno*, Editorial Legalpublishing, Santiago, 2010, pp. 97-114.

<sup>96</sup> Este concepto también ha sido adoptado por el Parlamento Europeo justificando que consultadas fuentes comunitarias y extracomunitarias, estima que la expresión “*parejas de hecho*” se ha afianzado más que otras expresiones en español, utilizadas con menor frecuencia para referirse a la misma entidad, como “*parejas estables*”, “*parejas (estables) no casadas*”, “*parejas no matrimoniales*”. Ver Boletín terminológico y normativo N° 48 de 27/11/2002.

<sup>97</sup> Giddens, A., *La Transformación de la Intimidad: Sexualidad, Amor y Erotismo en las Sociedades Modernas*, Segunda Edición, Ediciones Catedra Teorema, Madrid, 1998, p.37.

<sup>98</sup> Según Kemelmajer “*es una voz jurídica nueva que resalta la idea central que las define: el dato fáctico de la convivencia. La terminología empleada supera y unifica las anteriores denominaciones usadas por la doctrina, la jurisprudencia y las diferentes leyes que en forma dispersa se ocuparon de ellas (concubinato, uniones de hecho, uniones no matrimoniales, uniones en aparente matrimonio, parejas estables, etc.)*” Kemelmajer, A., “Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código Civil y Comercial argentino”, en *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, p.197.

esta denominación describe de buena manera la situación jurídica el tratamiento a estas uniones hasta finales del siglo XX. La denominación de “*hecho*” se vincula como antagónica a una situación de “*Derecho*”, considerando el estado de marginación en que se encontraba todo vínculo fuera del modelo matrimonial predominante.

En este sentido Carbonnier señalaba “*El concubinato es con relación al matrimonio, lo que el hecho respecto del Derecho*”. Con ello se alude a la marginalidad que presentaban estas relaciones libres. Argumenta que es en el decoro cristiano existente en la sociedad de aquella época donde existe una falta de un tratamiento jurídico a las relaciones extramaritales estables y permanentes<sup>99</sup>. Esta denominación representa plenamente el periodo abstencionista por parte de los distintos sistemas jurídicos occidentales. Esta posición vendrá a reemplazar la postura sancionadora en la que coexistieron estas uniones afectivas, durante esta transición el término que representaba de mejor manera su tratamiento fue el de concubinato.

En resumen desde el análisis de la diversidad de conceptos utilizados, es posible definir los cambios en la dinámica social respecto a la valorización de la vida afectiva en pareja. A su vez demuestra como las uniones libres no constituyen una realidad uniforme sino un proceso de carácter variable y en tránsito. Sin embargo, al realizar un análisis global es posible distinguir ciertos elementos comunes que caracterizan a estas uniones con independencia de los ordenamientos jurídicos en que se presentan<sup>100</sup>.

Esta multiplicidad de enfoques también reaparece al analizar las causas que dan cuenta de este renacer en el interés por las uniones libres. Debemos considerar que los cambios que recoge el legislador en materia de familia nunca son destemplados sino una acumulación lenta de hechos reiterados y notorios. Estos hechos remueven de tal manera la realidad social que terminan siendo acogidos en el sistema jurídico, siempre con alguna resistencia moral de distinta connotación que denota el cambio.

---

<sup>99</sup> Carbonnier, J., “*Derecho Civil...*”, cit., p.243.

<sup>100</sup> Dentro de los elementos que se han señalado como determinantes están: - constitución voluntaria – estabilidad - permanencia en el tiempo - con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial (Sentencia del Tribunal Supremo Español del 4 de febrero de 2010), en el mismo sentido la Corte Suprema en Chile ha determinado que la relación de convivencia debe tener las características de marital, permanencia, publicidad, cuidados recíprocos, voluntariedad (Corte Suprema de Chile, 7 de marzo del 2012).

La doctrina ha identificado ciertos elementos comunes que han influido en su resurgimiento en las sociedades occidentales. Dentro de estos elementos, es posible identificar como una variable común el factor estadístico, es decir, el aumento considerable de las uniones libres tanto reguladas como al margen de toda regulación y la disminución progresiva de los matrimonios.

En esta secuencia tendrán una importante injerencia las reformas que desde mitad del siglo pasado favorecerán la situación de la mujer dentro del matrimonio, incorporando normas igualitarias a la institución. Este antecedente permitirá que la mujer salga progresivamente de esfera de lo privado interviniendo en lo público, favoreciendo su inserción y relevancia en la economía del hogar, permitiendo su ascenso social y su autonomía económica, todos factores que desde la perspectiva daban preponderancia al matrimonio en la realidad social de antaño<sup>101</sup>.

Previo a estas reformas propiciadas en el siglo XX, las relaciones de familia descansaban sobre el reconocimiento de un principio de autoridad, más bien, en una dualidad asimétrica de autoridad y sumisión a la tutela del marido por parte de la mujer<sup>102</sup>. Dentro del grupo familiar, no solo la figura del marido sino también la del padre se elevarán a un nivel de superioridad jurídica por sobre el resto de los integrantes en continuidad con la herencia jurídica romana<sup>103</sup>.

Estos cambios obedecerán a una modificación de las características esenciales del modelo social. Así, el régimen familiar del pasado irá cediendo progresivamente frente a una sociedad industrializada y mucho más democrática. Este proceso nos dejará claras

---

<sup>101</sup> Lacruz Berdejo, J. et alii., *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, Segunda Edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p.289.

<sup>102</sup> Según los hermanos Mazeaud, una vez que el Estado se ocupa de constituir la familia, con el fin de evitar su disgregación, este debe organizarla para ello debe fijar una autoridad capaz de adoptar las decisiones comunes a todos los miembros, esta autoridad la ejerce el marido en el matrimonio. Mazeaud H. et alii., *“Lecciones ...”*, cit., pp. 4-15.

<sup>103</sup> Señala Gacto Fernández a propósito de esto *“Para Castilla, las líneas maestras fueron las trazadas en las Partidas, que repiten con literal fidelidad la construcción romana del último período cristiano justiniano. Y en tales directrices básicas va a inspirarse todo el Derecho familiar y sucesorio hasta finales del siglo XIX, y aún más allá, en la medida en que prolongan su vigencia dentro del propio Código civil”*. Gacto Fernández E., *“El Marco Jurídico de la Familia Castellana. Edad Moderna”*, en *Historia, instituciones, Documentos*, 11, 1984, p.38.

evidencias, entre estos: a) la incorporación de la mujer a la educación superior; b) con posterioridad inserción al trabajo asalariado; c) incorporación a la vida pública en general; d) distanciamiento de las labores domésticas; e) un retraso de las edades para procrear y contraer matrimonio entre otras.

Desde esta perspectiva Bourdieu nos destaca como factores de cambio relevantes, cuestiones asociadas a la modificación del paradigma en la institución escolar, como ente encargado de la difusión de un modelo que acentúa la diferencia entre los sexos en las estructuras familiares. Críticamente alude a la función que cumple el Derecho en acoger estas transformaciones, indicando que “*aunque la inercia de los hábitos, y del derecho*” tienden a perpetuar el modelo familiar dominante, más allá de las transformaciones de cada tiempo, y considerando la influencia que esto tiene en las funciones de socialización en las divisiones tradicionales, la aparición de nuevos tipos de familia y la visibilidad de una nueva ética en la sexualidad contribuyen a romper la “*doxa*”<sup>104</sup>.

Un factor considerable en la desaparición del sistema de patriarcado será el traspaso gradual de las funciones de legitimación y de protección social de la familia al Estado. De tal manera, que la posición y relevancia del marido se irán debilitando haciendo que su papel sea cada vez menos relevante. Con este desmoronamiento del patriarcado, la familia del siglo XXI será fundamentalmente igualitaria y democrática. “*su constitución y mantenimiento será fruto de la libre asociación y del consenso entre personas independientes y autónomas y no ya de la necesidad económica o de la falta de alternativas como antaño*”<sup>105</sup>. Todos estos aspectos serán acogidos posteriormente a nivel de derechos fundamentales e incorporados en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Destacar, que concordamos que en ninguna sociedad el patrón familiar se ajusta totalmente a las conductas descritas en el conjunto de normas que gobiernan las conductas humanas, ya

---

<sup>104</sup> Bourdieu, P., *La Dominación Masculina*, traducción de Joaquín Jordá, Editorial Anagrama Barcelona, 1998, pp.65-66.

<sup>105</sup> Flaquer, L. “La familia en la sociedad del siglo XXI”, N.º 117 de los Papers de la Fundació, Barcelona: Fundació Rafael Campalans, 1996, pp. 2-10.

que su dinamismo permanente lo hace imposible<sup>106</sup>. Será solo mediante la adecuada intervención del Estado, que esta desigualdad se irá debilitando en forma efectiva<sup>107</sup>. Entendemos, que si bien, el origen de todo cambio descansa en el nuevo comportamiento social, este se materializará en el tiempo en la mudanza de las costumbres de la comunidad acogiéndose finalmente en el sistema legal.

En este camino será el Derecho de Familia una de las primeras áreas en acoger y visibilizar esta mutación, impactando con ello las formas de vida de la población, y de la misma manera la forma “*de vivir dos juntos y en familia*”<sup>108</sup>. Esto levantará la necesidad de incorporar a los diversos ordenamientos jurídicos, la regulación de nuevos modelos de uniones convivenciales de tipo afectivo, las cuales comenzarán a ser visibilizados desde mediados del siglo XX.

Otro elemento que influirá en esta atención renovada por las uniones libres se encuentra asociado al ocaso del modelo de familia judeo – cristiano predominante en el mundo occidental. Como sabemos, parte de su propuesta se sustentaba en un estatuto jerarquizado respecto de la pareja, cuestión que predominó durante varios siglos como el modelo familiar acogido en las normas.

En base a esta propuesta, se fijaban potestades, se estructuraban las cargas familiares, se fijaban los estados civiles y se restringían libertades personales. Se ha propuesto que esta inmensa carga se presenta en la actualidad como un obstáculo, de manera particular en la población joven quienes se mostrarán reacios en asumir esta pesada estructura que implica

---

<sup>106</sup> Señala Glendon en este sentido: “*El legislador, enfrentado a fenómenos de naturaleza social, opera con una caracterización lingüística e imaginaria del comportamiento que es en buena medida inconsciente. Dicho proceso genera pautas legales que son algunas veces expresión de los valores o ideales de alguien en particular; otras veces son pura y simplemente ‘tipos ideales’ (en el sentido de abstracciones teóricas a partir de los datos sociales, o de intentos de sintetizar en forma sistemática los datos sociales); y otras veces (más a menudo de lo que se cree) una mezcla de ambas instancias*”. Glendon, M., “*Derecho y Familia...*”, cit., p. 143.

<sup>107</sup> Una prueba de ello es la voluntad de ratificar por parte del Estado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de Naciones Unidas, CEDAW, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34-180, de 18 de diciembre de 1979. Decreto Supremo N° 789 D.O 9-12-1989.

<sup>108</sup> Carbonnier J., *Ensayo sobre las Leyes*, traducción de Luis Diez Picazo, Editorial Civitas, Madrid 1998, p. 142.

un nuevo estado. Frente a ello, la convivencia al margen del matrimonio se presenta como un estado de preparación previo al matrimonio<sup>109</sup>.

Este elemento asociado al debilitamiento del predominio de la moral cristiana en la sociedad de estos tiempos, ha resignificado la importancia que le asignan los individuos a esta estructura, reposicionado el valor de los afectos respecto de las formas. Antiguamente, este costo se debía asumir como ineludible, en cuanto no acogerlo ubicaba a las parejas fuera del modelo social predominante. Además, significaba asumir una posición de desventaja e inseguridad jurídica al quedar al margen de todo estatuto. Ambas aristas hoy son recuerdos del pasado.

Por su parte, los procesos de secularización transitados por las sociedades occidentales durante el siglo pasado, tendrán una gran influencia en nuestro estado actual. De esta manera las formas religiosas de pensar la vida afectiva, serán reemplazadas por equivalentes racionales superiores permitiendo dar cabida a todos los proyectos de vida, dando paso a lo que se ha llamado la modernidad cultural y social de la sociedad postsecular<sup>110</sup>.

Lo anterior ha abierto los senderos para establecer estructuras familiares equitativas y exentas de este gravamen, cuestión que no necesariamente afecta el compromiso de los sujetos que acuden a ella. Esto finalmente ha influido en la percepción que existe respecto a las uniones libres, terminando con siglos de “*repulsa social por quienes conviven en esta situación, en franca vulneración del decoro cristiano...*”<sup>111</sup>.

También las modificaciones en materia de filiación han influido en este proceso, estas desde mediados del siglo pasado, consagraron un tratamiento igualitario de todos los hijos, sean de

---

<sup>109</sup> Figueroa Yáñez G., “*Persona, Pareja...*”, cit., p. 69.

<sup>110</sup> Habermas, nos plantea respecto a la reflexión de las religiones en el contexto de una sociedad pluralista, que estas deben: a) tener consciencia religiosa para asimilar el encuentro cognitivamente disonante con otras confesiones y religiones; b) Deben avenirse a la autoridad de las ciencias, que son las que poseen el monopolio social del saber terrenal; c) Finalmente, tiene que comprometerse con las premisas de los Estados constitucionales, basados en una moral profana de la vida pública democrática. Habermas, J., *El futuro de la naturaleza humana, ¿Hacia una Eugenesia Liberal?*, Traducido por R.S. Carbó, Editorial Paidós, Barcelona, 2002, pp. 129-134.

<sup>111</sup> Carbonnier, J., “*Derecho Civil...*”, cit., p.243.



filiación dentro o fuera del matrimonio. Esta orientación ha sido motivada principalmente por la estructura internacional de Derechos Humanos. Este principio despotenciará la posición privilegiada del matrimonio en el orden jurídico establecido. Una manifestación de este proceso, podemos observarla en la aplicación de la presunción “*pater is est*”.

Este principio que en el Derecho contribuye a otorgar certeza jurídica a la determinación de la filiación, consecuentemente permite garantizar la eficacia de los derechos y obligaciones incorporados en la estructura jurídica familiar. En el caso de la legislación chilena, actualmente el artículo 184 del Código Civil indica: “*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*”. Este instrumento jurídico, durante muchos años se aplicó como garantía de manera exclusiva a la pareja matrimonial.

Debemos destacar que en el caso de Chile recién en el año 2015 con la entrada en vigencia del Acuerdo de Unión Civil, se terminarán las diferencias injustificadas en esta materia, extendiendo la presunción también a las parejas que celebren dicho pacto<sup>112</sup>. Anteriormente, la convivencia solo constituía una simple presunción para acreditar la filiación. En la actualidad esto se conforma como un elemento diferenciador con las convivencias no reguladas en la que la noción de presunción se mantiene en el artículo 210 del Código Civil.

Uno de los elementos de mayor relevancia en la consagración del fenómeno a nivel de los sistemas legales, será la influencia que ejerce la estructura internacional de los Derechos Humanos<sup>113</sup>. En el caso de Chile, tanto la incorporación de los tratados de esta naturaleza a los derechos constitucionalmente protegidos, como la jurisprudencia de tribunales internacionales asociadas a los derechos que ellos consagran, deben ser consideradas bajo

---

<sup>112</sup> La ley 20.830 de fecha 21 de abril del 2015 que crea el Acuerdo de Unión Civil, establece en su artículo 21 “*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*”.

<sup>113</sup> Sobre la materia: Veloso, P., “Nuevos Principios del Derecho de Familia en función, principalmente, de la Normativa Internacional que emana de los Tratados de Derechos Humanos” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX (Valparaíso, Chile, 1998), pp. 35-56.

principio de supremacía constitucional, por tanto ninguna norma de menor jerarquía pueden ser contrarias con estas obligaciones constitucionales<sup>114</sup>.

Desde esta perspectiva, toda la organización jurídica de las relaciones familiares requiere superar el control de constitucionalidad adecuándose a los principios y directrices impuestos por el sistema de protección de los Derechos Humanos<sup>115</sup>. Dentro de las bases de la Constitución no solo encontramos el sometimiento de la soberanía del Estado a los Derechos Humanos, sino también en forma específica, el derecho a formar una familia, sin favorecer un determinado modelo de familia. Lo último, podemos deducirlo al coexistir estos principios con los derechos a la dignidad, la igualdad, no discriminación, con deber del poder público de proteger y fortalecer a la familia sin distinción.

Abandonado el paradigma de los siglos pasados, cuando se postulaba la regulación de la familia de modo exclusiva en sede de codificación civil. Entrado el siglo XXI la ocupación del Derecho respecto de la familia, emana de diversas fuentes normativas, las cuales coexisten en permanente interacción. En consecuencia, las disposiciones jurídicas que regulan la familia configuran una construcción normativa mixta. Por un lado los tratados de Derechos Humanos desde su posición jerárquicamente preferente; en el otro las respectivas Constituciones que de forma cada vez más extensiva se ocupan de la familia, estableciendo orientaciones ideológicas; y finalmente los Códigos y otras leyes que se orientan a la regulación específica, plasmando el contenido valórico que se derivan de primeras fuentes<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Respecto a este tema ver: Nash, C., “Ley de matrimonio civil y Derechos humanos: Una década después”, en Revista de Derecho de Familia Volumen III - 2014, 03/11/2014, 51, en plataforma Thomson Reuters La Ley, cita CL/DOC/1776/2014, p.5.

<sup>115</sup> Entre estos el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 reconoce el derecho de los hombres y de las mujeres a “*casarse y fundar una familia*”, sin distinción por motivos de raza, nacionalidad o religión. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, en su artículo 17 número 2 señala: “*Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*”. De la misma manera el artículo 23 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965. En Europa el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y la Carta de Derechos Fundamentales en su artículo 9, siguen el mismo sentido.

<sup>116</sup> Sobre esta materia véase: Zúñiga, Y. et alii., “Sistematización Comparativa de la Regulación de la Familia en las Constituciones Latinoamericanas”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios Año 20 - N° 2, 2013 pp. 269-301.

Todo esto permite modelar una institución familiar cada vez más heterogénea, cuyas nociones tienen características transnacionales, comunes no solo a una realidad, sino con un carácter amplio y diverso, ello en función de la construcción de un modelo de sociedad pluralista, que asegure el respeto a diferentes opciones de vida sin que implique decisiones valorativas respecto a las mismas como antaño.

Desde el mismo contexto, también han influido de manera relevante los órganos creados en tratados internacionales los cuales emiten opiniones e informes que promueven la adecuación de los diversos sistemas legales. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el informe sobre los derechos de la mujer emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, este en el año 2009 aludiendo a la recomendación N° 21 de CEDAW señala: *“Que los estados deben proteger la igualdad de las mujeres en las uniones de hecho en su vida familiar, en la repartición de sus ingresos y bienes, y en el crianza y cuidado de sus hijos. Más específicamente, el comité ha expresado su preocupación ante el hecho que los bienes acumulados durante las uniones de hecho no reciben la misma protección que los bienes acumulados durante el matrimonio, y por tanto cuando la mujer termina la relación tiende a recibir una parte considerablemente menor que el hombre. Considera que las leyes y la costumbre sobre la propiedad que discriminan de esta forma a las mujeres solteras, con o sin hijos, deben revocarse”*<sup>117</sup>.

En contraste, se ha señalado que no existe imperativo supranacional que obligue a reconocer una forma de unión distinta al matrimonio, en cuanto *“nadie ha pretendido que el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales exija ofrecer a las parejas heterosexuales dos formas de uniones con desigual rigor: una tradicional, el matrimonio; otra, a inventar, que sería más ligera”*. Bajo este concepto se alude a que los sistemas legales han asumido su reconocimiento en plena soberanía, solo influenciados por un efecto de imitación de otras legislaciones<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> Informe de Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de la Mujer en Chile: Igualdad en la Familia, Trabajo y la Política, 2009, Sección IV, p. 65.

<sup>118</sup> Grimaldi, M., “El pacto civil de solidaridad en el derecho francés”, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado 3, 01/07/2004, 69, en plataforma Thomson Reuters La Ley, cita CL/DOC/3451/2011, p.1.

Otro factor relevante, ha sido la tendencia a nivel global de incluir las uniones libres en los diversos sistemas jurídicos y la experiencia en el Derecho comparado. La trama de un mundo globalizado y la inmediatez en las comunicaciones, ha favorecido un efecto de asimilación entre los diversos ordenamientos jurídicos. Este fenómeno ha significado una homogenización a nivel de técnicas legislativas, si bien, difícilmente existe un traspaso íntegro de las diversas experiencias, si forjará a todo nivel el motivo para cuestionar y comenzar a revisar el estado actual de su orden normativo. Además, esto actuará de una manera mediata, al establecer un estándar de comparación para medir avances y retrocesos.

Lo precedente cobrará relevancia al considerar que el Derecho occidental no es un sistema aislado, sino que forma parte de un colectivo vinculado a la raíz romano- canónica. Esto implica la existencia de elementos comunes con los de otros sistemas legales, pero al mismo tiempo cada ordenamiento tiene elementos propios que lo caracterizan. En esta relación, se presentará un contrapunto en nuestros tiempos, por un lado, los factores propios que piden su espacio, y en otro camino la existencia de Derechos Humanos elevados a la mayor jerarquía jurídica que tienden a la homogenización de todos los sistemas.

La experiencia externa actúa como una buena fuente de inspiración, permitiendo tener una mirada más extensa de los diversos alcances que se presentan, tanto en la tramitación de un proyecto legislativo, como en los efectos una vez que la norma entra en vigencia. Esto servirá como pauta, alertándonos sobre debilidades y fortalezas, lo cual redundará en un mejor tratamiento jurídico de los distintos problemas que son objeto de regulación.

En otro camino, un factor determinante dentro de este fenómeno, ha sido la presión ejercida por la población homosexual y su requerimiento para que sus uniones afectivas gocen de la certeza jurídica que las parejas heterosexuales han dispuesto históricamente<sup>119</sup>. Esta demanda

---

<sup>119</sup> Sobre esta materia véase: Tapia M., “Regulación de las convivencias y la homosexualidad”, en Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Abeledo Perrot, 2011, pp. 74-75. También Hernández G., “Uniones afectivo – sexuales y Matrimonio entre personas del mismo sexo en Estado democrático de Derecho”, en Estudios de Derecho Civil III, Legalpublishing, Santiago, 2008, pp. 177 y ss.

ha sido amparada por los requerimientos de igualdad y dignidad presente en la estructura jurídica a nivel nacional e internacional<sup>120</sup>.

En este contexto, las imposiciones de los organismos internacionales han operado generando importantes cambios, atenuando la situación de desventaja en que han vivido estas parejas. Estos se han reflejado a lo menos por dos vías: a) por un lado existen legislaciones que han optado por la apertura del sistema matrimonial a todo tipo de parejas<sup>121</sup>; y b) en otro camino, aquellos que han generado otros tipos de uniones para parejas homosexuales, manteniendo la noción del matrimonio heterosexual. Por cierto, en varios de estos sistemas, el reconocimiento amplio de los modelos de familia, ha permitido consagrar ambos modelos.

A nivel americano podemos mencionar la Resolución sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que en el año 2008 por primera vez se pronunció sobre la materia. Posteriormente en el año 2014 comenzará a funcionar la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta entidad trabajará en el primer informe existente en la materia.

Este informe bajo el título Violencia contra Personas LGBTI en América, analiza la situación general de este colectivo realizando recomendaciones a los Estados partes, destacamos por su vinculación a nuestro estudio el párrafo N°19 que señala: *“También en el área de prevención de la violencia, los Estados Miembros de la OEA deben adoptar un marco legal que proteja específicamente a las personas de la discriminación basada en la orientación*

---

<sup>120</sup> Este elemento se encuentra presente en el mensaje presidencial con que se envió el acuerdo de Vida en Pareja que dio inicio al proceso de juridificación de las uniones libres en Chile, así señala “...por cierto, se aplica tanto a parejas de distinto como del mismo sexo, toda vez que en ambas es posible desarrollar el amor, afecto, respeto y solidaridad que inspiran un proyecto de vida en común y con vocación de permanencia”. Mensaje Presidencial con el que inicia un proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja, 8 de agosto de 2011.

<sup>121</sup> En el caso latinoamericano, actualmente existe matrimonio homosexual en: Argentina (Ley 26.618/2010), Uruguay (Ley 19.075/2013); Mientras que por vía jurisprudencial se han autorizado matrimonios homosexuales en México, Colombia y Brasil. Por su parte las uniones no matrimoniales se encuentran regulado a nivel constitucional en: Venezuela (art.77), Brasil (art. 226), Bolivia (art.194), Perú (art. 5), Paraguay (art. 51), Ecuador (art. 23), Honduras (art. 112), Nicaragua (art. 72), Panamá (art. 54) Guatemala (art. 48). En regulación legal se encuentran: Argentina (Ley Federal N° 1004/2002), Uruguay (Ley Concubinaria 2006), Colombia (Ley 54 de 1990), Chile (Ley 20.830/2015).

*sexual, la identidad de género y la diversidad corporal. Este marco normativo debe incluir leyes contra la discriminación, enmiendas a la legislación existente para incluir la no discriminación basada en estos motivos, y leyes de identidad de género. El derecho a la igualdad y no discriminación implica que los Estados no sólo están obligados a dar igual protección ante la ley a las personas bajo su jurisdicción, sino que deben adoptar medidas legislativas, de política pública y de otra índole que sean necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho... ”<sup>122</sup>.*

En el caso de la comunidad europea se encuentran por ejemplo las Resoluciones del Parlamento Europeo, entre ellas la resolución del 16/3/2000 sobre equiparación entre familia y uniones de hecho. La resolución del 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos para los homosexuales entre otras. Estas recomendaciones, en la misma orientación han contribuido a posicionar la discusión a nivel legislativo en los países vinculados a su orbita. Sus orientaciones han variado en poco tiempo demostrando además el cambio de paradigma de los últimos años.

Así, en el año 1988 el Consejo de Europa refiriéndose al concepto de uniones no matrimoniales señalaba: *“El Comité no ha intentado formular una definición general de la pareja no casada porque ha estimado que esto corresponde a la legislación nacional. No obstante, se indica que el Comité redactor del texto tenía presente que una pareja no casada está formada por un hombre y una mujer, estén o no casados con otra persona, que viven juntas fuera del matrimonio como marido y esposa”<sup>123</sup>.*

En términos generales podemos destacar que las propuestas de regulación estatutarias de las uniones de hecho y la necesidad de legislar sobre la materia, suelen justificarse básicamente en tres tipos de argumentos: a) el dato sociológico de las demandas de amplios sectores de la población en favor de que se regulen estas uniones, aumento del número de parejas que

---

<sup>122</sup> Párrafo N° 19 del Informe sobre Violencia contra Personas LGBTI en América de fecha 12 de noviembre del año 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/143.asp>. Visitado [05/08/2016]

<sup>123</sup> Consejo de Europa Recomendación número R (88) 3 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la validez de los contratos entre las personas que viven juntas como pareja no casada y de sus disposiciones testamentarias, 7 de marzo de 1988

conviven y a su progresiva aceptación por la sociedad<sup>124</sup>; b) Exigencia en base a determinados conceptos constitucionales<sup>125</sup>. Entre estos últimos los principales son: la demanda de protección a la familia existente en la convivencia estable y duradera, el respeto al libre desarrollo de la personalidad, y el derecho de igualdad con la prohibición de discriminación, este último se presenta principalmente en la demanda de la población homosexual<sup>126</sup>. En este mismo sentido, se alude también al derecho a no contraer matrimonio y a optar por un modelo familiar distinto<sup>127</sup>; c) en un tercer argumento, encontramos la remisión a las orientaciones y resoluciones de organismos internacionales.

Todo lo anterior dejará de manifiesto que el camino a la juridificación de las uniones libres no resulta pacífico. Sin embargo, el fenómeno ha adquirido relevancia social, política y jurídica, cuestión que se refleja en la inserción de este modelo familiar en la mayoría de los sistemas legales occidentales. En su evolución esta modalidad de conformar familia, ha pasado de ser la expresión natural en que la humanidad se vincula y genera parentesco; para luego entrar en un largo periodo de rechazo e indiferencia que alcanzó incluso su sanción

---

<sup>124</sup> Así se puede observar, a modo de ejemplo, en el mensaje presidencial con que se envió el proyecto de Ley de Acuerdo de Vida en Pareja que dará inicio al proceso de juridificación de las uniones libres en Chile, este señala: “*En este sentido, destaca, cada vez con mayor frecuencia, la convivencia. De hecho, en la actualidad un 15% de los chilenos mayores de 18 años declaran ser solteros y convivir, lo que equivale a cerca de 2.000.000 de personas*”. Mensaje Presidencial con el que inicia un proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja, 8 de agosto de 2011. También está presente en los motivos de la Ley Concubinaria 19.946/2008 en Uruguay; preámbulo de la Ley; Preámbulo de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, de regulación de las parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Canarias; Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco.

<sup>125</sup> En este sentido, véase: Sánchez M., “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, publicado en Revista Española de Derecho Constitucional N° 58 Año 20, enero-abril, 2000, pp.45 – 69.

<sup>126</sup> Este elemento también se encuentra presente en el mensaje presidencial con que se envió el acuerdo de Vida en Pareja que dio inicio al proceso de juridificación de las uniones libres en Chile, así señala “...*por cierto, se aplica tanto a parejas de distinto como del mismo sexo, toda vez que en ambas es posible desarrollar el amor, afecto, respeto y solidaridad que inspiran un proyecto de vida en común y con vocación de permanencia*”. También está presente en los motivos de la Ley Concubinaria 19.946/2008 en Uruguay la cual señala: “*La presente ley pretende contribuir y avanzar hacia la superación de todas las discriminaciones que -por razón de la condición o circunstancias personales o sociales de los componentes de la familia, entendida en la diversidad de formas de expresar la afectividad y la sexualidad admitidas culturalmente en nuestro entorno social- perduran en la legislación, y busca perfeccionar el desarrollo normativo de los principios de no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y protección jurídica de las familias, adecuando la normativa, a la realidad social del momento histórico actual*”. De la misma manera en la exposición de Motivos de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco.

<sup>127</sup> Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco.

penal. En la actualidad las uniones libres se configuran como un modelo familiar con carácter de institución jurídica presente en todo el Derecho occidental.

### **1.3. UN ANÁLISIS A LA UNIÓN LIBRE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO. -**

Hemos señalado que históricamente en la sociedad humana nunca ha existido un modelo único de estructura familiar, sino un modelo preferido acompañado de otras expresiones con distintos alcances. Esto como resultado de las distintas concepciones sobre la sexualidad y las relaciones afectivas de cada tiempo. Estas manifestadas en costumbres y usos sociales modelan el Derecho de cada época.

Esta expresión institucional de la familia altamente influida por factores externos, manifiesta una realidad poco homogénea que convive bajo tipologías bastante diferenciadas. Esto explica porque la dimensión comparativa está generalmente presente en los estudios sobre modelos familiares<sup>128</sup> En la actualidad los sistemas jurídicos recogen esta realidad asumiendo la idea de un modelo pluralista. Desde esta perspectiva, las parejas en ejercicio de su libertad optan por organizar sus relaciones dentro de límites crecientemente amplios y diversos<sup>129</sup>. El Derecho acompaña primeramente reconociendo, y luego regulando los efectos que deriven de estas situaciones otorgando seguridad jurídica a los individuos que se desenvuelven en ellas.

---

<sup>128</sup> Esto justifica el uso de la metodología elaborada desde Montesquieu en su obra el Espíritu de las Leyes en cuanto la epistemología ya no discute de manera abstracta formas otorgadas desde la política, sino se trata de demostrar que las diferencias entre las instituciones pueden relacionarse con la coacción ejercida por la sociedad. Cicchelli – Pugeault, V. et alii, *Las Teorías Sociológicas de la Familia*, trad. Horacio Pons, Editorial Nueva Visión, Buenos Aires, 1999, p.46.

<sup>129</sup> En este sentido la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en base a un estudio de la región, ha indicado que “la familia [latinoamericana] ha sufrido profundas transformaciones en las últimas décadas. Entre ellas: se han diversificado las formas familiares, se ha transformado el modelo de hombre proveedor-mujer cuidadora, se ha desarrollado una tendencia creciente a las familias con jefatura femenina y se ha reducido el tamaño de las familias”. Sunkel, G., *El Papel de la Familia en la Protección Social de América Latina*, serie Políticas Sociales, N° 120, De la División de Desarrollo Social de CEPAL, Santiago, 2006, p.5.



Un análisis comparativo de las uniones libres en el Derecho, nos permitirá una inserción de carácter progresivo y variable en las estructuras jurídicas en cada tiempo. Podemos anticipar como idea que su presencia en el Derecho, no es algo nuevo, por el contrario, es posible observar su presencia desde tiempos históricos, manifestándose con distintos fines e importancia en cada tiempo. Pero sólo recién desde finales del siglo pasado se integrará cómo una construcción jurídica de tipo orgánico y en un plano de igualdad frente a la familia formada al amparo del matrimonio.

Un estudio de Derecho comparado resulta relevante para esta investigación por varias razones. En primer lugar, tiene una evidente función formativa para proveer de un adecuado marco teórico al presente trabajo. Esto considerando que el Derecho chileno y en general el Derecho latinoamericano, tienen una raíz común dentro de la familia jurídica romano-germano-canónica. También, por su utilidad para cualquier reforma en Derecho, ya sea para orientarse entre los modelos existentes, o bien, para combinar varios de ellos, optando por un modelo propio<sup>130</sup>.

Cualquiera sea el camino, un análisis amplio permitirá actuar razonadamente reconociendo beneficios y perjuicios en la experiencia de otros sistemas legales. Esta función instrumental se configura como una utilidad para el mejoramiento de la técnica legislativa, cuestión que finalmente decanta en un provecho para las personas que habitan bajo un determinado marco normativo<sup>131</sup>.

En la historia esta figura se ha manifestado de diversas maneras y con diferentes alcances en su relevancia jurídica. Sus expresiones son posible resumirla de la siguiente manera: a) como uniones previas al matrimonio, que actúan como un periodo de prueba, cuestión que ha estado

---

<sup>130</sup> Sobre la utilidad de un análisis de Derecho comparado en tiempos de globalización, Perdomo señala: “*La sociedad contemporánea está lejos de ser uniforme; no lo está en las ideas ni en las políticas ni menos aún en su funcionamiento real. En esta circunstancia, no es predecible que vayamos hacia la uniformidad y que la globalización terminará matando al derecho comparado. Al contrario, creo que tendrá cada vez más relevancia para entender el efecto de las políticas y de las normas, así como para comparar sus resultados aún entre países culturalmente afines*”. Pérez-Perdomo, R., “El Derecho Comparado y la Comparación de Culturas Jurídicas. Una Perspectiva Latinoamericana”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 146, mayo-agosto de 2016, pp. 497.

<sup>131</sup> García Cantero, G., “Nacimiento, desarrollo e importancia actual del Derecho Comparado”, Sección Crónica, 2000, Ref. IV, tomo 1, Editorial LA LEY, p.69 y sgtes.

presente en todos los tiempos; b) la convivencia como sistema alternativo al matrimonio, teniendo como base el rechazo ideológico a la institución matrimonial; c) la convivencia como legado cultural, presente en diversas realidades en que el sistema matrimonial se observa como un sistema foráneo y no asimilado. Esto último es común en los pueblos prehispánicos de Latinoamérica.

Podemos destacar que hasta el siglo XX, el paradigma general en el Derecho de familia, se sustentará en un distanciamiento, o bien, en un silencio respecto a las uniones convivenciales, esto como un efecto de la influencia del Derecho canónico en la regulación de la familia en Latinoamérica. Sin embargo, el tratamiento jurídico en el Derecho comparado al fenómeno de las uniones libres desde mediados del siglo XX, ha significado una revitalización de esta institución diversificando la respuesta legislativa utilizada.

En su expresión moderna los datos dan cuenta que ya en el Derecho soviético en su Código de familia de 1926 existía una temprana regulación específica que equiparaba las uniones libres con los efectos del matrimonio, señalando que el matrimonio de hecho podía considerarse como un matrimonio válido. Mientras que en Latinoamérica desde la segunda mitad del siglo XX se observará una ocupación por parte del Derecho, como parte de una realidad a un fenómeno social que ha acompañado permanentemente la construcción de los Estados.

En esta respuesta diferenciada de los sistemas jurídicos latinoamericanos, tendrá una alta injerencia el respeto por la identidad cultural vinculado a las tradiciones y costumbres heredadas de los pueblos prehispánicos. De manera que en tiempos en que los requerimientos actuales provenientes de tratados internacionales de Derechos Humanos, resultaban inexistentes, o en algunos casos ineficaces debido por el bajo nivel de vinculación inicial que presentaban estos instrumentos, la realidad de los hechos influyó en la elaboración del Derecho de la región. Por esto la regulación de estas uniones presentará ciertas particularidades que nos permiten distinguirlas dentro del Derecho de familia occidental. Un primer aspecto, es su ocupación temprana por esta modalidad de familia en espacios culturalmente diversos.

Otro elemento diferenciador, consistirá en la incorporación de las uniones libres a nivel constitucional en una gran cantidad de ordenamientos jurídicos. Esta técnica impone un mandato al Estado para el desarrollo de una institucionalidad jurídica adecuada, de manera de no dejarlo al simple arbitrio del orden político de turno. Frente a ello el Estado no puede omitir un reconocimiento jurídico y una protección eficaz. Aspecto que resultará además relevante para efectos de la interpretación que los tribunales desarrollen en la resolución de conflictos asociados a la materia.

Cabe aclarar que esta regulación temprana a nivel constitucional presentará alcances que la diferencian de los procesos de juridificación modernos. Dentro estos factores diferenciadores podemos destacar: a) la inexistencia de un plano igualitario para incorporar a parejas del mismo sexo, manteniéndose su preocupación con exclusividad para la convivencia heterosexual<sup>132</sup>; b) No existirá una regulación orgánica de las uniones libres como modelo alternativo al matrimonio, sino mayoritariamente una asimilación a este último; c) una clara tendencia a establecer las uniones libres como un régimen menor frente al matrimonio.

Esta técnica legislativa del tratamiento de las uniones no matrimoniales aparece como una de primeras expresiones en la Constitución de Cubana de 1940. Esta en su artículo 43 establece una modalidad de regulación para este tipo de uniones, señalando que: *“Los Tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil”*. Su reconocimiento se limitará a la imposición de un tratamiento en sede jurisprudencial de carácter formal, es decir, no obedece a la existencia de lagunas legales sino a un mandato expreso de la Constitución.

---

<sup>132</sup> En esta materia los instrumentos de derechos humanos darán apertura a un proceso distinto. En esta perspectiva es posible destacar la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea. Este en lo esencial proclama: *“... la recomendación debería, como mínimo poner fin: a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia”*.

En esta misma línea, Bolivia tempranamente regulará esta manifestación familiar a nivel constitucional en el año 1947. En esta se inserta el artículo 133 que en su inciso segundo indicaba que: *“Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias con el sólo transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios legales de prueba o por el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan la capacidad legal para contraer matrimonio...”*. Este tratamiento en el sistema jurídico boliviano dará inicio a un largo proceso de preocupación por la regulación del fenómeno. Recientemente, entró en vigencia un nuevo Código de Familia en Bolivia con la promulgación de la Ley N° 603 del 19 de noviembre del año 2014, en este se regula en su Título IX la constitución del Matrimonio y la Unión Libre.

En la Constitución de Guatemala de 1956 su artículo 89 hace una mención expresa a la convivencia estableciendo que: *“La ley determina lo relativo a las uniones de hecho”*. A partir de este mandato el Código Civil de Guatemala de 1963 formulará un tratamiento orgánico a las uniones libres en su Capítulo II del Código Civil bajo el título de Uniones de Hecho. Al respecto el artículo 173 establecía con claridad: *“La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco”*. En este caso se opta por la regulación específica del fenómeno acogiendo un sistema de naturaleza imperativa de carácter mixto, en que se requiere tanto un acto declarativo como el cumplimiento de plazos de convivencias y de otros fines que den cuenta de la estabilidad de pareja.

El mismo modelo se replicará en varias naciones americanas, estas incorporarán el modelo convivencial como parte de la obligación del Estado de proteger a la familia sin distinción, más que como una declaración de principios pareciera influir la realidad social imperante. Así la Constitución de la República del Salvador del año 1983 que en su artículo N° 33 señala *“La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y*

*creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer*". Luego, su Código de Familia promulgado en el año 1993 establecerá el título IV que bajo la denominación de *"Uniones no Matrimoniales"* desarrolla un concepto y asigna un estatuto económico a esta modalidad de familia<sup>133</sup>.

Un camino similar sigue la Constitución de Nicaragua 1986 que en su artículo 72 establece: *"El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia"*.

Por su parte la Constitución de Colombia del año 1991 en su artículo 42 reconoce de manera expresa el modelo convivencial como una manifestación de la Familia que el Estado debe proteger, así señala: *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla"*.

De la misma manera la Constitución de Brasil del año 1988 en su artículo 226 numero 3, indica: *"3. A efectos de la protección por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio"*. Luego, una secuencia de leyes se encargará de regular la materia, entre ellas la Ley 8971 del año 1994, Ley 9270 del año 1996. Finalmente, el libro IV del Código Civil brasileño del año 2002, bajo el título del Derecho de familia regula exclusivamente las uniones heterosexuales en su título III denominado de las uniones estables.

---

<sup>133</sup> En su artículo 118 señalaba: *"La unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que, sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieron vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años"*. Los integrantes de la unión, serán denominados convivientes o compañeros de vida y gozarán de los derechos que se les confiere en este capítulo. Asimismo, gozarán de esos derechos las personas que siendo púberes y reuniendo los demás requisitos, en razón de la convivencia hubieren procreado un hijo y alguna de ellas no tuviere la edad requerida para contraer matrimonio o falleciere antes de completar el periodo de convivencia".

Otro ejemplo de reconocimiento a nivel constitucional se encuentra en el Derecho peruano, el artículo 5 de la Constitución del año 1993, establece: “*La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable*”. El sentido de esta norma se encuentra presente desde la Constitución de 1979<sup>134</sup>, sin embargo, existe un cambio conceptual pasando de una denominación de uniones de hecho a uniones estables, concepto acuñado por primera vez en el año 1998 por la comunidad de Cataluña<sup>135</sup>.

En la actualidad en el sistema jurídico peruano no existe una regulación orgánica de las uniones, solo algunas normas en su Código Civil que reconocen algunos derechos<sup>136</sup>, este coexiste con un un reconocimiento amplio de efectos producido a nivel jurisprudencial. En el caso peruano se presenta la particularidad que, pese al requerimiento constitucional de protección de esta modalidad de familia, existe a la fecha un tratamiento de naturaleza exclusivamente patrimonial muy distante del tratamiento orgánico que requiere como institución familiar<sup>137</sup>.

Situación similar ocurre en Venezuela, donde el artículo 77 de la Constitución de 1999 establece una regulación específica que equipara las uniones de hecho con el matrimonio, señalando: “*Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges.*”

---

<sup>134</sup> El artículo 9 de la Constitución del Perú del año 1979, indicaba: “*La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable*”.

<sup>135</sup> Cabe aclarar que pese a esta distinción, el Código Civil utiliza aún el concepto de unión de hecho, de esta manera el artículo 326 señala: “*La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos*”.

<sup>136</sup> Entre los derechos que reconoce el actual Código Civil, se encuentra: 1.- La posibilidad de pedir al juez una indemnización o una pensión de alimento (art. 326); 2.- se concede una acción de enriquecimiento ilícito; 3.- recientemente en el año 2013 se equiparó estas uniones al matrimonio en materia de Derecho sucesorio.

<sup>137</sup> Sobre la materia ver: Del Águila Llanos, J., “Análisis Crítico del Concubinato y su Regulación en el Código Civil” en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 136, enero 2014, Lima, pp. 136-139. También Vega Mere, Y., “Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho (De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes)”, en Revista Derecho y Sociedad, N°19, 2002, pp. 35-73.

*Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio*<sup>138</sup>. No obstante, cabe aclarar que desde el año 1942, ya existía una regulación parcializada en el artículo 767 del Código Civil de aquel tiempo, en este se establecía una presunción de comunidad concubinaria a la que se les reconocía algunos efectos<sup>139</sup>.

Respecto de lo precedente, y en atención a las últimas reformas podemos señalar que en la regulación de la convivencia no matrimonial la técnica más reciente exhibe una vuelta a la codificación como técnica legislativa, abandonando la tendencia a regularlas con la dictación de leyes particulares<sup>140</sup>. Esta necesidad de iniciar procesos de codificación en determinadas épocas, suele estar justificada en la presencia de una fuerte necesidad social de seguridad jurídica. Este requerimiento nace generalmente de un estado de dispersión de las fuentes que se ocupan de la regulación de determinadas materias<sup>141</sup>.

Podemos indicar que esta dispersión aún se mantiene en el caso del sistema jurídico chileno, ya que aún con el nuevo estatuto jurídico que pretende regular orgánicamente la convivencia, mantiene la diversidad de fuentes para regular sus efectos. Por ejemplo, se deberá acudir al criterio jurisprudencial en el caso de aquellas uniones no registradas a las cuales no resulta aplicable el estatuto orgánico. Paralelamente, sigue existiendo una legislación minoritaria y

---

<sup>138</sup> Sobre la materia consultar: Párraga de Esparza, M., “Las uniones estables de hecho en la constitución venezolana de 1999”, Revista Cuestiones Jurídicas, Vol. II, N° 1 enero – Junio, 2008, pp. 11 – 39.

<sup>139</sup> Artículo 767 del Código Civil de Venezuela de 1942: “*Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo el caso de adulterio*”.

<sup>140</sup> En este modelo se encuentra Bolivia a partir de la promulgación de la Ley N° 603 del 19 de noviembre del año 2014 en que se crea el nuevo Código de Familia, en su Título IX regula la constitución del Matrimonio y la Unión Libre; también Argentina con la creación de su nuevo Código Civil y Comercial del año 2014 establece un título III denominado Uniones Convivenciales; En la misma línea la Ley 25/2010 incorpora al Código Civil de Cataluña en su libro segundo, un capítulo IV denominado convivencia estable en pareja.

<sup>141</sup> Según Cabrillac esta necesidad de seguridad jurídica suele estar ligada a periodos de expansión económica, a periodos de intercambios que suelen poner de manifiesto lo inadecuado de un sistema jurídico; esto tendría a su vez injerencia en la proliferación de legislación complejizando a su vez las fuentes del Derecho. Produciendo lo que el autor denomina crisis de las fuentes del Derecho vinculado a la génesis de los procesos codificadores Cabrillac, R., *Las Codificaciones*, traducido en el proyecto de traducciones de obras francesas contemporáneas del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Flandes Indiano, Santiago, 2009, pp. 76 – 89.

destinada a ciertas materias asociadas a las uniones libres, como en materia de violencia intrafamiliar, procedimiento de tribunales de familia, bienes familiares entre otras. Además, la legislación específica, aplicable a las parejas que concurren a celebrar el pacto.

Hemos indicado el carácter excepcional de la codificación en esta materia, ya que la recepción del modelo pluralista en la familia jurídica asumió de pleno el proceso de descodificación característico del Derecho privado. Durante este proceso los antiguos Códigos fueron quedando marginados de la regulación de materias relevantes en estos tiempos<sup>142</sup>. Se ha destacado como factor importante en este proceso, la posición del legislador para quien resulta más “*sencillo y rentable electoralmente dictar una ley especial antes que reformar la unidad interna y acabada del Código, lo que obligaría en muchos casos a reformar preceptos afectados, periféricos o distantes al Título, Capítulo o Sección afectados*”<sup>143</sup>.

Esta descodificación traerá como resultado la multiplicidad de fuentes normativas para regular la familia que hasta la fecha coexisten en el Derecho de familia. Al mismo tiempo esta dispersión de los centros de regulación jurídica, generará las bases para un nuevo proceso de recodificación. Esta pluralidad de fuentes y la falta de uniformidad del Derecho, contribuye a la incertidumbre jurídica, frente a ello el proceso de codificación se presenta no solo como una respuesta técnica a la dispersión, sino como la expresión de un largo proceso de racionalización del Derecho, cuyo fruto más elevado son los Códigos, la codificación así entendida “*no solo pasa de ser una técnica legislativa, con seguridad más clara y ventajosa que su alternativa, el puro desorden normativo*”<sup>144</sup>.

De esta manera se ha resaltado que la elaboración de códigos significaría un modo de entender el ordenamiento jurídico que requiere de “*una referencia territorial o estatal, un poder político fuerte, un cuerpo de doctrina muy cualificado y muy asentado*”. Estos

---

<sup>142</sup> Hinestrosa F., “Codificación, descodificación y recodificación”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, pp. 3-13.

<sup>143</sup> Yzquierdo Tolsada M., “*El Derecho Civil de la Posmodernidad*”, en Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, N.º 15, 1998, p. 348.

<sup>144</sup> Prieto Sanchis, L., “Política Legislativa, Técnica Legislativa y Codificación en los Albores del Siglo XXI”, en Anuario de Historia del Derecho Español, N.º 82, 2012, p.388.



requerimientos resultan complejos en nuestro tiempo donde la producción científica del Derecho emana desde diversas fuentes, las cuales no necesariamente están identificadas con el Estado. Estos centros de elaboración jurídica acuden a fuentes de producción diferentes a las tradicionales<sup>145</sup>.

Este proceso presenta cierta semejanza al proceso previo a la codificación americana, cuya inspiración tiene como base el antiguo Codex francés. Guzmán Brito en este sentido señala *“a saber: la multitud de leyes, su heterogeneidad, incoherencia y dispersión; la confusión producida por el exceso de comentarios por parte de los autores; la antigüedad del lenguaje empleado; el desuso de muchas de las partes del derecho heredado; todo lo cual producía dificultades para el conocimiento del Derecho, incertidumbre e inseguridad en su aplicación y, en definitiva, una mala administración de la justicia, punto este último en el que las anteriores críticas confluían frecuentemente”*<sup>146</sup>.

Como hemos indicado, en materia de uniones no matrimoniales la realidad no pareciere ser distinta, al realizar un análisis de Derecho comparado este permite concluir que las reformas más recientes en distintos sistemas legales, apuntan a la recodificación abandonando las fórmulas de simples leyes para su regulación. En esta línea dentro del contexto latinoamericano, se encuentra la reciente reforma al sistema legal argentino, mediante la dictación de su nuevo Código Civil y Comercial del año 2014 que en su libro II, título III, establece un marco normativo específico para las uniones convivenciales.

Recordar que dentro de la realidad jurídica de Latinoamérica será Argentina la pionera en establecer una regulación moderna a estas uniones. Con este fin establecerá un régimen bajo un concepto igualitario de derechos y obligaciones para los concubinos de cualquier sexo.

---

<sup>145</sup> Señala García Rubio que no se debe perder de vista que la idea de Código en su sentido más propio se basa *“en un concepto de ley como mandato general, racional y abstracto, que dimana del monopolio de creación del Derecho ostentado por el Estado y que no sirve para dar respuesta a los acelerados problemas actuales, los cuales exigen más flexibilidad y rapidez de respuesta que los que puede suministrar ese concepto de ley objetivo y estable”*. García Rubio, M, “Sociedad Líquida y Codificación”, Anuario de Derecho Civil, N° LXIX, 2016, fasc. III, pp. 746-748.

<sup>146</sup> Guzmán Brito, A., *La Influencia del Código Civil Francés en la Codificación Americana*” en De la Codificación a la Descodificación, Cuadernos de Análisis Jurídico, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2005, p.29.

Esto lo realizará primeramente con la dictación de la ley número 1004, aprobada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 12 de diciembre de 2002. Este modelo se asentó en una visión pluralista, incorporando de manera igualitaria a todas las parejas sin distinción de sexo, respondiendo a la idea de promover la igualdad y de no discriminar a las personas en razón de su orientación sexual.

Esta forma de ordenación asumió el concepto de “*uniones civiles*”, esto como distinción de las simples uniones de hecho<sup>147</sup>. Respecto a su constitución, entregó el impulso de su reconocimiento a las propias parejas bajo la modalidad de uniones registradas, para este fin se creará un Registro público de uniones civiles, sin embargo, complementa esta modalidad con el establecimiento de determinados requisitos, que convertidos en impedimentos limitan el ingreso de parejas que no tengan una connotación afectivo-sexual<sup>148</sup>.

En el nuevo tratamiento codificado adopta una posición intermedia, ya que si bien establece un régimen de registro público para estas uniones, desarrolla expresamente la situación de aquellas uniones no registradas<sup>149</sup>. Al respecto señala que frente a situaciones de esta naturaleza los convivientes podrán acreditar por otros medios el cumplimiento de los requisitos para que se le reconozcan efectos jurídicos. De tal manera que el registro no es un elemento constitutivo, sino su fin es facilitar su prueba.

---

<sup>147</sup> Según Bossert y Zanoní por “*uniones civiles*” se entiende a aquellas uniones constituidas por personas de distinto o de igual sexo –parejas heterosexuales u homosexuales– que conviven maritalmente en forma estable y que han formalizado y registrado esa unión y a quienes se les confieren derechos y deberes recíprocos. Bossert, G., et alii, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p.74.

<sup>148</sup> Señalaba el Artículo 1, como concepto: “*Unión Civil: A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil: a) a la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. b) Que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común. c) Los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción. d) Inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles*”. Disponible en: <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley1004.html> [visitado 28/05/2017].

<sup>149</sup> Al respecto señala el artículo 510.- Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Otro elemento destacable es el lugar central que ocupa la autonomía de la voluntad dentro de la propuesta, priorizando los acuerdos entre los convivientes, permitiéndoles regular sus efectos, estableciendo como límite el orden público y los derechos fundamentales de los miembros de la pareja. En definitiva, tienen un amplio espacio para regular cuestiones como las cargas familiares, asignación de bienes frente a la ruptura. Frente a la ausencia de pacto permite la aplicación de los principios generales del Derecho para resolver los asuntos pendientes<sup>150</sup>.

En la misma situación podemos mencionar el nuevo Código de las Familias del Estado Plurinacional de Bolivia, este ha sido modificado en el año 2014 incorporando un nuevo artículo 137. Este indica como parte de la naturaleza y condiciones de la nueva regulación lo siguiente: *“El matrimonio y la unión libre son instituciones sociales que dan lugar al vínculo de convivencia, orientado a establecer un proyecto de vida común, siempre que reúnan las condiciones establecidas en la Constitución Política del Estado y el presente Código, conllevan iguales efectos jurídicos tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los conyugues o convivientes, como respecto a las y los hijos adoptados o nacidos de aquellos”*. Esta vía ha equiparado en derechos y obligaciones de las uniones libres con el matrimonio, estableciendo al mismo tiempo un régimen de reconocimiento simple, derogando el requisito de dos años de convivencia y el reconocimiento judicial obligatorio, incorporando solo un trámite de carácter administrativo.

Este modelo ha sido ampliamente debatido ante los tribunales españoles desde largo tiempo, generando líneas jurisprudenciales en contra de la aplicación de esta modalidad. Así el Tribunal Constitucional Español ha señalado que: *“la libertad de opción entre el estado civil*

---

<sup>150</sup> La doctrina ha destacado que el desafío mayor para el legislador estaba en determinar el límite entre autonomía privada y el derecho a no casarse y, al mismo tiempo, asegurar la protección integral que se le debe a la familia. Se destaca los argumentos señalados en el propio proyecto que dio inicio al proceso legislativo, este en esta materia indica: *“En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el anteproyecto reconoce efectos jurídicos a las convivencias de pareja, pero de manera limitada. Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) que se fundan en aceptar que, en respeto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia”*. Herrera, M., et alii, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo II, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2015, p. 199.

*de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución). Este derecho o libertad fundamental es un derecho en sí mismo considerado, reconocido por la Constitución en su art. 32.1, tanto en sentido positivo, como negativo, de tal modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil*<sup>151</sup>.

Este aspecto se enmarca dentro de aquello que la doctrina ha denominado la connotación negativa del “*Ius Conubii*”. Desde este fundamento se alude a la libertad de opción entre el estado de casado o de soltero, como consecuencia directa de la consagración a nivel de derechos humanos del derecho a contraer matrimonio, que se manifiesta mediante “*la libertad nupcial positiva o derecho a casarse, salvo en casos evidentes de existencia de impedimentos o de falta de capacidad; y, de otro, la libertad nupcial negativa, que comprende el derecho a no contraer matrimonio, es decir, el derecho que tiene todo individuo a permanecer soltero (sin sufrir, por ello, discriminaciones carentes de justificación objetiva y razonable, respecto de los que asumen el estado civil de casado)*”<sup>152</sup>.

Esta interpretación se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo español del 30/10/2008, en esta se argumenta que “... hoy en día —como dice la sentencia de 12 de septiembre de 2005—, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”. En este mismo sentido, se pronunció este Tribunal en fallo del 4/3/ 1997, ponente: Excmo. Antonio Gullón Ballesteros, al explicar que los jueces no pueden crear Derecho y menos quebrantar la ley con el pretexto de integrar el ordenamiento jurídico, “*como lo sería aplicar el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge viudo a quien no es tal cónyuge por su propia y libre decisión*”.

---

<sup>151</sup> Auto del Tribunal Constitucional español 156/1987 de fecha, de 11 de febrero de 1987. En este proceso el Tribunal debió pronunciarse respecto del recurso de amparo constitucional frente a la Sentencia de 15 de julio de 1986 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, dictada en recurso contencioso-administrativo en impugnación de Acuerdos del Consejo Supremo de Justicia Militar de 27 de febrero y 29 de mayo de 1985, denegatorios de pensión de viudedad, por presunta vulneración de derechos reconocidos en los arts. 14 y 16.1 de la Constitución.

<sup>152</sup> De Verda y Beamonte, J., “¿Qué es lo que queda de las Legislaciones Autonómicas sobre las Uniones de Hecho?”, en Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5, agosto 2016, p. 343.

Recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 93/2013 del 23 de abril que declara la inconstitucionalidad de gran parte de la Ley de Navarra 6/2000 sobre Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra. Reafirma que el matrimonio y las uniones estables son realidades que a lo menos jurídicamente son distintas. Luego, aludiendo al principio del libre desarrollo de la personalidad, considera inconstitucional la propuesta de la Ley en cuanto a los preceptos imperativos que salen de la órbita de la libre elección de la pareja amparada en la autonomía de su voluntad<sup>153</sup>.

Dentro de Europa la regulación codificada para este modelo familiar ha sido asumida por uno de los modelos más avanzados en el reconocimiento de la individualidad en el Derecho de Familia, me refiero al sistema familiar de la comunidad de Cataluña. Recordar que esta comunidad fue la primera en dictar una ley sobre uniones libre en España, mediante la Ley 10/1998 sobre Uniones Estables de Pareja, esta será derogada por la Ley 25/2010 por la que se publica el Libro segundo del Código Civil de Cataluña. Dentro de los elementos relevantes esta nueva normativa permite armonizar la estructura jurídica con la Ley sobre matrimonio homosexual vigente en España con la Ley 13/2005. De la misma manera promueve una equiparación de derechos entre las parejas y los matrimonios, siendo posible aplicar ciertas reglas del matrimonio, evitando remitirse en bloque a toda la institución matrimonial<sup>154</sup>.

En la línea de codificación se inserta también la regulación que desarrolla el Código Civil Brasileño, en su título III con la denominación Uniones Estables regula entre los artículos 1723 – 1727, las uniones de naturaleza heterosexual. Estas Uniones las define como “*Se reconoce como entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, configurada en*

---

<sup>153</sup> La Ley Foral navarra no exigía que la unión estable se constituyera mediante acto declarativo, bastando el transcurso de un año o que los convivientes tuviesen descendencia común para que la norma se impusiera el estatuto que la norma contiene. No se requería, por tanto, expresión de voluntad constitutiva de sus miembros para poder ejercer los derechos previstos en la Ley. Tal y como se analizará en un apartado posterior, este sistema también fue escogido por las Comunidades Autónomas de Cataluña y Aragón. Mientras que, y siguiendo con la enumeración de las Comunidades Autónomas que poseen competencia en Derecho civil, en las Leyes del País Vasco, Galicia y Valencia se optó por requerir un con- sentimiento constitutivo formal de la unión que determinaba la aplicación del estatuto jurídico previsto en cada una de estas Leyes. Sobre la materia veáse: Beriain Flores, I., “Las Uniones no Matrimoniales y el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad (A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril)”, en Revista Derecho Privado y Constitución, Núm. 28, enero-diciembre 2014. Págs. 137-172

<sup>154</sup> Amunategui C. et alii, *Las Parejas No Casadas*, en Tratado de Derecho de Familia, volumen IV, Dir. M. Izquierdo Et alii, Editorial Aranzadi, navarra, 2011, pp.641-717.

*la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de constitución de familia*". Sin embargo, han sido los tribunales brasileños quienes apoyados en el mandato constitucional han realizado un reconocimiento amplio de situaciones asociadas a esta forma de uniones, extendiendo los beneficios más allá de la regulación específica incorporada en el Código Civil. Así por ejemplo han reconocido efectos a uniones de tipo homosexual, también han reconocido consecuencias jurídicas frente a la concomitancia de relaciones, en aquellas personas casadas que inician uniones estables con otras parejas<sup>155</sup>.

En términos generales es posible concluir que en la realidad latinoamericana no resulta uniforme. Si bien, actualmente la regulación de las uniones libres resulta generalizada subsiste una amplia variedad de técnicas para su tratamiento. Por un lado, existen sistemas jurídicos con un tratamiento restrictivo que reconocen efectos jurídicos desde una perspectiva medieval. Este es el caso de Honduras que en el año 2005 reformará su Constitución, manteniendo el carácter heterosexual de la unión y privando de efectos de reconocimiento a las uniones celebradas válidamente en el extranjero. Para este efecto incorporará el art. 112 a su carta superior, el cual expresa lo siguiente: "*Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente, a contraer matrimonio entre sí, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. (...) Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente, capaces para contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta efecto el matrimonio. Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras*".

También de manera minoritaria se observa un tratamiento exclusivo a nivel de leyes especiales, sin mención en la Constitución. En esta situación se encuentra Uruguay y Chile. Un caso especial, representa la legislación de la República Oriental del Uruguay, con la dictación de la ley N° 18.246, denominada "*Ley de Uniones Concubinarias*". Esta entró en vigencia el 10 de enero de 2008. Así define en su artículo N° 2 que se entiende por estas uniones a: "*la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas —*

---

<sup>155</sup> Solo a modo de ejemplo, Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande del Sur. 8ª Cámara Civil, Apelación Civil N° 70021968433, 6 de diciembre del 2007. En el mismo sentido, Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande del Sur. 8ª Cámara Civil, Apelación Civil N° 70011258605, 25 de agosto del 2005.

*cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulte alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 91 del Código Civil*<sup>156</sup>.

La propuesta asume un camino distinto estableciendo un estatuto de carácter imperativo, señalando con claridad los requisitos que han de estar presentes en la relación de afectividad, para que ésta pueda ser susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos. De manera que no existe un acto solemne constitutivo de la unión concubinaría, sino que se trata de una situación de naturaleza fáctica. Por esto indica en su artículo 3 que debe tratarse de "*la convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaría*"<sup>157</sup>.

Esta modalidad tiene el mérito de solucionar integralmente el problema de la falta de regulación en la familia no matrimonial. Para esto concede una respuesta de carácter orgánico al fenómeno en todas sus expresiones, evitando la existencia de uniones al margen del Derecho. Adoptando un camino distinto a nuestro AUC ya que éste traslada al impulso a los propios convivientes para el reconocimiento jurídico de su relación. Con esto se concede la naturaleza de un contrato declarativo al instrumento que regula el nacimiento de las parejas frente al Derecho. Esto producirá que se mantenga el silencio respecto de la situación de las parejas no registradas, con ello gran parte del problema que ha justificado la necesidad de una regulación particular se mantiene.

El modelo uruguayo faculta a los propios concubinos, actuando conjunta o separadamente, como a cualquier interesado, a promover la declaratoria judicial de reconocimiento de la unión concubinaría. Dicho acto no tiene valor constitutivo, sino solamente probatorio. El vínculo jurídico existirá y producirá los efectos que le asigna la ley, aun cuando no se haya tramitado su reconocimiento judicial y posterior registro. Esta propuesta se enmarca dentro

---

<sup>156</sup> Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=> [visitado 28/05/2017].

<sup>157</sup> Fresnedo de Aguirre, C., "Uniones Matrimoniales y no Matrimoniales. su Continuidad Jurídica a través de las Fronteras", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número conmemorativo, sexagésimo aniversario, pp. 326-327.

de un modelo asumido también en algunos países, como los escandinavos y Alemania, en estos se crea una categoría distinta al matrimonio, en general denominada “*sociedad registrada*” que comprende exclusivamente a las uniones entre personas del mismo sexo.

La diversidad en las respuestas para su regulación se presenta como una característica común a la juridificación de las uniones libres. En el caso latinoamericano tal como hemos indicado, las uniones libres presentan una larga data de ocupación a nivel constitucional. No obstante, esta sola circunstancia en ningún caso ha generado homogeneidad en su tratamiento. De tal manera, que en la actualidad se mantiene una gran diversidad de para regular este modelo familiar. Su estudio permite el análisis de las respuestas propias de cada tiempo. Esta diversidad se presenta también en el Derecho de familia europeo.

En este último espacio serán los países escandinavos quienes darán inicio a un nuevo proceso de regulación de las uniones de hecho durante los años 80 del siglo pasado. Este renacer que resignificará el carácter de institución jurídica de las uniones libres, tendrá matices diferentes a su símil del pasado, su principal relevancia será la configuración de este modelo familiar en un contexto de pluralismo jurídico familiar propio de nuestro tiempo.

Esta cuestión se materializará mediante la dictación de normas cuyo principal objeto es la regulación de los efectos económicos derivados de la convivencia continuada de dos personas. Inicialmente esta regulación tenía como sujetos únicamente a convivientes heterosexuales. Este último es el caso de Suecia en que se optó inicialmente por una regulación parcial y muy puntual de las uniones no matrimoniales heterosexuales, con la promulgación de la Ley N° 232/87 sobre el hogar común de los convivientes de hecho. Esta propuesta regulaba con carácter exclusivo el destino de la vivienda y del ajuar doméstico de los convivientes de hecho, dejando al margen todo lo referente a sus relaciones patrimoniales y personales<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> García-Hervás, D., “Panorámica Legislativa sobre Uniones de Hecho”, publicada en Revista IUS CANONICUM, XLI, N. 81, 2001, p. 324.



Posteriormente, será Dinamarca con la Ley N°. 372 del 7 de junio de 1989 sobre Sociedad Registrada, la que ampliará esta regulación extendiéndola a convivientes del mismo sexo<sup>159</sup>. Este hito marcará el inicio de un proceso que denotará diferencias con los periodos históricos de regulación de estas uniones. Esta propuesta indicará una ruta hacia el futuro, en un camino similar continuará Noruega en 1993, Suecia 1994, Islandia 1996 y Finlandia 2001<sup>160</sup>. El objetivo inspirador de este modelo se sustenta en que los contrayentes heterosexuales ya podían casarse, si así lo querían, en cambio, había que regular la situación de las parejas homosexuales para que pudieran disfrutar del mismo régimen legal al que cualquier pareja podía acceder, para esto la propuesta de estos estatutos se sustentará en acercar las uniones de hecho al régimen matrimonial sin llegar a igualarlos<sup>161</sup>.

Su propuesta tenía como base establecer un marco diferenciador respecto a la regulación del matrimonio, por ello fija un modelo alternativo al establecido a la familia matrimonial. Sus disposiciones dirigidas exclusivamente a la división equitativa de los bienes, en especial, a la regulación de la vivienda y enseres domésticos, frente al proceso de ruptura de la pareja. Su característica principal es atender exclusivamente a resolver las situaciones patrimoniales derivadas de la convivencia.

En esta evolución la situación de Holanda marca una diferencia en el tratamiento existente a la fecha. En el año 1997 el Parlamento holandés aprobó el Proyecto de Ley de Reforma al

---

<sup>159</sup> Mesa Marrero, C., “*Las Uniones ...*” cit., p. 41.

<sup>160</sup> En la incorporación de las uniones libres, en especial respecto de las parejas homosexuales, los movimientos generados por las expectativas culturales se conforman como un factor esencial que se materializa en la forma de pensar los Derechos Humanos. Los movimientos por los derechos de los homosexuales es uno de los ejemplos de nuestro tiempo. Las Naciones Unidas solo empezaron a considerar los derechos de las minorías sexuales durante la última década del siglo XX. Esto como consecuencia de un constante movimiento por obtener un reconocimiento jurídico, ratificando que las personas obtienen derechos cuando los exigen. “*Las declaraciones, los acuerdos y los tribunales tienen más probabilidades de producir resultados cuando las personas se unen para hacer oír su voz, como hicieron en el caso de los derechos de los homosexuales numerosas organizaciones locales, estatales y nacionales que prepararon estudios, presentaron demandas judiciales y organizaron protestas. Un análisis centrado en la diplomacia y en la intervención armada no puede comenzar a explicar este tipo de transformación*”. Hunt, L. “Respuesta al punto de vista La cuestión de la historia de los derechos humanos”, traducido por Vanina Fiszbein, en *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional* (LADI) Nro. 6., 2017, pp. 6-7.

<sup>161</sup> Según Talavera esta orientación de carácter exclusivamente patrimonial permite sostener que esta fuera del ámbito propio del Derecho de Familia, sino en el ámbito exclusivo del Derecho patrimonial, preservando la exclusividad del matrimonio como única figura institucional reguladora de las relaciones afectivas de pareja. Talavera Fernández, P., “El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo”, publicado en *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 20, 2007, p. 7.

Código Civil y del Código de Procedimiento civil, relativo a la inscripción de los convivientes, esta reforma entrará en vigencia el 1 de enero de 1998. De esta manera, se incorporará al Código Civil un título denominado “*La convivencia inscrita*”. El elemento distintivo consiste en que se encuentra abierta no solo a los homosexuales, sino que también permite la inscripción de parejas heterosexuales. Así, por primera vez se permite el acceso a este tipo de régimen a personas que tenían libre ingreso al matrimonio, estableciéndose como un régimen alternativo que permite la elección por parte de los convivientes.

Desde la perspectiva de la técnica legislativa asumida, este modelo dará inicio a una controversia que se mantiene hasta nuestros días, ya que regula los efectos de las uniones libres remitiéndose en bloque a las normas que regulan la institución matrimonial<sup>162</sup>. Posicionando a ambos institutos en un camino muy parecido en cuanto a la extensión de sus derechos y obligaciones. Aspectos relevantes desde la perspectiva de los sujetos intervinientes como la capacidad, requisitos y regímenes patrimoniales serán equiparados entre ambas instituciones. La única salvedad se presentará en las relaciones jurídicas – familiares respecto de los hijos<sup>163</sup>.

Este acercamiento entre las uniones libres registradas y el matrimonio, provocará que los efectos de ambas fueran prácticamente idénticos. Sin embargo, una vez abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo, las autoridades holandesas se han planteado continuamente la coherencia de mantener ambas instituciones, prácticamente superpuestas. Esta misma ley introdujo también dos artículos en la misma sede: el 77, del Libro I, estableciendo la posibilidad de conversión del matrimonio en pareja registrada. En la actualidad el Derecho de familia holandés se presenta como un modelo que acoge ampliamente el pluralismo jurídico familiar. De manera que las parejas tienen una diversidad de estatutos para regular

---

<sup>162</sup> Esta cuestión ha sido ampliamente debatida a nivel jurisprudencial en distintos sistemas jurídicos, incluso a nivel de tribunales internacionales. A modo de ejemplo esta la sentencia de la Corte europea de derechos humanos el 10 de febrero del año 2011, en el caso *Korosidou con Grecia*, en esta se destaca que no puede haber analogía entre matrimonio y otras uniones, aludiendo al compromiso existente en el matrimonio.

<sup>163</sup> García Rubio, M., “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, publicado en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°. 10, 2006, p. 126.

su convivencia, estos son: a) matrimonio<sup>164</sup>; b) la unión registrada y c) el pacto de convivencia<sup>165</sup>.

Otra modalidad de regulación está representada por el Pacto Civil de Solidaridad Francés (PAC). La entrada en vigencia del PAC en el año 1999, permite a las parejas optar por diversas formas de regulación de su convivencia, estos son: a) concubinato, entendiéndose como tal a las convivencias no reguladas de forma alguna, sustentada en el elemento factico; b) pacto de convivencia, que es un contrato mediante el cual los convivientes regulan su vida común; y c) el régimen matrimonial. En el caso de las parejas homosexuales inicialmente solo podían optar por las dos primeras figuras, esto hasta el mes de abril del año 2013 en que la Asamblea Nacional francesa ha aprobado el matrimonio homosexual.

La principal diferencia con los otros modelos consiste en que esta propuesta busca distanciarse del régimen matrimonial, evitando constituirse como un matrimonio de segunda clase. Otro elemento que los distingue es su extensión en el aspecto subjetivo, ampliándolo a un catálogo amplio de relaciones de dependencia personal, económica y afectiva, pero sin ningún substrato sexual. Es decir, es posible aplicarlo respecto de personas que comparten un cierto proyecto de vida en común sin la necesidad de que sean pareja<sup>166</sup>.

En España la situación de las uniones no matrimoniales se presenta bajo una gran dinámica a nivel de la discusión doctrinaria y jurisprudencial. Esto se expresa tanto por la naturaleza de sus propuestas como por la continua revisión de su legislación y constante. Primero destacar que en el Derecho de familia español no existe un tratamiento sistemático del

---

<sup>164</sup> El artículo 30.1 del título 5 sobre matrimonio del Código Civil holandés de fecha 1 de abril de 2001, dispone: *“A marriage may be entered into by two persons of a different or of the same sex”*

<sup>165</sup> Ezquerro Ubero, J., et alii., “Las Uniones de Hecho como Sujeto en las Políticas Familiares de la España de las Autonomías”, Fundación BBVA, Informe Sociedad y Economía, 2007, España, p. 24.

<sup>166</sup> Cita el autor como ejemplo de este distanciamiento, el régimen de publicidad en cuanto las uniones no se inscriben en el Registro Civil sino en un registro judicial especial llamados «Tribunales de instancia»; tampoco se producen los efectos del matrimonio en el ámbito fiscal ni en el de los derechos sociales, y se permite la resolución del pacto sin necesidad de intervención judicial. García-Hervás, D., *“Panorámica Legislativa...”*, cit., p.329.

problema a nivel estatal<sup>167</sup>. Sin embargo, la mayoría de las comunidades autónomas han optado por dictar una ley específica para su regulación, existiendo una gran heterogeneidad entre todas ellas, teniendo como elemento común que todas se aplican tanto a parejas del mismo o de diferente sexo.

La primera ley autonómica sobre la materia se dictó en el año 1998 en la comunidad autónoma de Cataluña, esta fue llamada “*Ley de Uniones Estables de Pareja*”, la cual planteaba una regulación diferenciada en cuanto a sus efectos entre las parejas heterosexuales y las homosexuales<sup>168</sup>. Según Martín Casals, las uniones entre personas de distinto sexo, podían constituirse tanto por convivencia ininterrumpida durante dos años (o por simple convivencia, si tenían un hijo común) como mediante escritura pública. En cambio, las parejas del mismo sexo, sólo se constituirán mediante escritura pública. En ninguno de los dos casos, será necesario que se inscriban en ningún tipo de registro público. Tampoco, se establecía ninguna diferencia de regulación entre parejas formalizadas y no formalizadas, por ello, gozaban de los mismos derechos tanto si se habían constituido por mera convivencia como mediante documento público. Desde esta propuesta inicial a la fecha, ha sido posible observar una constante renovación, posteriormente se inicia un proceso regulador en el resto de las comunidades<sup>169</sup>.

Además de la profusa legislación existente en las distintas comunidades autónomas, una tarea trascendente ha realizado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior de justicia, ambas instancias han modelado mediante sus sentencias la regulación actual de las uniones libres.

---

<sup>167</sup>. Postula García Rubio que el ordenamiento jurídico estatal español, no se encuentra en una situación de anomia respecto del problema, sino que existen regulaciones parciales sobre el problema, pero existe un rechazo a regular de manera integral el fenómeno. García Rubio, M., “*Las uniones de hecho en España...*”, cit., p.117.

<sup>168</sup> Martín Casals indica que las primeras podían constituirse tanto por convivencia ininterrumpida durante dos años (o por simple convivencia, si tenían un hijo común) como mediante escritura pública. Las parejas del mismo sexo, en cambio, sólo podían constituirse mediante escritura pública. En ninguno de los dos casos era necesario que se inscribieran en ningún tipo de registro público. no se establecía ninguna diferencia de regulación entre parejas formalizadas y no formalizadas y, por ello, gozaban de los mismos derechos tanto si se habían constituido por mera convivencia como mediante documento público. Martín Casals, M., “*El derecho a la “convivencia anómica...”*”, cit., p.5.

<sup>169</sup> Para un análisis respecto a la situación española de la normativa autonómica actual relativa a Leyes de parejas de hecho y registros ver: Biedma Ferrer, J., “Uniones de hecho y principio de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas”, publicado en Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV, 2011, p.207.

De esta manera la doctrina ha enunciado una serie de principios orientadores que han sido establecidos por la vía jurisprudencial, entre estos podemos destacar como los principales<sup>170</sup>: a) las uniones son un modelo de familia<sup>171</sup>; b) tienen reconocimiento constitucional; esto pese a que este reconocimiento no es expreso. La judicatura alude a la garantía de libertad, de igual y de protección a la familia sin distinción, incorporando desde este concepto a la familia no matrimonial<sup>172</sup>; c) es una institución diferente al matrimonio<sup>173</sup>; d) en un sistemas al que solo pueden ingresar voluntariamente los miembros de la pareja y no puede ser impuesto frente al silencio<sup>174</sup>; d) no resulta aplicable el estatuto matrimonial, por tanto no procede aplicar por “*analogía legis*” las normas que regulan el matrimonio<sup>175</sup>.

Por su parte a nivel de jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido efectos a las estructura basadas en la convivencia afectiva desde el año 1986 en el caso *Johnstone v/s Irlanda*<sup>176</sup>. Posteriormente ha fijado un criterio jurisprudencial reconociendo o promoviendo el reconocimiento de efectos en esta línea<sup>177</sup>, así en el caso *Keegan v/s Irlanda* de 1994<sup>178</sup>, o en el asunto *Emonet y otros v/s Suiza* del 2007<sup>179</sup>.

En resumen, podemos concluir que el Derecho moderno a lo menos cuatro grandes sistemas en función del tipo de regulación arbitrada respecto de las uniones libres, estas formas a su vez, representan un orden cronológico de las diversas posiciones que se han asumido a lo largo de la historia. Estas son las siguientes : a) países carentes de regulación; b) países que han aprobado leyes especiales de parejas de hecho; c) países en que se han aprobado leyes

---

<sup>170</sup> Sobre esta cuestión ver: Acedo Penco, A., *Derecho de Familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 65-66.

<sup>171</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de marzo de 1998.

<sup>172</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de septiembre del 2005. En la misma línea Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de enero del 2013.

<sup>173</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 222/1992 del 11 de septiembre. También Sentencia del Tribunal Supremo 184/1998 del 15 de noviembre.

<sup>174</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril.

<sup>175</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de octubre del 2008.

<sup>176</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Johnstone v/s Irlanda*, 18 de diciembre de 1986.

<sup>177</sup> Un análisis en detalle sobre esta materia en: M. Presno Linera, *El Derecho Europeo de Familia*, Aranzadi, 2008, p. 51.

<sup>178</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Keegan v/s Irlanda*, 26 de mayo de 1994.

<sup>179</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Emonet con otros v/s Suiza*, 13 de diciembre del 2007.

de uniones civiles homosexuales; d) países que han abierto la institución matrimonial a las parejas homosexuales<sup>180</sup>.

Dentro de la primera posición se encontraba Chile hasta el año 2015, esta manera de enfrentar el fenómeno representa el primer modelo de regulación del fenómeno, en este modelo el ordenamiento no se hace cargo de la situación de manera directa, ocasionalmente existen leyes aisladas que en menor o mayor alcance regulan ciertos efectos o conflictos que provocan estas uniones, su justificación puede encontrarse en una pluralidad de razones que van desde aquellas que consideraban la unión de hecho indigna de la atención del Derecho, por su carácter de unión ilícita, hasta posiciones libertarias que pretenden fundar la bondad de este modelo en el respeto a la libertad individual más acérrima, pasando por la vengativa visión que se expresa con la frase de *“les concubins ignorent la loi, la loi les ignore”*, la cual se le atribuye a Napoleón.

En cuanto a los modelos existentes para la regulación de los efectos que las uniones libres producen entre los convivientes, siguiendo en esta parte a Martín Casals quien señala que es posible resumirlos en los siguientes: a) el *modelo de regulación privada o contractual*, que dan realce al principio de la autonomía privada de las personas, en estos se otorga una amplia libertad a los miembros de la pareja para que regulen su relación; b) un modelo convivencial, de carácter imperativo en que se prescinde de la libre voluntad de las partes de someterse a un determinado régimen; c) un modelo de pareja inscrita o formalizada, en este el régimen se conforma a partir de su incorporación en un registro público o mediante la redacción de un documento público, o bien, ambas conjuntamente, como en el caso chileno en análisis<sup>181</sup>.

Las motivaciones que han promovido las distintas propuestas legislativas, también es posible definir las. Podemos reconocer una primera posición sustentada en el reconocimiento de la diversidad jurídica que se presenta actualmente en sede familiar. Este supuesto centraliza su enfoque en la relación entre la familia y su eficacia en el cumplimiento de las funciones estratégicas que se asigna a cada grupo. Desde esta perspectiva no todos los grupos son

---

<sup>180</sup> Talavera Fernández, P., *“El derecho europeo ante el matrimonio...”*, cit, p.7.

<sup>181</sup> Martín Casals, M., *“El derecho a la “convivencia anónima en pareja: ¿un nuevo derecho fundamental?”*, Revista InDret, 3/2013 [on line], pp.11-20.

iguales, sus características particulares tampoco resultan traspasables a entidades de naturaleza diferentes, cada una planteará un desafío distinto para el Derecho, esto en relación a su eficacia para satisfacer estas funciones asignadas a la familia<sup>182</sup>.

Desde este criterio se propone el establecimiento de conductos diferenciados a partir de las características propias de cada entidad. Su propuesta se centraliza en la defensa del modelo matrimonial, para ello se debe reservar el termino matrimonio para parejas heterosexuales, proteger su estabilidad, y permitir a las parejas del mismo sexo acceder a un régimen específico - diferente al matrimonio - con características similares al régimen de las uniones de hecho<sup>183</sup>. Buscando una adecuación en un plano de tolerancia a los cambios que enfrenta la sociedad actual, sustituyendo el cauce único de antaño que propendía a conducir normativamente todas las uniones afectivas hacia el matrimonio, promoviendo una pluralidad de estatutos a los que cada individuo podrá optar libremente.

En esta línea se encuentra actualmente la propuesta del Derecho de familia existente en algunos Estados estadounidenses, en que se establecen uniones disolubles y otras indisolubles como opción para los futuros cónyuges. Así se propone el establecimiento de un régimen matrimonial con mayor accesibilidad al divorcio; y otro llamado “*covenant marriage*” en que los cónyuges asumen un matrimonio con divorcio restringido, limitando fuertemente sus causas legales. Cabe destacar que este último régimen se encuentra restringido en sus alcances, porque las partes podrán concurrir a otro Estado en que no exista dicha modalidad y obtener el divorcio conforme su normativa, por esto no puede definirse como un matrimonio de carácter indisoluble<sup>184</sup>.

Esta propuesta que comenzó en el año 1997 en el Estado de Luisiana, se extendió posteriormente en un número importante de Estados, como Arkansas, Arizona entre otras. La iniciativa ha permitido introducir cambios en su Derecho familiar, estableciendo un

---

<sup>182</sup> Martínez De Aguirre, C. “*Nuevos Modelos de Familia...*”, cit., pp.742-744.

<sup>183</sup> En esta línea se enmarca el modelo presentado inicialmente para el sistema jurídico chileno por el presidente Sebastián Piñera denominada Acuerdo de Vida en Pareja

<sup>184</sup> Garcimartin Montero, M., *El Sistema Matrimonial en Estados Unidos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 105-112.

modelo pluralista con diversas manifestaciones de matrimonio<sup>185</sup>. En este régimen los contrayentes pueden elegir libremente conforme a sus convicciones entre un matrimonio común y un matrimonio obligatorio “*covenant marriage*”. Este último se presenta como un pacto para toda la vida, renunciando a su derecho al divorcio sin causa, es decir, la pareja puede divorciarse, pero solo cuando se cumplan ciertas causales para ello.

Sobre esta modalidad Navarro Valls se refiere como un matrimonio “*a la carta*”, ya que se presenta como un sistema en que la voluntad de los cónyuges pasa a ser esencial. El autor indica que la experiencia no sería nueva, refiriéndose a la situación de otros ordenamientos jurídicos como Colombia en el año 1973, que, por vía concordataria, estableció la posibilidad de optar entre un matrimonio religioso de carácter indisoluble y otro matrimonio de carácter civil disoluble<sup>186</sup>.

A este escenario de pluralismo jurídico familiar debemos agregar el reconocimiento que históricamente ha existido de estas uniones y el matrimonio. Esta tendencia tiene su origen en la no aceptación inmediata del Decreto de Támesis por parte de Inglaterra, aspecto que promovió la existencia de unos límites confusos entre matrimonios formales y otras uniones informales. De este modo, se fue acogiendo junto al matrimonio formal, otras uniones como la llamada “*Common law marriage*” o llamado matrimonio jurisprudencial, aún cuando esta clase de uniones requiere de un consentimiento expreso respecto del compromiso asumido.

Esta forma de uso recurrente durante el siglo XIX, consistía en un matrimonio celebrado a través de un simple acuerdo y sin formalidad alguna—. Friedman dice “*Si un hombre y una*

---

<sup>185</sup> Una situación similar ocurre en la República de Panamá que admite tres categorías de matrimonio (el matrimonio civil, el matrimonio religioso y la unión de hecho o matrimonio de hecho) definiéndose esta última así: “*La unión de hecho entre personas de distinto sexo legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil. Para este fin, bastará que las partes interesadas soliciten conjuntamente al Registro Civil la inscripción del matrimonio de hecho. Cuando no se haya efectuado esa solicitud, el matrimonio podrá comprobarse para los efectos de la reclamación de sus derechos, por uno de los cónyuges otro interesado, mediante los trámites que determine la Ley. Podrán, no obstante, oponerse a que se haga la inscripción o impugnarla después de hecha, el Ministerio Público en interés de la moral y de la Ley, o los terceros que aleguen derechos susceptibles de ser afectados por la inscripción, si la declaración fuere contraria a la realidad de los hechos.*”. Constitución Nacional de Panamá, art. 58.

<sup>186</sup> Navarro Valls, R., *El Matrimonio Institucional en dos recientes leyes estadounidenses*, en la obra colectiva *Hominum causa omne ius constitutum est*, J. Castan V. et alii (coord.), Editorial Universidad Pontificia Comillas, España, 2000, pp. 1157 – 1162.



*mujer de dichos estados, mientras se encontraban sentados a la orilla del fuego sintiendo un estallido de amor, simplemente decidían ser marido y mujer y así lo manifestaban, desde ese momento lo eran, sin necesidad de un permiso, un sacerdote o testigos más allá de su sola promesa*". Esta figura será de gran utilidad en una sociedad con una pobre capacidad registral y una dispersa propiedad de la tierra<sup>187</sup>.

Desde otra perspectiva Gavidia Sánchez, sostiene la necesidad de remover obstáculos e impedimentos para la regularización de otras formas de convivencias por parte de los poderes públicos, para que quienes opten por estas formas lo puedan realizar en un plano de libertad e igualdad, esto como una manifestación del derecho a no contraer matrimonio, como respeto a la garantía del libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación de las personas que deseen mantener el derecho a mantenerse soltero y su derecho de elección entre el matrimonio y la unión libre<sup>188</sup>.

Este proceso de consideración de la convivencia no matrimonial y su reconocimiento en los diversos sistemas jurídicos, ha inducido a la diversificación jurídica de los modelos de familia<sup>189</sup>. También ha puesto en entredicho el modelo familiar institucional. Según parte de la doctrina esta progresiva legalización de los modelos extramatrimoniales, unida a la actual reivindicación de igual trato jurídico entre éstos y el matrimonio, *"podría conducir a la creación de estructuras y sistemas poco diferenciados, con instituciones de contenido y límites difusos, e incluso a poner en cuestión el respeto al "derecho a no-casarse"*<sup>190</sup>.

En cuanto a la técnica legislativa para el reconocimiento de las uniones libres desde una

---

<sup>187</sup> Friedman, Lawrence M., *Breve Historia del Derecho Estadounidense*, Documento Electrónico, p.59

Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2461/8.pdf> [visitado 29/08/2017]

<sup>188</sup> Gavidia Sánchez, J., "La unión libre: familia, no matrimonio", publicado en Diario La Ley, N° 6038, Sección Doctrina, 11 Jun. 2004, Año XXV, Ref. D-131, pp. 1-3. Para ello Gavidia sustenta el concepto de las uniones de hecho como fuente posible de relaciones jurídicas de tipo familiar, esto siempre que se configuren determinadas características como son "comunidad de vida, esto es, de cuidados y responsabilidades recíprocos, que vayan más allá del hecho de compartir una vivienda y una serie de gastos, exclusiva, estable y duradera, que puede ser disuelta libremente por cualquiera de sus integrantes, esto es, sin necesidad de acreditar que concurre otra causa que su voluntad de ponerle fin"

<sup>189</sup> Sobre esta materia véase: Martínez De Aguirre, C., "Nuevos Modelos de Familia...", cit., pp.703-744.

<sup>190</sup> En este sentido véase: Talavera Fernández, P., "La unión de hecho y el derecho a no casarse", Editorial Comares, Granada, España, 2001.

perspectiva histórica es posible reconocer distintas formas. La manera más generalizada ha sido el reconocimiento legal o constitucional. Además durante el último decenio la codificación ha ganado espacio dentro de los diversos sistemas legales<sup>191</sup>. Al mismo tiempo es posible distinguir dos metodologías: a) la incorporación con un tratamiento orgánico y sistematizado; b) el reconocimiento de determinados efectos jurídicos en forma aislada con orientación prioritaria a los efectos patrimoniales derivados de la convivencia. Otros sistemas han resuelto el problema mediante esta modalidad, recurriendo a la aplicación por analogía de las normas del matrimonio, camino por cierto no exento de polémica.

Otra característica del reconocimiento de estas nuevas uniones libres consiste en la relevancia que se otorga a la autonomía de la voluntad de la pareja. Esto se materializa en una amplia aceptación de pactos entre convivientes en las diversas estructuras legislativas. Esta forma consiste en reconocer a los convivientes la posibilidad de que fijen el régimen por el que regularan su relación y los efectos derivados de ella, incluso alcanzando al periodo de crisis o ruptura.

Esta modalidad debió traspasar la barrera de las alegaciones en torno a la ilicitud de su causa y su contrariedad con el orden público, ambas cuestiones debatidas ampliamente. La idea de que la causa era ilícita se encuentra asociada a la noción históricamente aceptada en algunos ordenamientos respecto a la ilicitud e inmoralidad de las relaciones extramatrimoniales. Esta concepción altamente moralista influyó durante mucho tiempo en el criterio jurisprudencial para enfrentar la validez de dichos pactos. Actualmente, la posibilidad de que los convivientes celebren pactos conforme al principio de la autonomía de la voluntad, es admitida y tiene una gran aceptación, principalmente en el ámbito de la regulación de los efectos patrimoniales entre los convivientes.

---

<sup>191</sup> Entre los países que han regulado en forma orgánica mediante su incorporación a la carta constitucional podemos señalar: Venezuela (art.77), Brasil (art. 226), Bolivia (art.194), Perú (art. 5), Paraguay (art. 51), Ecuador (art. 23), Honduras (art. 112), Nicaragua (art. 72), Panamá (art. 54). Como regulación en forma de ley podemos señalar entre otras muchas: Suecia (mediante ley 232/87 denominada del Hogar común de cohabitantes extramatrimoniales), Francia (Ley 99/944 de Pacto de Solidaridad, el 15 de noviembre de 1999), Argentina (La Ley N° 1004 de la legislatura federal de la ciudad autónoma de Buenos Aires de 2002), en España no existe una regulación general por parte del Estado, sin embargo, un gran número de comunidades autónomas han dictado leyes para su regulación Mesa Marrero, C., “*Las Uniones de Hecho...*”, cit., pp. 24 -82.

En cuanto al método jurisprudencial es posible observar que esta vía se encuentra en abandono frente a la regulación orgánica de estas uniones que se ha generalizado en el Derecho de familia occidental. Sin embargo, pese a la masificación de la regulación orgánica del fenómeno, se mantienen vigente frente a la inexistencia en diversos ordenamientos jurídicos de un tratamiento integral para todas las expresiones en que se manifiestan las uniones libres.

Este conducto es común en países que han adoptado una postura abstencionista, en que no existe un reconocimiento expreso de las uniones de hecho, sustentado principalmente en la defensa de la institución matrimonial como la forma en que naturalmente debe organizarse la familia y la vida social. Esta vía ha sido utilizada desde el siglo XIX en el Derecho latinoamericano, frente al silencio de la legislación a los problemas suscitados en estas uniones.

En el Derecho angloamericano, suele señalarse el caso *Marvin versus Marvin*, a partir del cual los tribunales comenzarán a dar cabida a definir si determinadas uniones al margen de la formalidad requerida tienen o no carácter de uniones a las que se les puede reconocer determinados efectos jurídicos asignados exclusivamente para el matrimonio<sup>192</sup>.

Parte de la doctrina manifiesta su parecer con este modelo, destacando que se evita directamente la discriminación al no crear un matrimonio de segundo grado, poco igualitario para los convivientes, permitiendo además la resolución caso a caso<sup>193</sup>. Por su parte los detractores sostienen la inconveniencia de aplicar este método, aludiendo a la incertidumbre e inseguridad jurídica que genera la dependencia la disparidad de criterios utilizados por la judicatura. Los tribunales al resolver han debido utilizar distintas modalidades, entre estas podemos señalar: a) la aplicación por analogía a las reglas del matrimonio; b) la aplicación

---

<sup>192</sup> En este caso la Corte Suprema del Estado de California en el año 1976, acogió la tesis de que la jurisprudencia podía analizar la existencia de una voluntad común de parte de la pareja de generar una sociedad, a partir de ello, se reconoce el derecho de los miembros a que se le retribuya su participación en esta sociedad.

<sup>193</sup> En esta línea Navarro Valls señala que una regulación específica de las uniones libres llevaría a crear un matrimonio de segunda clase, por ello promueve la idea de un tratamiento fraccionado reconociendo efectos limitados, bastando para ello la jurisprudencia como vía, y el Derecho patrimonial como herramienta. Navarro Valls, R, *Las Uniones de Hecho en el Derecho Comparado: Problemas y Perspectivas*, en *Uniones de Hecho* Coord. Martinell j. et alii, Ediciones de la Universidad de Lleida, 1998, pp. 32-33.

de las reglas de derecho común patrimonial; c) la utilización de los principios generales del derecho y la equidad como reglas de clausura frente al requerimiento de justicia<sup>194</sup>.

Respecto de los efectos que se les reconocen a estas uniones en aquellos ordenamientos en que han asumido su regulación, podemos indicar que tampoco existe uniformidad de criterio respecto a la extensión de los efectos que estos producen, esto se observa en distintos aspectos. Por ejemplo, en materias como el estado civil de los convivientes, en los sistemas de registro de los países nórdicos, su regulación los acerca bastante al matrimonio y estos llegan a producir un estado civil nuevo a los integrantes de dicha pareja. Eso representa mayoritariamente las propuestas más recientes, y en esta senda se ubica el Acuerdo de Unión Civil chileno.

Tal como hemos señalado, una gran cantidad de gobiernos asumiendo la situación generalizada de las relaciones de convivencia fuera del matrimonio, a finales de los años ochenta comenzaron a mostrar preocupación por los múltiples problemas asociados principalmente al periodo de ruptura y crisis de las convivencias de hecho, lo cual ocasionaba conflictos en el ámbito de los efectos patrimoniales de la convivencia. Estos efectos en muchos casos debían ser resueltos por los tribunales con base en diversos criterios, tales como la equidad, principios generales del derecho o normas de aplicación general<sup>195</sup>.

Esto en ningún caso ha significado el término de las múltiples controversias que para el Derecho representan estas uniones. La regulación de la convivencia como modelo de vida, representa un gran dilema por su repercusión social. La funcionalidad de este régimen, necesariamente trae consigo la comparación con el matrimonio y su función estratégica en la sociedad, con ello la relevancia como objeto de preocupación para el Derecho.

---

<sup>194</sup> Se alude a la diversidad de criterios existente en la jurisprudencia a la hora de cubrir lagunas legales, Los argumentos utilizados al momento de reconocer o negar derechos patrimoniales a los convivientes son bastante variados: a) el recurso a la analogía, para sustentar el derecho a pensión compensatoria de uno de los miembros de la unión; b) la aplicación del principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa; c) la aplicación del principio de protección al conviviente más débil; d) aplicación analógica. García Rubio, M., “*Las uniones de hecho en España...*”, cit. , pp. 131-134.

<sup>195</sup> Sobre esta materia ver: Bayod López, M., “Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Vol.: 71, N° 626, 1995, pp. 129-156.

Sobre lo anterior algunos aspectos sobre lo que se centra la discusión son la estabilidad y duración de estas relaciones. Estudios realizados en Europa, han demostrado que las uniones libres tienen una duración inferior en comparación al matrimonio<sup>196</sup>. Conforme a ello se afirma que el matrimonio goza de mayor estabilidad, esto trae consigo ciertos razonamientos: a) en primer lugar resulta claro la unión de hecho es menos funcional, b) al mismo tiempo surge la necesidad de regulación jurídica ante la recurrencia de las situaciones de crisis que taren la ruptura y los problemas asociados a ello. Pero con esto se generan otros problemas al legitimar e incentivar un modelo disfuncional.

En contradicción a esta postura, han comenzado a surgir estudios, señalando que la razón de gran parte de estos resultados se centra en que la mayoría de las investigaciones sobre comportamiento de las uniones de hecho, consideran como universo parejas con pocos años de relación. Lo anterior, pues las investigaciones mostraban que, en dos años, cerca de la mitad de las relaciones de convivencia terminaban en matrimonio, o en separación, mientras después de 5 años sólo el 10% de las parejas seguían en relaciones de convivencia.

De este modo, estudios realizados daban como resultado, una mayor frecuencia de conflicto y menor satisfacción en la relación y percepción de equidad, además de niveles más bajos de felicidad, satisfacción y exclusividad sexual. Sin embargo, la situación parece cambiar cuando la investigación se focaliza en estudiar la calidad de la relación entre parejas en largas convivencias, tal como lo hizo un estudio longitudinal con 10.000 parejas llevado a cabo en EEUU<sup>197</sup>, este concluyó que no existen grandes diferencias en la calidad de la relación entre parejas en relaciones largas de convivencia y parejas de matrimonios<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Morgan, P., Marriage-Lite. *The Rise of Cohabitation an its Consequences*, London, Institute for the Study of Civil Society, 2000; citado en Martínez De Aguirre, C., “*Nuevos Modelos de Familia...*”, cit., p. 719.

<sup>197</sup> Willetts, M., “*Union Quality Comparisons Between Long-Term Heterosexual Cohabitation and Legal Marriage*”, *Journal of Family Issues*, Vol. 27, No. 1, 110-127 (2006) DOI: 10.1177/0192513X05279986, citado en: Informe sobre Factores Psicosociales de las Uniones de Hecho, BCN Minuta, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

<sup>198</sup> Sobre esta materia Martín Casals citando un estudio de Domínguez-Folgueras y Castro-Martín, señalan: “*Que la duración media de la pareja de hecho se halla por encima de lo que sería de esperar si la convivencia fuera meramente una etapa previa al matrimonio (que se aproxima a los 5 años entre mujeres nacidas en los 50 y se reduce a casi 4 entre las nacidas en los 70 , frente, podríamos añadir, al matrimonio de alrededor de 15 años de media y de menos de 8 entre las parejas más jóvenes, según datos del INE). Finalmente, los datos más recientes permiten cuestionar, también para nuestro país, la idea muy extendida de que la convivencia en pareja es una convivencia sin hijos. Así según datos del censo de 2001, un 39,3% de las parejas de hecho*

Esta problemática plantea la discusión en los distintos ordenamientos que se han ocupado de su regulación, respecto de la legitimidad de las uniones de hecho frente al matrimonio. En este sentido Talavera<sup>199</sup>, plantea que no se trata de desinstitucionalizar al matrimonio, sino que se trata de reconocer la legitimidad y realidad social de otras prácticas alternativas a las que históricamente ha ofrecido el Derecho.

En este tema la opinión contraria se sustenta en dos ejes: a) en primer lugar, el reconocimiento de las uniones de hecho afectaría directamente la institucionalidad del matrimonio, al vaciarlo de su contenido esencial, negando a su vez el derecho a las personas a fundarlo<sup>200</sup>; y b) la discusión respecto a la afectación de garantías de las personas, en cuanto a que no es posible asignarles efectos jurídicos a quienes no lo desean, esto en el caso de aquellos sistemas impositivos<sup>201</sup>.

En países como España a partir de las reformas introducidas durante los últimos 10 años a la institución matrimonial<sup>202</sup>, se ha producido lo que Martínez de Aguirre ha llamado el proceso de desconstrucción del matrimonio<sup>203</sup>, atendiendo a los diversos rasgos que han ido

---

*españolas tiene hijos comunes, cifra que aumenta hasta un 46,3% si a los hijos comunes se añaden. Aunque uno y otro porcentaje se halla sustancialmente por debajo del porcentaje de parejas casadas que tiene al menos un hijo (el 80%), los hijos nacidos en unidades familiares constituidas por parejas de hecho significa el 21,7% de todos los nacimientos en España, es decir algo más de 1 de cada 5".* Martín Casals, M., "El derecho a la "convivencia anómica...", cit., p. 23.

<sup>199</sup> Talavera Fernández, P., "La unión de Hecho...", cit., p. 198.

<sup>200</sup> Wojcik, A., "Pareja de hecho y matrimonio: un estudio de las diferencias", Navarra Graficas Ediciones, Pamplona 2002, pp. 172 – 173.

<sup>201</sup> En este sentido el Tribunal Constitucional español mediante resolución del 23 de abril del año 2013 ha señalado: "El problema queda, por tanto, cifrado en los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador cuando éste decide supeditar su reconocimiento a ciertas condiciones o atribuir determinadas consecuencias jurídicas a tal unión. Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja". Ver Comentario general a la STC de 23.4.2013 en Martín Casals, M., "El derecho a la "convivencia anómica...", cit., pp. 1-43.

<sup>202</sup> En el mes de julio del año 2005 se dictó la ley 15/2005 que se elimina las causas de divorcio, pudiendo solicitarse por voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, a partir de los tres meses en que este hubiere sido celebrado.

<sup>203</sup> Martínez De Aguirre, C., "Nuevos Modelos de Familia...", cit., p.738.

desapareciendo de la esfera propia de esta institución, entre ellos la diferencia de sexo de los contrayentes, sus características de estabilidad e indisolubilidad. Sostiene que este proceso ha ido debilitando progresivamente al matrimonio civil, acercándolo cada vez más a las figuras legales paramatrimoniales como las uniones libres. Así el gran elemento distintivo que constituía la inexistencia de la libre ruptura por parte de los cónyuges, hoy han cedido frente al divorcio unilateral sin causa.

Las principales razones que han permitido consolidar actualmente la necesidad de una regulación de las uniones de hecho y con ello terminar con el abstencionismo que tuteló durante gran parte del siglo pasado a la mayoría de los países occidentales, se resumen en los siguientes factores: a) La necesidad de regulación de los efectos jurídicos de un modelo alternativo al matrimonio, como reconocimiento al principio de igualdad y no discriminación; b) El derecho a la libre determinación de la personalidad y c) El deber de protección que recae en el Estado de proteger a la familia en su más amplia expresión<sup>204</sup>; d) Como factor común a todos los anteriores, está la consagración de estos derechos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos y recomendación de organismos internacionales<sup>205</sup>.

En forma crítica, se indican como causas que han llevado a esta situación entre otras: a) la privatización de la moral en general y del derecho de familia en particular; b) el cambio en el concepto de familia; c) pérdida de determinados valores como el institucional, y auge de otros, como la libertad; d) la preponderancia de lo afectivo y actual sobre lo permanente y

---

<sup>204</sup> Tapia Rodríguez, M., “*Constitucionalización del derecho de familia...*”, cit., p.5. El autor sostiene que la posición abstencionista del estado de Chile en materia de regulación de la pareja estable, heterosexual u homosexual, formada al margen de matrimonio, transgrede abiertamente a la libertad, proclamada solemnemente en la Constitución, y que es el sustrato de un gobierno democrático. Este principio, inaugura la Constitución de 1980: “Las personas nacen libres...” (art. 1º).

<sup>205</sup> El Parlamento europeo en su recomendación del 15 de enero del 2003 aconsejaba a los Estados miembros “que reconozcan las relaciones no matrimoniales tanto entre personas de distinto sexo como del mismo y que concedan a las personas que tienen estas relaciones los mismos derechos que conceden a quienes celebren matrimonio” e instaba a la Unión Europea “a que incluyeran en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y a que desarrollen propuestas concretas al respecto”. Anteriormente se vinculan a la materia la Resolución del Parlamento Europeo del 8/2/1994, del 17/12/1998; y 29/12/2000.

duradero en las relaciones de pareja<sup>206</sup>. Debíésemos agregar a lo precedente, el factor de preponderancia política ocasionado por los cambios de paradigmas de diversos sectores políticos, que durante largo tiempo defendieron la dualidad de familia – matrimonio, los que propiciados por los altos índices de personas que conviven en regímenes no matrimoniales, debieron favorecer los diversos proyectos legislativos enfrentados a la lógica electoral<sup>207</sup>.

Como hemos observado, las uniones de hecho se han constituido como una realidad jurídica en gran parte del mundo occidental. La tendencia actual implica un cambio de visión de sociedades que durante largos años estuvieron guiadas por normas sociales y jurídicas asociadas a los principios religiosos<sup>208</sup>. Este fenómeno revitalizado como una demanda de sectores marginados de la institución matrimonial, dará paso a su existencia como una forma alternativa de regular la vida en pareja, utilizado cada vez con mayor amplitud en desmedro del matrimonio.

Como ejemplo podemos señalar el caso francés donde el PAC es utilizado cada vez más por parejas heterosexuales y menos por las del mismo sexo. El porcentaje de parejas homosexuales que optan por esta regulación es decreciente: 2000: 40%; 2001: 24 %; 2005: 10%; 2006: 7%; 2010: 5%. De acuerdo al Instituto Francés de Estadísticas para el año 2009 175.000 parejas han elegido el PAC. El 95% de estos PAC han sido celebrados por partenaires de sexo opuesto. Después de un aumento de 40% en 2008, el número de PAC ha aumentado todavía un 20% más en 2009. Inversamente, los matrimonios se hacen menos frecuentes: 256.000 han sido celebrados, o sea, un 3,5% menos que en 2008.

---

<sup>206</sup> Este enfoque conservador acuñado por Aznar Gil se concluye con la siguiente opinión: “*Todo ello, unido a una determinada concepción muy positivista y raquílica de lo que es el derecho, ha influido en los cambios que los diferentes ordenamientos jurídicos han introducido y vienen introduciendo en esta materia*”. Aznar Gil, F., *Uniones estables de pareja* y magisterio de la Iglesia Católica, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 56, N° 147, 1999, p.72

<sup>207</sup> Señala Gavidia a propósito de las razones para institucionalizar las uniones de hecho que, en un Estado democrático y representativo, el cálculo electoral los compromisos con poderes fácticos y también “*ciertas concepciones de la justicia (libertad e igualdad), así como las disponibilidades y prioridades presupuestarias de gastos, lleven a unos y otros a propiciar o no esa institucionalización*”. Gavidia Sánchez, J., “*La unión libre...*”, cit., pp. 1-3.

<sup>208</sup> Del Pico Rubio, J., “*Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la Reforma del Derecho Matrimonial chileno*”, *Revista IUS ET PRAXIS*, Año 17, N° 1, 2011, pp. 31 – 56.



Las parejas están eligiendo cada vez más el PAC para oficializar su unión: en 2008, dos PAC se habían contraído por cuatro matrimonios celebrados; en 2009, son dos pactos por tres matrimonios”. En el balance de 2010, se constata que nuevamente los PAC vuelven a crecer: 13% más que en 2009. Se contrajeron 185.000 PAC de sexo diferente (el 95% del total de PAC) sobre 249.000 matrimonios. Con ello, la proporción pasa a ser de tres PAC por cuatro matrimonios<sup>209</sup>.

En el caso chileno habiéndose promulgado recién el año 2015 la Ley de Acuerdo de Unión Civil, las estadísticas muestran que durante el año 2016 se celebraron 7259 acuerdos. En cuanto a la caracterización de las parejas que acuden a su celebración, los datos demuestran similitud con el proceso francés. Así, el 75% de AUC celebrados a la fecha corresponden a celebraciones entre personas de distinto sexo, solo un 25% corresponde a parejas homosexuales. En cuanto al matrimonio este sigue en un proceso decreciente desde hace más de diez años<sup>210</sup>.

El criterio predominante es una concepción pluralista del estatuto regulador de la familia, en que las parejas se enfrentan a diversas opciones que junto al matrimonio permiten adecuar el orden jurídico a la libre determinación de cada individuo, con una alta influencia del principio de la autonomía de la voluntad. De tal modo que cada pareja tiene su régimen para sus necesidades y cada familia tiene su propio derecho. Este paradigma del pluralismo jurídico permite ampliar el requerimiento de seguridad jurídica familiar a un espectro amplio de situaciones de diversidad tanto culturales como nacionales<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Corral Talciani, H., “El acuerdo de Vida en Pareja: De La Unión Civil al Matrimonio Homosexual”, La Semana Jurídica, Thompson Reuter, 2012, N° 0, p. 10.

Sobre esta materia Belluscio ha señalado que la paulatina evolución hacia el predominio del PACS sobre el matrimonio implica, en la práctica, el surgimiento de dos tipos de unión de una mujer y un hombre: el matrimonio y el pacto civil de solidaridad. “El primero implica un mayor compromiso, no sólo porque constituye la fundación de una familia y en general su perpetuación por la descendencia sino también porque en alguna medida su disolución es más dificultosa y más trascendente. En cambio, el PAC constituye únicamente la regulación de la convivencia de sus integrantes sin incidencia sobre las familias de origen de uno y otro, y aunque los deberes personales que establece entre ellos sean ahora más próximos a los del matrimonio, cada uno de los partners puede ponerle fin a su arbitrio”. César Belluscio, A., “Evolución del Pacto Civil de Solidaridad Francés”, LL2009-B, p.805.

<sup>210</sup> Boletín de Estadísticas del Registro Civil para el período 2016.

<sup>211</sup> En esto se enmarca el requerimiento reciente que 17 Estados miembros de la Unión Europea realizaron al Consejo de la Unión Europea entre los años 2015 y 2016, para solicitar una cooperación reforzada en el ámbito de los regímenes económicos de las parejas internacionales y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ANÁLISIS DEL PROCESO DE JURIDIFICACIÓN DE LAS UNIONES LIBRES EN EL DERECHO CHILENO

#### 2.1. LA JURIDIFICACIÓN DE LAS UNIONES LIBRES EN CHILE: DEL ACUERDO DE VIDA EN PAREJA AL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

En el capítulo anterior hemos definido la relación que existe entre los modelos familiares y los aspectos culturales de cada lugar y tiempo<sup>212</sup>. Así destacamos como la unidad familiar siendo una necesidad natural de la especie humana, se manifiesta en una relación de causa y efecto respecto de las estructuras fijadas desde la autoridad, resultando ineludible que la realidad colectiva termine imponiéndose. Esto se expresa en cambios constantes en la regulación de la familia con mayor celeridad que en otras áreas del Derecho.

En la historia del Derecho de familia chileno es posible observar aún el legado derivado de su raíz romano canónica, pero también un proceso de permanente deconstrucción. Con posterioridad al proceso independentista esta zona del Derecho mantendrá su vinculación con su origen, esta línea se conservará durante más tiempo que en el resto de los ordenamientos

---

materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Como respuesta el Consejo emana una evaluación detallada de las condiciones jurídicas respecto a los regímenes económicos matrimoniales en las uniones registradas. En este sentido indica: “...*Un estudio realizado por el consorcio ASSER-UCL en 20039 puso de manifiesto el elevado número de parejas transnacionales en la Unión y las dificultades prácticas y jurídicas a las que estas parejas se enfrentan, tanto en la administración cotidiana de su patrimonio como en su división cuando la pareja se separa o fallece uno de sus miembros. Estas dificultades son a menudo el resultado de la gran disparidad de normas aplicables, tanto de Derecho sustantivo como de Derecho internacional privado, que regulan los efectos patrimoniales del matrimonio. En razón de las particularidades propias del matrimonio y de las uniones registradas, así como de los diferentes efectos jurídicos de estas formas de unión, la Comisión presenta dos propuestas de Reglamento distintas: uno relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, y otro relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*”. Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales Bruselas, 2.3.2016 COM (2016) 106 final 2016/0059 (CNS).

<sup>212</sup> En este sentido señalaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “*un país que se encuentre en una posición aislada respecto a un aspecto de su legislación no necesariamente implica que ese aspecto contradiga el Convenio, particularmente en un campo -el matrimonio- el cual está fuertemente unido a tradiciones culturales e históricas de cada sociedad y a sus arraigadas ideas sobre la unidad familiar*”. STEDH de 18 de diciembre de 1987. Caso F. contra Suiza.

jurídicos americanos con el que comparte un origen común<sup>213</sup>. El tratamiento de las uniones no matrimoniales se configura como una prueba de este proceso, en cuanto Chile será el último ordenamiento jurídico que en Latinoamérica abandone la posición de silencio legislativo.

Al momento de la independencia de la nueva república la estructura familiar reconocida jurídicamente, será la legislación dictada por la corona española para el reino de Chile y en general para las indias. Esta se encontraba recopilada en la denominada Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias. Luego, se dictarán muchas otras normas en forma de cédulas, provisiones y ordenanzas. Según esto el Derecho vigente estará compuesto por: a) las pragmáticas, cédulas, decretos, decretos y ordenanzas del Rey dictadas entre 1680 y 1810; b) La recopilación de indias; c) La Novísima recopilación de las Leyes de España; c) Las leyes de Estilo; d) el Fuero Real; e) el Fuero Juzgo; e) Las Partidas<sup>214</sup>.

Como característica común a la legislación de familia de este período, será posible reconocer al igual que todo el Derecho su validez y legitimidad en un “*derecho natural interpretado en términos cristianos*”<sup>215</sup>. En términos prácticos prevalecerán por su contenido la aplicación de Las Siete Partidas elaborada conforme al Derecho romano, los decretos papales y las Leyes de Toro. En palabras de Barrientos la regulación de la persona y la familia en el Derecho indiano, se enmarcará dentro del sistema de Derecho común con presencia del *ius*

---

<sup>213</sup> Como indicase Valentín Letelier “Cuando una institución fundamental ha ejercido influencia durante largo tiempo en la vida de un pueblo, nunca desaparece por completo en un momento dado. Desaparece, por efecto de una extinción paulatina dejando huellas más o menos profundas de su actuación”. Letelier, V., *Génesis del Derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 1967, p.106.

<sup>214</sup> Según Claro Solar, este orden de prelación es el que señala la Ley 1ª título 28 del Ordenamiento de Alcalá, que es la 1ª de las Leyes de Toro y la 3ª título 2º libro III de la Novísima Recopilación. Claro Solar, L., *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo primero, Santiago, 1898, p.9

<sup>215</sup> Habermas destaca la tensión en la que desarrolla su poder el monarca, por un lado, está sometido a los lineamientos del Derecho sacro. “*Pues sólo así puede transmitirse la legitimidad de ese derecho al poder profano*”. Pero al mismo tiempo, está situado en la cúspide de una administración organizada por cargos, hace también uso del derecho como un medio que otorga a sus mandatos, por ejemplo, en forma de edictos, un carácter obligatorio para todos. Habermas, J., “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la Legalidad?”, *Revista Doxa* N°5, 1988, p. 23.

*civile* romano, del *ius canonicum universale*, el Concilio de Trento, las Partidas, el Fuero Real, las Leyes de Toro y las costumbres locales<sup>216</sup>.

Durante este transcurso las uniones no matrimoniales tendrán cabida en el ordenamiento jurídico bajo la denominación de barragania, como un régimen secundario respecto del matrimonio<sup>217</sup>. Según Castán esta presencia de las uniones libres en el Derecho histórico español responderían a un efecto de la convivencia con la cultura musulmana, específicamente del matrimonio moro como acto privado. Esto como un reflejo de la importancia que tienen las costumbres en la formación del Derecho de la época<sup>218</sup>.

La propuesta de su regulación contenía un tratamiento de fondo y de forma en el sistema jurídico. Respecto de sus elementos constitutivos se establecerán los siguientes requisitos de existencia: a) la concubina debía ser una sola; b) de condición tal que pudiese haber matrimonio con ella; c) si la mujer era virgen o viuda honesta, existía la presunción de tratarse de una unión matrimonial, a menos que se hiciese declaración formal "*ante buenos omes*" de que se la recibía por barragana; d) no podía tenerse por concubina "*ninguna mujer que sea su parienta ni su cuñada hasta el cuarto grado*"; e) no generaba descendencia legítima.

Uno de los principales problemas que presentará el escenario jurídico de la época, será la diferenciación e identificación correcta de las estructuras familiares, esto debido a una difusa

---

<sup>216</sup> Barrientos G. J., "Literatura Jurídica Indiana de derecho privado", en Revista de Historia del Derecho Privado, N° II, 1999, p.70.

<sup>217</sup> Aparecen reguladas en Las Siete Partidas específicamente en las partidas 4,14,1, esta señalaba bajo la denominación: "*De las otras mujeres que tienen los hombres que no son de bendiciones*", lo siguiente: Ley 1: *Ingenua mulier es llamada en latín toda mujer que desde el nacimiento fue siempre libre de toda servidumbre y que nunca fue sierva. Y esta tal puede ser recibida por barragana según las leyes, bien que sea nacida de vil linaje o en vil lugar, o se mala de su cuerpo o no. Y tomó este nombre de dos palabras, de barra, que es de arábigo, que quiere tanto decir como fuera, y gana que es de ladino, que es por ganancia; y estas dos palabras juntas en uno quieren tanto decir como ganancia que es hecha fuera de mandamiento de la iglesia, y por ello los que nacen de tales mujeres son llamados hijos de ganancia. Otrosí puede ser recibida por tal mujer también la que fuere liberada, como la sierva.*

*Ley 2: Comunalmente, según las leyes seglares mandan, todo hombre que no fuese impedido por orden o casamiento puede tener barragana sin miedo de pena temporal, solamente que no la tenga virgen ni se menor de doce años, ni tal viuda que viva honestamente y que sea de buen testimonio...*

<sup>218</sup> Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, edición revisada por G. García Cantero y J. M. Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1982, pp. 86 y 90.

delimitación entre todos los modelos existentes. Debemos recordar que incluso el matrimonio se configura como una unión de carácter consensual exenta de formas, por lo que la distinción entre esta unión y la barraganía estará sujeta a factores subjetivos de compleja percepción. Esto dependerá tanto de la existencia de la “ *affectio maritalis*”, como de otros elementos vinculados a la posición social de la mujer<sup>219</sup>.

De esta manera, al momento de la independencia de Chile las uniones libres aparecen reguladas jurídicamente en detalle. La propuesta establece distintos regímenes en consideración al “*status*” de las personas que integran la pareja. El esquema asociado a las estructuras familiares reconocidas jurídicamente en la época se puede reducir a: a) matrimonio eclesiástico como régimen preferente; b) barraganía o concubinato regulado secundariamente y no sancionado; c) simples uniones de hecho no reguladas y; d) el amancebamiento, como unión libre prohibida y penada por la Ley<sup>220</sup>.

Ente este escenario la iglesia solo reconocerá como válido el matrimonio eclesiástico, promoviendo la eliminación de todas las demás uniones mediante penas que inicialmente estarán en el Derecho Canónico, pero que luego se incorporarán al Derecho general. Esta cuestión se materializará con el Concilio de Trento, instancia que se integrará como Ley del Estado mediante la Real Cédula de 12 de julio de 1564 de Felipe II<sup>221</sup>. Paralelamente se impondrá el matrimonio religioso como único medio válido, modificando el sentido de las uniones no matrimoniales en el Derecho.

Mientras la doctrina cristiana asimilará el concubinato al adulterio, considerando ilícita toda relación sexual fuera del matrimonio, fijando diversas sanciones para quienes infrinjan lo establecido. Pese a lo precedente, el clero durante este período tolerará ciertas uniones libres, pero realizará grandes esfuerzos para incorporarlo dentro del régimen matrimonial. En este

---

<sup>219</sup> Véase al respecto: Aznar Gil, F., “Penas y Sanciones contra los matrimonios clandestinos en la península ibérica durante la baja edad media”, en Revista de estudios histórico – jurídicos, N° 25, 2003, pp. 189-230.

<sup>220</sup> Esta unión prohibida en todo el ordenamiento jurídico denominada amancebamiento, consiste en la unión de una persona que ha celebrado matrimonio con otro, ya sea soltero o también unido bajo el vínculo.

<sup>221</sup> Esta concederá al Capítulo Tametsi de la Sesión XXIV del Concilio de Trento el carácter de Ley del Estado.

sentido, para que opere esta permisividad resultará indispensable el carácter monógamo de las relaciones, aspecto considerado esencial para efectos de determinar la filiación<sup>222</sup>.

Esta actitud de rechazo de parte de las autoridades eclesiásticas, llevará a que exista una clara tendencia a catalogar como amancebamiento cualquier convivencia no matrimonial. Esto existía aún tratándose de la figura de la barraganía, toda vez que para ellos ambas situaciones carecían de legitimidad<sup>223</sup>. Como prueba de esto, Dougnac menciona un expediente del arzobispado de Santiago de 1789 respecto de una pareja de convivientes ambos solteros, quienes serán condenados y excomulgados por esta razón<sup>224</sup>.

Respecto al tratamiento jurídico de estas uniones en el Chile independiente, podemos identificar tres períodos no delimitados claramente, ya que algunos de ellos se sobrepone actuando simultáneamente. Estas etapas corresponden a: a) las uniones libres como una realidad extralegal; b) una etapa de construcción jurisprudencial y; c) un período de reconocimiento legal, inicialmente con regulaciones aisladas y concluyendo con la dictación de la ley en estudio<sup>225</sup>. Intentaremos caracterizar cada uno de estas a partir de sus elementos basales.

Debemos destacar que entre 1818 y 1925 regirán en el Derecho chileno un número de cinco Constituciones, en todas ellas nuestro orden se declarará como católico, apostólico y romano, aspectos que tendrán injerencia en la realidad familiar nacional. Recordemos que tal como hemos señalado, la iglesia rechazará cualquier unión fuera del sacramento matrimonial<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> Reina, V., “Uniones de Hecho: Perspectiva Histórica”, en Uniones de Hecho, coord. J. Martinell et alii, Ediciones de la Universitat de Lleida, 1998, p. 17.

<sup>223</sup> Sobre la aplicación de la figura de amancebamiento durante la colonia en Chile véase: Rebolledo, R., “El Amancebamiento como falta al Sistema Incipiente de Disciplinamiento Social: Talca en la Segunda mitad del Siglo XVIII”, en Revista Atenea 491, I semestre, 2005, pp. 99 -112.

<sup>224</sup> Dougnac, A., *Esquemas del Derecho de Familia Indiano*, Ediciones del Instituto de Historia de Derecho Indiano Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago, 2003, p. 12.

<sup>225</sup> Barrientos G., J., *De Las Uniones...*, cit., p.5.

<sup>226</sup> El fundamento de esta posición es posible resumirla en la idea del actual Papa Francisco quien explica: “*El matrimonio cristiano, reflejo de la unión entre Cristo y su Iglesia, se realiza plenamente en la unión entre un varón y una mujer, que se donan recíprocamente en un amor exclusivo y en libre fidelidad, se pertenecen hasta la muerte y se abren a la comunicación de la vida, consagrados por el sacramento que les confiere la gracia para constituirse en iglesia doméstica y en fermento de vida nueva para la sociedad. Otras formas de unión contradicen radicalmente este ideal, pero algunas lo realizan al menos de modo parcial y análogo*”. Papa

Esta posición se ha mantenido hasta nuestros días<sup>227</sup>, aún cuando se observa cierta flexibilidad frente al acoplamiento ineludible de la realidad<sup>228</sup>. Esto quedará plasmado en la historia de la Ley N° 20.830<sup>229</sup>.

Con posterioridad a la declaración de la independencia nacional se dictarán una serie de normas denominadas Leyes Patrias, estas comprenderán todas las normas dictadas con anterioridad a la promulgación del Código Civil de 1857. Dentro de estas leyes se encuentra la denominada Ley de Matrimonio de disidentes o no católicos que se dicta el 24 de agosto de 1844. Mediante esta norma se permitirá a quienes no profesen la religión católica a celebrar el matrimonio, manteniendo la exclusividad de la jurisdicción eclesiástica para este efecto. Esta Ley no realizará ninguna referencia a las uniones no matrimoniales, conservando su situación al margen del Derecho, y más cercana al rechazo, cuestión que influirá también en la opinión de la doctrina de aquellos tiempos<sup>230</sup>.

---

Francisco, Exhortación apostólica de S.S. Francisco, *Amoris laetitia*, Sobre el amor en la familia, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2016, pp. 228-230.

<sup>227</sup> Aún en el año 1981 mediante el documento “*Familiaris Consortio*” de la Iglesia se establecen las siguientes uniones como irregulares: a) el matrimonio a prueba; b) las uniones libres; c) los católicos casados sólo por lo civil; d) los separados y divorciados no casados de nuevo, y e) los divorciados casados de nuevo.

<sup>228</sup> Aun cuando durante este siglo se ha observado un cambio relativo en la posición de la iglesia, sin que esto llegue a significar un cambio estructural de sus dogmas sino solo prudencia en el actuar. Así el Papa Francisco ha señalado: “*Los Padres también han puesto la mirada en la situación particular de un matrimonio sólo civil o, salvadas las distancias, aun de una mera convivencia en la que, «cuando la unión alcanza una estabilidad notable mediante un vínculo público, está connotada de afecto profundo, de responsabilidad por la prole, de capacidad de superar las pruebas, puede ser vista como una ocasión de acompañamiento en la evolución hacia el sacramento del matrimonio»*” Papa Francisco, *Amoris laetitia*..., cit. n. 407, p. 230.

<sup>229</sup> Durante la tramitación del entonces proyecto de Ley el representante de la Conferencia Episcopal de Chile señalaba: “*Hemos expresado en diversas oportunidades nuestro pensamiento sobre la inconveniencia de legislar acerca de las uniones de hecho en nuestra Patria. Lo ha hecho la Iglesia a nivel universal. Lo hemos hecho en conjunto con las demás confesiones cristianas presentes en nuestra patria. Hemos dado razones fundadas para sostener nuestro pensamiento. Pedimos a quienes han sido llamados por el pueblo a darnos leyes que escuchen esas opiniones y a quienes tiene opiniones diversas, que aprendan a respetarlas*”. Primer Informe de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regulan el Acuerdo de Vida en Pareja. Senado. Fecha 11 de diciembre, 2013. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 80. Legislatura 361.

<sup>230</sup> Un ejemplo, lo encontramos en la opinión de Valentín Letelier en un texto del año 1919, indicaba: “*Al contrario, en los pueblos más atrasados, el matrimonio es un estado de hecho, sin carácter jurídico, de duración precaria e indeterminada, que se crea y resuelve por la sola voluntad del marido. Como quiera que en dichos pueblos el estado conyugal se constituye por la simple cohabitación, no hay diferencia alguna entre el matrimonio primitivo y las uniones precarias que en los pueblos cultos llamamos concubinaje o amancebamiento*” Letelier, V., “*Génesis del Derecho*”, cit., p.50.

En esta secuencia el Código Civil de 1857 se conformará como la gran obra legislativa nacional fruto del genio del jurista Andrés Bello. Su creación marcará la realidad jurídica no solo del país sino de gran parte de América Latina en el contexto del Derecho privado. Sin embargo, su injerencia en el Derecho de familia será menor, prueba de ello son las continuas modificaciones de la que ha sido objeto desde su inicio. Proceso que ha provocado que en la actualidad haya sido vaciado prácticamente de la totalidad de su propuesta original.

El Código se caracterizará por su fidelidad al antiguo Derecho monárquico, sin perjuicios de algunas nuevas orientaciones que incorporará<sup>231</sup>. Desde esta perspectiva “*se sirvió el legislador de los códigos modernos de su época, pero sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país*”<sup>232</sup>. El Código en la regulación de la persona y la familia mantendrá vigente en gran parte el antiguo régimen jurídico, que durante el período indiano recibirá la denominación de patronato<sup>233</sup>. De ahí que en general en materia de familia, no se observen grandes cambios en relación al período que lo antecede.

Según Tapia las principales características de la Familia fijada en la propuesta original del Código Civil se reducían a lo siguiente: a) modelo familiar constituido exclusivamente por el matrimonio religioso; b) las uniones de hecho eran ignoradas por el Derecho privado c) el marido, como monarca absoluto de la familia; d) la sociedad conyugal era el único régimen de bienes autorizado; e) las relaciones de filiación sólo tenían su origen en el matrimonio o en el reconocimiento voluntario de los padres; f) los hijos naturales eran excluidos de la sucesión intestada por los legítimos y carecían de patria potestad<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> Guzmán, A., “*El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes*”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N°1, 1992, p.87

<sup>232</sup> Alessandri, A. y Somarriva, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Nascimento, 1961, p.19.

<sup>233</sup> Según Salinas existiría una diferencia sustancial en cuanto “*mientras el patronato indiano había sido una concesión pontificia, el patronato consagrado en esta Constitución era tan sólo una situación de hecho asumida por las autoridades chilenas unilateralmente*”. Salinas, C., *El Influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 21.

<sup>234</sup> Según Tapia a esto se agregaba otros aspectos como que “*El marido debía protección a la mujer y ésta obediencia al marido. La denominada potestad marital le otorgaba amplias facultades sobre la persona y bienes de la mujer*”. Tapia, M., *Decadencia y resurgimiento de los principios originales del Código Civil*, en Estudios de Derecho Civil, Volumen 2, p. 5, Cita Online: CL/DOC/716/2011.



Este Código sintetizará los paradigmas del Derecho castellano vigente en la época con escasos matices de los postulados del *Codex* francés<sup>235</sup>. No obstante, respecto a las uniones libres seguirá la propuesta de las ideas del *Codex*, es decir, mantendrá el silencio y su situación extralegal. Esto se conforma como un distanciamiento del Derecho castellano que como hemos indicado, trataba jurídicamente las uniones extralegales de variadas formas como un régimen secundario.

Esta posición no se menciona expresamente, pero se señala con claridad la adhesión de la propuesta al Derecho canónico. Prueba de ello, es el mensaje del ejecutivo con que se envía el proyecto al Congreso, en este se señala que “*El matrimonio que es válido a los ojos de la Iglesia, lo es también ante la ley civil...*”. En lo demás el Código solo se referirá a estas uniones mediante el uso alternado del concepto de barraganía y concubinato, sólo para relacionarlo a la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio. Esto último generalmente para negar derechos o atribuirles derechos menores.

En términos generales la propuesta contenida en el Código regulará a la familia como un anexo del ordenamiento de la persona, así la generalidad de las normas que regulan el matrimonio y la filiación aparecen en el libro I del texto. La familia jurídica se sostendrá únicamente en estas dos instituciones. Todo lo que no aparece inserto en el Código, entrará en un espacio de improvisación jurídica, desconociéndose si su omisión se debe interpretar como rechazo, o bien, solo representa una omisión.

Este escenario propiciará la vía jurisprudencial como vía de resolución a los problemas que se presenten frente al vacío legal. Para este efecto, se deberá improvisar acudiendo a cuestiones como la equidad o a los principios generales del Derecho. Quedando en definitiva su resolución afecta a los devenires de cada época, esto último justificará el inicio de un proceso de reconocimiento jurisprudencial de las uniones libres que persiste hasta nuestros días, el cual por su relevancia y vigencia desarrollaremos en detalle en el siguiente apartado.

---

<sup>235</sup> Señala Corral Talciani como influencia del *Codex* entre otras cosas “*la concepción del matrimonio institucional y burgués establecido*”. Corral Talciani, H., *La Familia en los 150 años del Código Civil chileno, en Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N°3, p.430.

Dentro de esta secuencia histórica en la regulación de las estructuras familiares en el Derecho nacional, el 10 de enero de 1884 se dictará la Ley de Matrimonio Civil. Esta tendrá como antecedente el conflicto presente entre el gobierno liberal de la época y las autoridades eclesiásticas. Esta reforma mantendrá su silencio respecto a otras formas de construir familias distintas al matrimonio. Sin embargo, su existencia tendrá indirectamente una gran influencia en el fenómeno de estas uniones a nivel nacional.

Esta Ley consagrará entre otras cosas la libertad para contraer matrimonio conforme a la ritualidad de la religión que profesen los contrayentes. Frente a esta situación la reacción del clero será de rechazo, llegando incluso a negarse a celebrar estos matrimonios<sup>236</sup>. Promoviendo entre sus feligreses la idea de no acatar la nueva norma, estimulando la conciencia de que el matrimonio religioso es válido por sí solo sin necesidad de un reconocimiento estatal<sup>237</sup>.

Este mandato de la autoridad eclesiástica mutará a una situación generadora de uniones libres, ya que producirán matrimonios nulos dejando a las parejas viviendo en concubinato, aumentando con esto considerablemente el número de uniones al margen del Derecho<sup>238</sup>. Este problema se ampliará luego con la dictación de la Ley N° 4808 en el año 1930, la cual establecerá la obligatoriedad de inscripción del matrimonio religioso ante el registro civil. Como contrapartida, esta misma Ley en su artículo 43 fijará un plazo breve para celebrar el matrimonio civil y una pena de multa para quien inscriba fuera de plazo<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> Esta Ley en su artículo transitorio N° 2° señalaba: “*En caso de que la autoridad eclesiástica se negare a la celebración del matrimonio, el juez de letras del respectivo departamento, procederá a dicha celebración con arreglo a las disposiciones de esta ley*”.

<sup>237</sup> En este sentido, el artículo primero de dicha Ley indicaba: “*El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no produce efectos civiles. Es libre para los contrayentes sujetarse o no a los requisitos i formalidades que perciba la religión a que pertenecieren. Pero no se tomarán en cuenta esos requisitos i formalidades para decidir sobre la validez del matrimonio, ni para reglar sus efectos civiles*”.

<sup>238</sup> Rossel S., E., *Manual del Derecho de la Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, p. 26.

<sup>239</sup> En lo sustancial esta norma indicará: Art. 43. “*Si se celebrare un matrimonio religioso sin que le haya precedido el matrimonio ante el Oficial del Registro Civil correspondiente, deberán los esposos contraer este último ante de expirar los ocho días siguientes a la celebración del primero, salvo el caso de impedimentos o prohibiciones legales.*

*Si no se cumpliere la obligación impuesta por el inciso anterior, el responsable será castigado con multa, a beneficio fiscal, de ciento a mil pesos. Si el matrimonio civil se efectuare después de los ocho días a que se refiere el inciso primero, pero antes de iniciarse el procedimiento criminal, el juez regulará prudencialmente la pena y hasta podrá remitirla...*”.

A partir de esta realidad la doctrina distinguirá las uniones libres existentes en la época entre concubinato directo e indirecto. Los primeros se refieren a la unión entre un hombre y una mujer que tienen relaciones sexuales y llevan una vida en común. Mientras, el concubinato indirecto consistirá en un matrimonio imperfecto, este es el caso del matrimonio celebrado solo en la forma religiosa, es decir que no ha sido reconocido por la Ley por no cumplir con todos los requisitos exigidos <sup>240</sup>.

En este devenir el principio canónico de que toda unión extramatrimonial debe ser rechazada, irá ganando espacio en la estructura jurídica lo que se materializará con la inclusión de sanciones por faltas religiosas en las leyes civiles. Este proceso tendrá su mayor expresión con la inclusión de la vieja figura del de amancebamiento extraída desde las Partidas e incorporada en en el Código Penal de 1875. Este señalaba en su título VIII “*De los ultrajes públicos a las buenas costumbres*”, en su artículo 381 que: “*El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo, i perderá el derecho de acusar a su mujer por los adulterios cometidos durante su amancebamiento. La manceba sufrirá la pena de destierro en cualquiera de sus grados*”<sup>241</sup>. Este delito de amancebamiento será recién derogado por la ley 19.335 de septiembre de 1994.

Para concluir esta secuencia de la normativa que fija las estructuras familiares en Chile, el 17 de mayo de 2004 se publicará en el Diario Oficial de la República de Chile la Ley N° 19.947 que fija el texto oficial de la nueva Ley de Matrimonio Civil. En su historia legislativa consta el intento de un grupo de legisladores por incorporar una regulación de las uniones de

---

<sup>240</sup> Somarriva, M., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Nascimento, Santiago, 1963, p. 170.

<sup>241</sup> El delito de Bigamia ya aparece incluido en la jurisdicción de los tribunales de la inquisición desde finales del siglo XVI. Cuya existencia aparece en América con el Tribunal de Lima en 1570.

hecho en su variable heterosexual, la propuesta no prosperó básicamente porque la Comisión consideró que su regulación respondía a una figura de naturaleza jurídica distinta<sup>242</sup>.

No obstante, será a partir de su existencia que surgirá indirectamente uno de los principales argumentos para lograr el reconocimiento y regulación de esta modalidad de familia. Esta Ley en su artículo primero sentará las bases normativas para un reconocimiento de otras estructuras familiares. Permitiendo modernizar el concepto de familia en el sistema legal, extendiéndola más allá de la familia matrimonial, indisoluble, heterosexual y con fines claramente reproductores. Durante su tramitación al discutirse el tenor de su texto, se desarrollará un debate respecto a la interpretación del concepto de familia presente en nuestro ordenamiento jurídico.

Este aspecto que ya estaba medianamente resuelto por la vía jurisprudencial, en cuanto los tribunales venían reconociendo progresivamente una noción amplia de la familia. Resultará clarificador y definitivo respecto al acogimiento en nuestro sistema jurídico del paradigma del pluralismo jurídico familiar. Esto quedará plasmado en el inciso primero de dicho artículo que indica: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”*.

Esta alusión al carácter principal del matrimonio, clarificará que su propósito será reconocer la existencia de otras estructuras familiares<sup>243</sup>. Esto servirá como fundamento para justificar la necesidad de elaborar un estatuto orgánico sobre uniones libres en Chile. Al mismo tiempo, dejará sin fundamentos la idea de un tratamiento de mínimos patrimoniales, existente hasta la fecha por la vía jurisprudencial. Por el contrario, expresará la obligación del Estado de

---

<sup>242</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en segundo trámite constitucional que establece la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. Boletín 1759-18., pp. 95-97.

<sup>243</sup> El concepto *“principal”* fue agregado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con el propósito de no excluir a familias cuya causa constitutiva no fuera el matrimonio. Así se dejará cuenta de acoger las opiniones de los senadores Viera Gallo y Chadwick de no excluir otras formas familiares. En específico, el senador Viera Gallo señalaba al respecto: *“morigeraría aquella que afirma que el matrimonio es la base de la familia, porque la legislación más moderna como la jurisprudencias, desde hace tiempo, se ha hecho cargo de que hay familias que no surgen del matrimonio”*. Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto Ley de Matrimonio Civil, 15 de diciembre del 2003.

proteger a la familia en clave igualitaria, lo que dará paso al fin de siglos de exclusividad de del modelo matrimonial como familia en el Derecho.

En lo concreto este camino abrirá las puertas para la dictación de la Ley N° 20.830, que consagrará en el sistema jurídico el reconocimiento de la naturaleza familiar a las parejas no matrimoniales. A partir de esto nos centraremos en el estudio de la propuesta orgánica contenida en la Ley. En primer lugar, desarrollaremos los lineamientos de tipo ideológico valóricos que su inclusión representa en el ámbito del Derecho nacional. El propósito será clarificar el sentido de la propuesta, considerando que el resultado ha sido el fruto de una reflexión comparativa en la que se tuvo a la vista gran parte de las experiencias del Derecho comparado. Mientras, en los apartados siguientes desarrollaremos los mecanismos incorporados desde la técnica legislativa asumida.

La Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil fue promulgada el 13 de abril del 2015 y publicada con fecha 21 de abril del 2015. Conforme lo señala el artículo primero de sus disposiciones transitorias, este comenzó a regir seis meses después de su publicación en el Diario Oficial. Según la secuencia de la historia de la Ley esta tendrá su origen en el proyecto legislativo denominado Acuerdo de Vida en Pareja (AVP) que fue ingresado a tramitación por mensaje presidencial el 17 de agosto de 2011 (Boletín N° 7873-07). Dentro del proceso de tramitación legislativo debido a su similitud se ordenará la fusión con otro proyecto legislativo presentado anteriormente denominado Acuerdo de Vida en Común (Boletín N° 7.011-07)<sup>244</sup>.

La propuesta legislativa del AVP se presentó dentro de un marco político-social que favoreció su buen desarrollo, a diferencia de una serie de proyectos anteriores cuya

---

<sup>244</sup> Este proyecto se originó en la moción del Senador Allamand, con fecha 29 de junio del 2010. Anteriormente, se habían presentado otros proyectos proponiendo regular la misma materia, estos no prosperaron en su tramitación. Entre estos se encuentran: el primer proyecto se presentó el 10 de julio de 2003 buscaba regular las uniones entre parejas del mismo sexo. El proyecto se denominaba "*Ley de Fomento de la no Discriminación y Contrato de Unión Civil Entre Personas del Mismo Sexo*". El segundo proyecto lo presentó un grupo de diputados del partido socialista, este se denominaba "*Pacto de Unión Civil*". Si bien, ninguno de estos prosperó varias de las ideas que conformaban su propuesta serán finalmente acogidas en la Ley N° 20.830.

tramitación no llegaron a buen puerto<sup>245</sup>. Las condiciones que contribuyeron a su buen término podemos resumirla en: a) el compromiso asumido por los diversos sectores políticos de apoyar el proyecto. Principalmente debido al factor sociológico asociado al elevado número de ciudadanos que declaraban convivir sin matrimonio; b) la presentación del proyecto por el sector político, que siempre ha representado la mayor oposición a la regulación de la convivencia no matrimonial y homosexual; c) la presión del colectivo homosexual, y el compromiso de concederles una forma de regulación jurídica sin que ello conlleve acceso al matrimonio; d) finalmente, la realidad en el Derecho comparado latinoamericano, en cuanto al progresivo reconocimiento no solo de pactos civiles sino también del matrimonio igualitario<sup>246</sup>.

Su consagración significará dos novedades relevantes en el sistema jurídico nacional en el ámbito de la familia. Por primera vez, se incorporará al sistema legal un tratamiento orgánico de las uniones libres en la historia del Derecho nacional. Segundo, se constituirá como el primer cuerpo legislativo que incorporará un reconocimiento jurídico expreso a las uniones afectivas homosexuales, antes en el sistema no existía ninguna norma de esta naturaleza respecto a este segmento de la población<sup>247</sup>. En ambos casos, el proyecto se desarrolla bajo el amparo de reconocerles la naturaleza de familia a estas uniones.

---

<sup>245</sup> Varias mociones legislativas se presentaron durante los últimos 20 años, de estas varias terminaron archivadas y otras siguieron en tramitación. La primera de ellas fue ingresada el 15 de octubre de 2003 (Boletín 3377-03), fue archivado luego de dos años sin tramitación. Luego, más de ocho proyectos legislativos correrán distinta suerte. A modo de ejemplo, la tramitación de dos proyectos de ley que buscaban la regulación de las uniones de hecho en Chile, proyectos signados como Boletines 4153-18 y 4187-18, en informe de la comisión de familia, recaído en dos proyectos de ley que establecen regulación para las uniones de hecho, Cámara de Diputados, 26 de junio del 2009.

<sup>246</sup> Como se indicó, la totalidad de los países latinoamericanos han regulado las uniones de hecho con diferentes intensidades y técnicas jurídicas. Existen cinco países que han incorporado el matrimonio homosexual estos son Argentina (Ley Nacional N° 26.618), México (Ley de alianza entre personas del mismo sexo, 21/12/2009), Uruguay (Ley de Matrimonio Igualitario, 10/04/2013), Brasil, mediante la resolución del Consejo Nacional de Justicia del 14 de mayo del 2013; mientras que en Colombia el 28 de abril del año 2016 la Corte Constitucional dio validez a la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>247</sup> Según Tapia esto resulta coincidente con un cambio en la percepción social sobre la homosexualidad, esto se inserta en un cambio general de las costumbres sociales. Cita como antecedentes de esta transición una serie de datos estadísticos respecto a la aceptación de la homosexualidad y del matrimonio homosexual en Chile. Tapia, M., *Regulación de las Convivencias y la Homosexualidad*, en Parejas Homosexuales. ¿Unión Civil o Matrimonial?, coord. Gómez De La Torre, M., Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 97 -98.

Según la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema es posible definir el inicio del reconocimiento legislativo de las uniones libres en Chile con la dictación de la ley N° 9293 de febrero de 1949<sup>248</sup>. A partir de esto, sólo existirá una ocupación menor y fragmentada, mediante la dictación de una serie de leyes que en forma aislada darán inicio a un reconocimiento jurídico residual. Un claro ejemplo, lo encontramos en la incorporación de la convivencia dentro del tipo penal del parricidio<sup>249</sup>. También en su inserción en el contexto de la regulación de la violencia intrafamiliar<sup>250</sup>.

En forma simultánea a todo este proceso razones de equidad y la necesidad de respuesta llevarán a los tribunales a la búsqueda de soluciones frente a este vacío normativo. Esta construcción jurisprudencial vigente hasta nuestros días, logrará crear lineamientos relativamente homogéneos en la búsqueda a problemas principalmente de tipo patrimonial presente en estas parejas. Todo esto en un margen ajeno a la naturaleza familiar que descansa detrás de estas uniones.

En este sentido indica Turner, que una vez aceptado el rol de familia de estas uniones la visión jurisprudencial con sentido patrimonial propia del Derecho de las obligaciones, se torna insuficiente reclamando la institución para sí un estatuto particular<sup>251</sup>. La relevancia de

---

<sup>248</sup> Esta modifica los artículos de la ley 5.750, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias<sup>248</sup>. Incorporando el Artículo 14 a dicha Ley, bajo el siguiente tenor: "*Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, y los que sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación*"

<sup>249</sup> El artículo 390 del Código Penal de acuerdo con la redacción que le diera el artículo 21 letra b) de la Ley 20.066, de 7 de octubre de 2005, señala: "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado". Para efectos de su aplicación ha representado cierta dificultad la circunstancia de que todos los términos están definidos legalmente, excepto el de conviviente. Sobre esta materia Barrientos, J., "*Sobre la noción de 'conviviente'...*", cit., p. 191.

<sup>250</sup> En este sentido ver: Viera Álvarez, C., "El Concepto de Familia y la Unión Civil de Personas del Mismo Sexo Comentario de Jurisprudencia a la Aplicación de la Ley de Violencia Intrafamiliar", publicado en revista Nomos Universidad de Viña del Mar - N° 1, 2008, pp. 199-205. También Scheechler, C., "El cónyuge y el conviviente en el código penal chileno: perspectivas de un tratamiento (dispar) desde la ley de violencia intrafamiliar", publicado en: Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° Año 2, N° 11, Año 2012, p. 25, Cita Online: CL/DOC/1179/2013.

<sup>251</sup> Turner, S., "*Uniones de hecho...*", cit., pp. 167-176. Postula que una vez determinada la obligación del estado sobre la familia basada en el hecho de la convivencia, resulta imperativo la protección del Estado y el deber de fortalecimiento. En caso contrario si solo se sostiene la matrimonialidad de la familia, las cuestiones de relevancia jurídica que generen las uniones afectivas no matrimoniales deberían ser resueltas por medio de

este método, su vigencia aún después del estatuto y la necesidad de un ajuste en sus cánones, nos ha llevado a su análisis detallado en los capítulos siguientes.

En resumen, es posible concluir que al momento de entrar en vigencia el nuevo estatuto no existía en Chile un tratamiento uniforme en el valor asignado a estas uniones. Por un lado, se les equiparaba para determinados efectos al matrimonio; pero al mismo tiempo se desconoce su capacidad de producir efectos jurídicos plenos como fenómeno jurídico familiar. Esto último, se manifestará en una regulación deficiente y por consiguiente en un escenario de inseguridad jurídica.

A partir de la propuesta de la Ley N° 20.830 es posible deducir un contenido de tipo valórico-filosófico, desprendido principalmente del proceso de elaboración legislativo de la norma. Esto generalmente observable en el tránsito desde la propuesta original hasta la norma definitivamente aprobada. Este proceso persigue que la construcción legislativa alcance sus objetivos dentro del marco fijado en las bases de los sistemas democráticos, todo con una técnica jurídica que favorezca su eficacia.

Como señalamos un primer alcance permite postular que esta reforma viene a dar eficacia a la obligación del Estado de proteger y fortalecer la familia generada al margen del matrimonio. Si bien, esta posición no es una cuestión pacífica a nivel doctrinal<sup>252</sup>, será el propio proyecto el que asuma esta propuesta ideológica de manera explícita en su mensaje, expresando lo siguiente: *“tal como señalamos en nuestro programa de gobierno, la familia se manifiesta a través de distintas expresiones”*. Continúa señalando en el mismo sentido, *“pero además, existen otros grupos familiares, como los monoparentales, los de familias extendidas, los formados por las parejas de convivientes y aquellos formados por parientes consanguíneos”*<sup>253</sup>.

---

la aplicación de principios jurídicos no específicos del Derecho de familia y de ámbitos particulares de la legislación.

<sup>252</sup> Es de la opinión contraria H. Corral, *Familia y Derecho*, Universidad de Los Andes, Colección Jurídica, 1994, pp. 140-150. También en Rodríguez, M., “Desafío del derecho de familia para el año 2014”, en *La Semana Jurídica*, Volumen 84, p. 8.

<sup>253</sup> Informe sobre Historia de la Ley N° 20.830 que crea el acuerdo de Unión Civil, p. 4.



Esto responde a un proceso socio- jurídico que ha modificado progresivamente la visión unívoca y normativa de la familia en Chile. Este paradigma no busca establecer un modelo estándar de relaciones familiares por el contrario pretende abrir espacios para los diferentes proyectos de vida y convicciones morales. Esta idea que distancia el control del Estado de la vida privada de las personas, todo dentro de un contexto de tolerancia y democratización de las estructuras normativas.

En esto tendrá relevancia el paradigma aperturista del pluralismo jurídico familiar, relevando la importancia que la práctica jurídica reconoce al derecho a la libre determinación o a la dignidad de las personas, para optar por el modelo que mejor se acomode a su proyecto de vida. El resultado de este ejercicio incrementará las opciones de las elecciones individuales en los espacios privados, generando una apertura de costumbres y hábitos de grupos minoritarios. Efecto propio de la consagración efectiva de los Derechos Humanos que caracteriza el Derecho del siglo XXI.

La consagración de este proceso será el resultado de un diálogo profundo, a ratos exclusivamente moralista y en otros de técnica jurídica, producto de las múltiples convicciones históricamente presentes al tratar la familia. Al final de este proceso, se obtendrá un producto que es el fruto de armonizar el contrapunto existente entre la intención inicial presente en el proyecto y una estructura legislativa acorde a sus propósitos. Esto último moldeado entre posiciones conservadoras que buscan proteger el legado histórico presente en nuestras normas y, una tendencia progresista tendiente a la apertura tutelada por los tratados internacionales de Derechos humanos.

Lo anterior es posible sostenerlo al analizar la propuesta original del proyecto de AVP y su transición hasta el AUC. Así el proyecto en su origen se fundamentaba en un mensaje de profundas convicciones aperturistas, pero reducido a una estructura de mínimas concesiones. Primero, no existía un reconocimiento a la naturaleza familiar de estas uniones, más allá, de

lo señalado en su mensaje. En su contenido, este se restringía exclusivamente a establecer un orden económico para estas parejas, guardando una clara distancia con el matrimonio<sup>254</sup>.

Esto expresaba una clara contradicción con el fundamento explícitamente señalado en su intención, sin embargo, las convicciones sociales reinantes derivarán en que se concluya en un sentido completamente adverso; de tal manera, que durante su tramitación será posible reconocer la transición entre dos veredas opuestas. Son varios los ejemplos que dan cuenta de esta mutación, primero se dotará al pacto de la facultad de conferir un estado civil a los convivientes legales, otorgando facultades al registro civil para la inscripción del vínculo<sup>255</sup>. Reafirmando luego al conferir competencia al juez de familia como tribunal competente para resolver los litigios que se susciten<sup>256</sup>.

Esta idea de reconocer en estas uniones la conformación de un nuevo estado civil se inserta dentro de aquellos que la doctrina ha denominado como estados civiles o condiciones personales emergentes, Así Solé las define como situaciones que se consideran en un creciente número de leyes que otorgan importantes efectos civiles a diversas relaciones de convivencia entre personas, o que otorgan una especial protección a personas en las que confluyen una determinada características o circunstancias<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Al respecto el manesaje presidencial con que se envía el proyecto de AVP para su tramitación en el congreso indicaba: “*Al proceder de esta manera lo hacemos honrando una convicción muy profunda de nuestro gobierno, en el sentido de que el matrimonio corresponde a un contrato que por su naturaleza, debe ser celebrado entre un hombre y una mujer. Convicción que quedó claramente plasmada en el programa de gobierno de la Coalición por el Cambio, que literalmente señala que “el matrimonio, por esencia, es la unión entre un hombre y una mujer que se complementan para formar un hogar”*”.

<sup>255</sup> Debemos recordar que el concepto de estado civil según criterio mayoritario de la doctrina se encuentra asociado a las relaciones de familia. Así se ha definido como “*la posición permanente que un individuo ocupa en la sociedad, en orden a sus relaciones de familia, en cuanto le confiere o impone determinados derechos y obligaciones civiles*”. Alessandri, A. et alii, *Tratado General de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago, 1998, p. 433. Un trabajo en profundidad véase en: Goldenberg J., “Una propuesta de reconstrucción del sentido original del estado civil en el Código Civil chileno”, en *Revista de estudios históricos jurídicos*, N°.39, Valparaíso, Aug. 2017, pp. 299-328.

<sup>256</sup> Ambos aspectos no formaban parte del proyecto originalmente presentado denominado Acuerdo de Vida en Pareja, el cual tenía una clara una orientación de carácter patrimonial. No reconocía estado civil y solo se celebraba ante notario público. Mientras que un juez de letras sería inicialmente competente, instancia judicial caracterizada por conocer de negocios de carácter patrimonial. Esto en un esquema que pretendía distanciar la posibilidad de justificar la necesidad de legislar sobre el matrimonio igualitario.

<sup>257</sup> La autora incorpora dentro de este concepto de condiciones personales emergentes a las Leyes que regulan las uniones estableces homosexuales y heterosexuales; las leyes sobre otras situaciones de convivencia como la antigua Ley catalana 19/1998 de 28 de diciembre. En cuanto ambas incorporarán un nuevo estatuto jurídico

En este nuevo estado de pluralidad de estructuras familiares formalmente reconocidas, surgirá la interrogante respecto si esta inclusión fijará un deber para el Estado de proteger en un plano de igualdad a todas las expresiones familiares, o por el contrario si existen razones para un desarrollo diferenciado de cada una de ellas. Descifrando con ello cual es la orientación de nuestra Constitución sobre la materia. En el mismo sentido, involucrará determinar que alcance jurídico tiene la designación normativa de definir como principal a la familia matrimonial.

Una primera posición abogará porque nuestro ordenamiento establece un trato equitativo entre todos los modelos familiares. Desde esta mirada, el Estado se presenta como neutral frente a la funcionalidad que cada modelo representa, permitiendo que cada individuo se conforme como un fin en sí mismo, y no como un medio para los fines de la colectividad. Como señala Bobbio, esta concepción individualista significa “*que primero está el individuo, se entiende, el individuo singular, que tiene valor por sí mismo, y después está el Estado, y no viceversa. Que el Estado está hecho para el individuo y no el individuo para el Estado*”<sup>258</sup>.

Esto se contraponen a las teorías que anteponen el bienestar del Estado o de la colectividad mediante el control de los individuos en las esferas privadas. Desde este plano al Derecho de familia no le corresponde la tarea de estructurar normativamente un modelo de vida preferente por sobre otros. Por el contrario, como indicamos en la primera parte de este trabajo, su función es tutelar en un plano de igualdad y respeto, la libertad de cada persona para configurar su modelo de familia dentro de las limitaciones existentes en el ordenamiento jurídico. Resultando injustificada la situación privilegiada del matrimonio por sobre otros estatutos.

En esta perspectiva existe una clara manifestación de la filosofía liberal individualista que impregna el modo de pensar en las sociedades postmodernas. Sus principios básicos giran en torno a la autodeterminación de la persona y su supremo derecho a la libertad. En virtud de

---

para la regulación orgánica de la convivencia. Solé Resina, J., *Derecho de la Persona Vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 94 y ss.

<sup>258</sup> Bobbio, N., *El Tiempo de los Derechos*, traducido por R. Assis de Roig, Editorial Sistemas, Madrid, 1991, p. 107.

ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que estos postulados “*configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como deber de los órganos del Estado*”<sup>259</sup>.

Dentro de este paradigma, lo más importante será la obligación de interpretar la Constitución conforme a la evolución social, esto es lo que se ha denominado la teoría del árbol vivo. Esto es posible entenderla como una teoría evolutiva definida como “*aquella inspirada en la necesidad de adaptación continua del derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etcétera). Por ello, esta doctrina sugiere a los intérpretes no practicar una interpretación fija sino, por el contrario, cambiar el significado del texto a la luz de las circunstancias y a la luz de sus sentimientos de justicia*”<sup>260</sup>.

De manera que la búsqueda del sentido de los conceptos que contiene la Constitución, se realizará en un contexto diverso al resto del ordenamiento jurídico. Así se ha señalado que no resultaría excluyente la historia o el sentido que se tuvo presente al momento de elaborar el concepto de familia constitucional. Si bien, esto nos podría orientar “*no nos obliga en lo presente ni en el porvenir. Sostener lo contrario es anquilosar la norma constitucional, que es intrínsecamente viva y adaptable a la realidad a la que se enfrenta*”<sup>261</sup>.

En contrario, se ha señalado que esta apertura del Derecho de Familia no significaría un trato equitativo entre todas las manifestaciones. Este argumento postula que la circunstancia de que la norma incorpore al matrimonio como la “*base principal de la familia*”, impondría un

---

<sup>259</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad deducido por Carlos Ominami Pascual respecto de los artículos 2331 del Código Civil y 40, inciso segundo, de la ley No 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, rol No 1185 (2008): Tribunal Constitucional de Chile, 16 de abril del 2009, considerandos 11 y 12.

<sup>260</sup> Martínez Dalmau, R., “Problemas actuales sobre la interpretación Constitucionales de los derechos”, en IUS Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. año X, N°. 37 enero-junio de 2016, PP 129-154p. 133.

<sup>261</sup> López Díaz, C, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2005., pp. 196 – 197.

trato preferencial de este instituto por sobre cualquiera de las demás manifestaciones<sup>262</sup>. Esta posición, también ha sido asumida por la Corte Suprema al resolver conflictos patrimoniales existentes al interior de una unión libre, cuando uno de los convivientes se encuentra unido en un matrimonio previo bajo el régimen de sociedad conyugal<sup>263</sup>.

En primer lugar, debemos desarrollar el sentido del concepto “*principal*” al que acude la Ley, encontrar su sentido nos deriva a dos caminos. Primero, al sentido expresado en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley expresado en el proceso de su construcción legislativa desde donde emana su fin. El segundo la orientación que nos provee su uso común, generalmente asociado al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Esto son los métodos de interpretación de Ley, fijado en nuestro propio ordenamiento conforme la práctica derivada del quehacer judicial.

Según el uso común este concepto es posible entenderlo como “*Dicho de una persona o de una cosa: Que tiene el primer lugar en estimación o importancia y se antepone y prefiere a otras*”<sup>264</sup>. Esto podríamos entenderlo como una alusión a la situación preferente del instituto matrimonial que permitiría posicionarlo en una situación favorable al momento de considerar su tratamiento jurídico, esto permitiría entre otras cosas reservar instituciones que no son posible de trasladar a las otras figuras, como la compensación económica o derechos derivados de la sucesión de uno de los convivientes. Por ejemplo, en el caso argentino que estableciendo uno de los modelos más actualizado en materia de uniones libres, reservó los derechos sucesorios exclusivamente para la institución matrimonial<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> Sobre esta noción Barahona indica que resulta obvio que entre la familia matrimonial y la convivencial, “*la constituida en torno al matrimonio debe privilegiarse, por mandato de la propia Constitución*”. Esto debido a que el inciso primero de la Ley no 19.947, no obstante reconocer implícitamente otros modelos de familia, asigna al matrimonio el carácter de “*base principal de la familia*”, reafirmando la expresión constitucional que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Barahona, J., “Concubinato y sociedad conyugal: conflictos jurídicos que derivan de una superposición”, en Anuario de jurisprudencia : una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas / Libertad y Desarrollo, 2005, p. 231.

<sup>263</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 4146-14, causa Estay Álamos Jorge con Díaz Fernández María, de 10 de diciembre de 2014.

<sup>264</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, actualizado al año 2017. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UBnRzW7> [visitado 24/05/2018]

<sup>265</sup> Ferrer sostiene que la reforma que incorpora nuevos modelos familiares en materia sucesoria mantuvo la situación sin variantes, ya que la ley no reconoce vocación hereditaria recíproca entre los convivientes. Ferrer, F., “Sucesión del Conviviente”, en DFyP, 2017, p. 150. También en LA LEY 22 de mayo del 2018. Cita Online: AR/DOC/2650/2017.

Desde la historia de la elaboración de la Ley, la conclusión es muy distinta ya que los antecedentes dan cuenta que el único propósito que se tuvo para incorporar el término fue dejar en claro que frente al matrimonio existían otras formas de construir familia. Así, se ha la propuesta inicial estaba redactada de la siguiente manera “*El matrimonio es la base de la familia*”, será en el Senado donde se agregará el término principal<sup>266</sup>. Una frase clarificadora para este contexto es la señalada por el senador Chadwick quien agregó que: “*La intención no es excluir otras formas de familia, sino recalcar que el matrimonio es la base de ella, la manera general de constituir una familia*”<sup>267</sup>.

Sin embargo, el valor de todos estos factores resulta secundario al analizar su posición en el ordenamiento jurídico en general. La disposición que contiene dicha norma es una Ley, esto implica en una estructura de jerarquías normativas que ocupa un lugar específico en el orden normativo. Aspecto que conlleva entre otras cosas, una equivalencia en su jerarquía respecto de la Ley 20.830 que fija el AUC. Pero lo más importante es que queda subordinada al mandato de la Constitución, incluidos en ella todo el bloque de constitucionalidad que traen consigo los tratados internacionales de Derechos Humanos. En esta línea incluso las orientaciones fijadas por los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos también implicarían una subducción de la Ley nacional, esto desde la perspectiva del denominado control de convencionalidad.

Estas ideas centrales en el Derecho actual implican una serie de tensiones, incluso entre normas jerárquicamente idénticas. Así resulta bastante habitual que existan conflictos entre normas superiores de igual jerarquía como resultado de la globalización del Derecho, aspecto que se traduce en la existencia de tratados prácticamente en todos los espacios de la actividad humana. Así es posible configurar una serie de escenarios posibles, al considerar que en la actualidad la familia se estructura sobre tres ejes como lo es la filiación, el AUC y el

---

<sup>266</sup> Barrientos, J. y Novales, A., *Nuevo Derecho Matrimonial...*, cit., pp. 15-18.

<sup>267</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en segundo trámite constitucional que establece la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. Boletín 1759-18.

matrimonio. Cada uno de ellos tiene su fuente en algún tratado internacional, espacio en el que debiera zanjarse la presente discusión<sup>268</sup>.

Otro elemento relacionado a esta discusión, es dilucidar si en nuestra Constitución aparece incorporado algún modelo familiar específico, o bien, si todas las referencias son a la familia sin distinción. Esto resulta relevante para legislar sobre otras uniones familiares distintas al matrimonio ya que podrían influir en el alcance que pueda darse a estos estatutos, traducido por ejemplo en cuestiones como el traspaso de la institucionalidad desde el matrimonio, o bien restringir y limitar la extensión de su regulación.

Sostenemos que la falta de referencia expresa de un modelo familiar en nuestra Constitución, junto a otros elementos complementarios, permitiría sostener la obligación del Estado por un trato igualitario entre todos los modelos, como una manifestación del deber del Estado de proteger a la familia sin distinción. En el caso de aquellos ordenamientos jurídicos que contienen una inclusión generalmente del matrimonio, se ha sostenido mayoritariamente una supuesta primacía de un modelo sobre otros. Este es el caso por ejemplo del Derecho italiano<sup>269</sup>, alemán<sup>270</sup> y español.

En el caso español este aspecto ha dado lugar a una profusa discusión tanto en sede doctrinal como jurisprudencial<sup>271</sup>. Así se ha señalado que, al existir referencia al matrimonio en la Constitución cuestión que no sucede respecto de otras estructuras familiares, justificaría no proyectar un mismo grado de protección. *“Así pues, las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente*

---

<sup>268</sup> Por ejemplo, cabe preguntarse en este escenario la situación de la familia monoparental y su relación con el principio del interés superior del menor. Este último ha sido aplicado como central y preferente en una serie de materias.

<sup>269</sup> La Constitución italiana de 1947 establece en su artículo 29 que “La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio.

*El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia”.*

<sup>270</sup> La Constitución de Alemania de fecha 23 de mayo de 1949, en su artículo 6º, número 1º, dispone: “*El matrimonio y la familia están bajo la protección especial del orden estatal”.*

<sup>271</sup> La Constitución española indica en su artículo 32 que: “*1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*

*2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.*

*de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual*<sup>272</sup>. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha mantenido una línea muy cercana a esta interpretación<sup>273</sup>.

Otro argumento a favor de nuestra posición es la orientación claramente humanista que impregna la base de nuestra norma superior, aspecto que nos permite interpretar que el enfoque de nuestro ordenamiento es siempre en clave igualitaria. Este es el lineamiento que el explica que los atributos básicos de la persona se encuentran consignados en el artículo N° 1° de la Constitución. Así sostenido el tribunal constitucional que este segmento *“es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del respeto de la preceptiva constitucional”*<sup>274</sup>.

Esto consagra el carácter de seres dignos, libres e iguales de todos los ciudadanos, caracterizando a cada persona como factor inherente que constitucionalmente se expresa en que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*. Estos valores rectores no configuran meras declaraciones programáticas, sino que constituyen mandatos expresos para el Estado. Por esta razón es posible sostener que la familia constitucionalmente protegida y formalmente desvinculada del matrimonio, justificaría la concesión de derechos a los convivientes<sup>275</sup>.

Asimismo, resulta posible entender como discriminatorias cualquier medida que teniendo como fin la protección de la familia, excluya la convivencia no matrimonial. Por esta vía, incluso es entendible que los efectos jurídicos previstos para el matrimonio puedan

---

<sup>272</sup> Deverda y Beamonte, J., “La Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana”, en Revista *Juris Tantum*, Revista Boliviana de Derecho, N° 19, 2015, p.773.

<sup>273</sup> Como ejemplos STC 93/2013, de 23 de abril. En la misma línea STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994.

<sup>274</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 48, del Ministerio de Salud, de 26 de enero de 2007, que “Aprueba texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” Acogido parcialmente, de fecha 19 de abril del 2008.

<sup>275</sup> Soto Kloss, da cuenta que si bien, la constitución tendría una inspiración en principios humanistas cristianos, nunca en el proceso de su elaboración existió la intención clara de expresar conceptos que eludieran directamente al matrimonio, pese a que concluya lo contrario. Soto Kloss, E., “Constitución y Familia” en Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 N° 2., 1994, pp. 217-225.



trasladarse a las parejas de hecho, tal como ha ocurrido en una cantidad importante de ordenamientos<sup>276</sup>. Quizás, este último aspecto es el más relevante de asumir una u otra posición en la medida que la negación de un trato igualitario permitiría impedir o restringir el trasladar la institucionalidad del instituto matrimonial a otras figuras.

Esto permitiría bajo el argumento jurídico que concede el derecho a la igualdad y la no discriminación, fundamentar el derecho a acceder a un matrimonio igualitario abriendo la institución al segmento de la población que no tiene acceso a una figura plena en derechos. *A contrario sensu* permitiría ratificar nuestra posición, en cuanto a que el AUC al trasladar toda la institucionalidad del matrimonio a su estatuto, estaría ratificando en general como familia a la pareja fuera del matrimonio en un plano de igualdad<sup>277</sup>.

Dentro del mensaje presidencial con que se remitió de AVP para su tramitación se expresaba que se reconoce a la familia *“en sus distintas expresiones (...) el lugar donde por esencia, los ciudadanos se forman, y reciben y dan amor, acogimiento y formación”*. En el mismo sentido continúa señalando: *“Desde siempre, ha sido en la familia donde se estructuran las primeras relaciones intergeneracionales, se enseñan y transmiten valores fundamentales para el desarrollo individual y la realización personal, como el amor, la lealtad, la gratuidad, la solidaridad, la laboriosidad y la cooperación; y se desarrollan las pautas morales y sociales de conducta”*. Esto nos permite adentrarnos en otra variable interesante que lleva implícito la regulación de la familia no matrimonial, esto es la reflexión respecto al porque de la ocupación del Derecho por este modelo.

Dicha declaración contiene lo que la doctrina ha denominado funciones estrategias de la familia, como aquellas razones que desde una mirada institucional justificarían la

---

<sup>276</sup> Así el Tribunal Constitucional Español justificaba la aplicación analógica de la institución matrimonial a las uniones de hecho de la siguiente manera: *“La interpretación del art. 58 de la L.A.U. no puede, en fin, ser restrictiva, alegándose que el supuesto de hecho de autos no está contemplado en el mismo, ya que las normas jurídicas han de interpretarse teniendo en cuenta los cambios sociológicos y constitucionales, y para ello es necesario tener en cuenta no sólo la literalidad del precepto sino la ratio legis y finalidad del mismo, ya que sólo así el Derecho puede cumplir el fin de servir a la justicia social”*. STC 222/1992 del 11 de diciembre de 1993.

<sup>277</sup> Durante la tramitación del proyecto de Ley se incorporarán figuras como la compensación económica, deberes personales como la asistencia mutua, los bienes familiares, el estado civil, la competencia del registro civil, la competencia del tribunal de familia.

preocupación especial por la familia por parte del Estado y el Derecho. Esto luego se traduciría en una regulación jurídica específica y su consagración a nivel constitucional. En ello se encontraría la razón la familia y el Derecho de Familia como segmento primario, debido a sus funciones en relación con la sociedad<sup>278</sup>.

Este discurso resulta habitual en la doctrina contraria a la regulación de las familias no matrimoniales en clave igualitaria. Esta arenga conforme a principios de racionalidad y realismo, argumenta que el reconocimiento de esta diversidad familiar deberá realizarse atendiendo las diferencias que presentan entre sí. Para este fin, se debe atender a la funcionalidad de cada unidad en el cumplimiento de ciertos fines útiles para la comunidad general. De manera que si las uniones libres no cumplen estas funciones de la misma manera que el matrimonio, esta diferencia justificaría un trato distinto en los derechos concedidos<sup>279</sup>.

Lo anterior ha llevado a parte de la doctrina a no reconocer valor, o bien, a darle un valor disminuido al elemento afectivo - sexual existente en este tipo de uniones. Una consecuencia de esta línea, sería la propuesta de no reconocer la capacidad de producir efectos jurídicos de manera directa a la convivencia como estructura familiar. Este mismo motivo constituye inspiración para postular que la preocupación que muestra el Derecho por este tipo de uniones carece de sentido, en cuanto estas relaciones de afectividad no comprometidas no despliegan todos sus bienes y virtudes en favor de toda la comunidad<sup>280</sup>. A su favor, suelen señalarse estudios que indican respecto de las convivencias bajas tasas de natalidad, poca estabilidad y poca duración.

---

<sup>278</sup> Martínez De Aguirre destaca en este sentido que *la familia está ligada* a la subsistencia de la sociedad, en cuanto posibilita el nacimiento de nuevos ciudadanos, y ofrece un marco adecuado para su desarrollo integral como personas y su integración armónica en el cuerpo social. “*Según sostiene estas son parte de las llamadas funciones estratégicas de la familia. La familia resulta ser una estructura de humanización y socialización barata, eficaz, al alcance de prácticamente cualquier ciudadano y por ello mismo masiva*”. Martínez De Aguirre, “*Nuevos Modelos de Familia...*”, cit., p. 714

<sup>279</sup> Viladrich, considera un signo de dictadura ideológica o de debilidad que el poder público trate de manera igualitaria a todas las expresiones familiares, sin considerar su contribución al bienestar social y al bien común general. Viladrich P., *La Familia*. Documento 40 ONG. Documento del instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Rialp, Madrid, 1994, p. 84.

<sup>280</sup> Corral, H., “*El acuerdo de Vida en Pareja...*”, cit., p. 4.

A partir de este lineamiento se aboga por la opción seguida por los ordenamientos jurídicos de los países escandinavos. Esto consiste en la creación de un estatuto regulador para las uniones no matrimoniales, cuyo fin es proporcionar a la parte más débil de la relación un mínimo de protecciones asociadas al momento de la disolución de la relación. Uno de los propósitos sería resguardar la figura del matrimonio, manteniendo en esta figura un estatuto integral<sup>281</sup>. Este será el modelo seguido inicialmente tanto en proyecto de AVP como en el proyecto de Acuerdo de Vida en Común con el que se fusionó.

En esto se encontraba la contradicción central del primitivo proyecto de AVP, en cuanto pese a reconocer en estas uniones la naturaleza de familia, su propuesta no respondía a este reconocimiento, o más bien, lo hacía segregando entre los diferentes modelos de familia. Al analizar la estructura del proyecto de ley, este no se diferenciaba sustancialmente de las soluciones planteadas a la fecha por la jurisprudencia. Conteniendo principalmente una regulación de los aspectos patrimoniales que derivan de la ruptura de la convivencia.

Esto implicaba una disminución de los derechos concedidos a cuestiones básicas, estableciendo entonces una familia de segundo grado frente a una familia matrimonial con plenos derechos, diferencia que como hemos señalado no encuentra una base ni jurídica ni sociológica. Este aspecto será finalmente corregido evitando una discriminación de trato entre dos expresiones familiares. Serán estas cuestiones las que serán modificadas durante su tramitación, concluyendo en la concesión de una serie de derechos derivados desde el instituto matrimonial a estas uniones, produciéndose un gran acercamiento entre ambas instituciones.

Este será además el principal fundamento que motivará el cambio en la denominación de la Ley, pasando del Pacto de Unión Civil que había sido propuesto en la Cámara de Diputados a la denominación final de Acuerdo de Unión Civil. Esto se justificará en que la palabra Pacto en el uso del Código Civil chileno tiene una connotación exclusivamente patrimonial. Por tanto, al considerar que la institución que se crea “*no solo es de naturaleza patrimonial, sino*

---

<sup>281</sup> García Rubio, M., “*Las uniones de hecho...*”, cit., p. 127.

*que también regula relaciones afectivas*”, a la Comisión Mixta no le pareció adecuado mantener la denominación pacto<sup>282</sup>.

En la experiencia del Derecho comparado esta falta de coherencia inicial del proyecto y la serie de contradicciones ha permitido extender la propuesta de regulación a cualquier convivencia, eliminando la necesidad de que estas relaciones sean exclusivamente de naturaleza afectiva-sexual. Esto a partir de la necesidad de eliminar cualquier clase de discriminación, generando una apertura amplia. Esto fue asumido en la regulación a las situaciones convivenciales creada inicialmente en la comunidad de Cataluña en España<sup>283</sup>.

Respecto a este enfoque Gavidia en contrario indica que debe distinguirse las relaciones de familia de otras uniones de afectividad, para esto ha de atenderse a los efectos jurídicos que lleva aparejada una relación interpersonal, en cuanto existe un contenido que es *“típicamente familiar jurídicamente hablando, esto en referencia a elementos como potestades, deberes de protección, derechos recíprocos, ventajas a cargo de terceros, restricciones a la autonomía de la voluntad, inhabilitaciones para evitar conflictos de intereses, etc.”*. Señala que es posible justificar la posición jurídicamente favorable en la posibilidad de procreación que representa tanto matrimonio como las uniones de hecho<sup>284</sup>.

Respecto a la propuesta que segmenta las distintas expresiones familiares se discute el sentido que el Derecho debe asignarle a esta corriente. Un primer argumento alude a razones de

---

<sup>282</sup> Se indicaba que el término pacto es utilizado en 34 ocasiones en el Código, en todas ellas relativas a aspectos de la misma índole. Otro argumento al que se aludió fue que la Cámara de Diputados tomó como referente, cuando recurrió a la nueva denominación, el pacto civil del Derecho francés. Lo que no consideró es que este en su origen tenía un carácter eminentemente patrimonial, sin regular relaciones afectivas. Intervención del Senador Felipe Harboe el 28 de enero del 2015, en Historia del Artículo 1 de la Ley N° 20.830, documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, p.4.

<sup>283</sup> Según el Libro II, Título IV del Código Civil Catalán (antiguamente se encontraba regulado en el art. 1° de la Ley 19/1998), establece un régimen sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua este estatuto es aplicable a *“Dos o más personas que conviven en una misma vivienda habitual y que comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, constituyen una relación de convivencia de ayuda mutua, que se rige por los acuerdos que hayan estipulado o, en su defecto, por lo establecido por el presente título.”*. Se reconoce de esta manera en forma expresa la posibilidad de ser titular de este pacto a quienes mantuviesen una relación de amistad o compañerismo.

<sup>284</sup> Gavidia Sánchez, J., *“La Unión Libre...”*, cit., pp. 1 -3

índole técnica jurídica, ya que ninguno de los fundamentos que la sostienen emanan de las bases del ordenamiento jurídico, y solo tienen un espacio secundario desde la interpretación doctrinal o jurisprudencial<sup>285</sup>.

En este sentido, consideramos que esta propuesta en el contexto actual resulta inviable, debido a que entra en contradicción esencial con los principios que inspiran las Constituciones modernas. Esta postura posiciona al hombre al servicio de los fines del Estado, siendo uno de las cuestiones esenciales sobre las que se elaboró nuestra Constitución. Esto se expresa en la “*La afirmación de que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y no nacen del reconocimiento que les brinde determinado Estado siendo, por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico*”<sup>286</sup>. Esto tal como indica nuestra Constitución concluye en que el Estado está al servicio de la persona y no viceversa<sup>287</sup>.

En este sentido el proyecto de AVP asumía claramente una posición cuando en el mensaje con el que se envía tramitación señalaba: “*la familia se manifiesta a través de “distintas expresiones”. Así, la familia tradicional o nuclear, que consta de madre y padre unidos por un vínculo matrimonial y sus potenciales hijos, corresponde a la expresión más estable, duradera y anhelada de familia en Chile que nuestro gobierno se ha comprometido a fomentar. Pero además, existen otros grupos familiares, como los monoparentales, los de*

---

<sup>285</sup> Martínez De Aguirre, dice si la convivencia y afectividad fueran efectivamente el fundamento y razón de ser del Derecho de familia, “*lo que no estaría claro es qué es lo que hace que el Derecho deba preocuparse (y con la intensidad, continuidad y universalidad con la que lo habría hecho) de las situaciones de convivencia y afectividad: qué es lo que hay en esas situaciones que impulsa a la sociedad y al Derecho a ocuparse de ellas*”. No sería suficiente la afectividad para constituirse en objeto de Derecho, indicando que en ningún sistema ni clásico ni moderno este elemento es relevante. Martínez De Aguirre, C. “*Nuevos Modelos de Familia ...*”, cit., p. 742-744.

<sup>286</sup> Memorandum dirigido por la comisión a la Junta de Gobierno el 26 de noviembre de 1973, bajo el título de “*Metas u objetivos fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República*” este indica los grandes principios que inspiraran su texto.

<sup>287</sup> La Constitución Política del Estado de Chile en su artículo 1º inciso 3 indica: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

*familias extendidas, los formados por las parejas de convivientes y aquellos formados por parientes consanguíneos”.*

Tal como se presentaba el proyecto planteaba un modelo de carácter proteccionista en el que se pretendía regular principalmente aspectos patrimoniales vinculados a la convivencia. Para esto proponía un sistema alternativo de menor jerarquía frente al matrimonio y, un enfoque parcial orientado principalmente al aspecto económico que provoca el término de la convivencia<sup>288</sup>.

El modelo inicialmente propuesto en el AVP se acercaba a la regulación que el sistema francés realizó inicialmente de las uniones de hecho en el PAC. Este estatuto que incorpora al Código Civil francés la regulación de estas uniones, se originaba bajo el mismo paradigma de establecer un marco regulatorio al que pudiesen optar voluntariamente los convivientes para regular su vida en común, mediante el establecimiento de un régimen contractual al que tienen acceso sin distinción parejas del mismo o distinto sexo<sup>289</sup>.

Su estatuto establecía como idea central el uso de la autonomía de la voluntad para que los convivientes pudiesen regular sus relaciones de carácter patrimonial. El proyecto inicial se distanciaba en este sentido de la regulación de aspectos personales, sin crear ninguna obligación de esta naturaleza tales como la modificación del estado civil, el cambio de nombre de los convivientes, ambas cuestiones que si ocurren en el matrimonio. Tampoco se establecían deberes de fidelidad ni referencia a las obligaciones de respeto mutuo, aún cuando

---

<sup>288</sup> De esta manera el artículo N°1 inciso segundo de su propuesta establecía: “...*El acuerdo solo generará los derechos y obligaciones que establece la presente ley y en ningún caso, alterará el estado civil de los contratantes*”.

<sup>289</sup> El PAC así planteado “*responde, al mismo tiempo, a la demanda de heterosexuales que podrían casarse, pero que no lo quieren, y a la demanda de homosexuales que quisieran casarse, pero que no pueden hacerlo*”. Su naturaleza jurídica en la propuesta original al estar desprovisto de efectos personales - que constituyen la esencia del matrimonio -, lo alejaban del matrimonio manteniendo estatutos diferenciados, evitando la idea de un matrimonio de segundo orden. Pero al otorgar a los concubinos un estatuto patrimonial, se asemeja a un régimen "matrimonial, de manera que *“el PACS constituye el “régimen matrimonial” de los concubinos*”. Grimaldi, M., “El Pacto Civil de solidaridad en el derecho francés”, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado 3, 01/12/2004, 71, p.2.

en esta materia se acude la a legislación de carácter especial que sanciona la violencia al interior de la familia<sup>290</sup>.

Este último aspecto es quizás una de las principales carencias que se pueden formular al producto final que derivó en el Acuerdo de Unión Civil. Esto en relación al poco espacio que se concedió a la autonomía de la voluntad de las partes para pactar las condiciones a las que someterán su relación, elemento asumido generalmente en el Derecho de familia actual. Por ejemplo, esta es la posición asumida en el nuevo Código Civil argentino en el que se concede en su artículo una tarea relevante a los pactos<sup>291</sup>.

En nuestro caso se perdió una oportunidad de actualizar nuestro Derecho, abandonando los cimientos paternalistas propios de otras épocas. La inclusión de esta variable hubiera permitido dar sentido a la existencia de dos estatutos claramente diferenciados. Si bien, consideramos que la libertad consagrada en el AUC, en cuanto deja fuera del control del Estado el término de la relación, constituye suficiente justificación para su existencia jurídica al margen del matrimonio. Pensamos, que el haber fortalecido esta libertad para pactar las condiciones de la relación, hubiera aportado claridad respecto a la utilidad de mantener dos estatutos que actualmente presentan similitudes importantes.

Sin embargo, el AVP y el PAC francés tendrán un final parecido como resultado de la armonización de la norma a los derechos fundamentales y a la estructura internacional de los Derechos Humanos. En Francia con Ley francesa 2006-728 reformativa del Código Civil en materia de sucesiones se producirá un ajuste, mientras que en el texto inicial se limitaba a disponer que las partes se debían aportar ayuda mutua y material en las modalidades fijadas en el pacto. Ahora el nuevo primer párrafo del artículo establece que se comprometen a una vida común, a ayuda material y asistencia recíprocas. Por lo que se crean como deberes

---

<sup>290</sup> César Belluscio, A., "Evolución del Pacto Civil...", cit., p. 805.

<sup>291</sup> El artículo N° 513 del Código Civil y Comercial argentino señala: "Autonomía de la voluntad de los convivientes. Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522".

inherentes al pacto, los de cohabitación y de asistencia material y moral. Sabemos que en Chile ocurrirá lo mismo en la transición desde el AVP al acuerdo de unión civil.

Otro aspecto que separará posiciones es la referencia al fenómeno de las uniones libres como conducta generalizada de la población. Este factor sociológico ha sido asumido como determinante para la necesidad de establecer un estatuto particular<sup>292</sup>. El problema se plantea en determinar cual es el real interés que representa para el Derecho esta variable, descifrando cual es la postura del poder público frente a las costumbres o usos sociales. Sobre este punto las miradas son variadas y aplicables al Derecho en general.

Para parte de la doctrina la actitud del legislador no debería ser la indiferencia o la reacción, sino la de una prudente y reflexiva observación de los cambios sociales, de manera que la ley debe acompañar el cambio de la sociedad, sin precipitarlo ni tratar de frenarlo<sup>293</sup>. En este sentido Gitrama señala que se trata de comportamientos que se dan y se reiteran con cierta frecuencia y que no pueden ser ignorados indefinidamente por el Derecho. Resalta que, si bien, el ordenamiento se encuentra establecido para un comportamiento tipo, en el devenir social se producen cambios tan radicales que los comportamientos que eran excepcionales, pasan a ser asimilados por la conciencia social exigiendo una adecuada respuesta jurídica.

Se puede complementar que la razón no se encuentra en una exacerbada reacción que lleve a establecer un estatuto para las uniones de hecho, por su generalidad o popularidad, sino como se ha indicado su verdadera justificación es el carácter de familia que conforman estas uniones. A partir de esto pesa una obligación para el Estado de protegerla y fortalecer como un grupo intermedio preferente.

---

<sup>292</sup> En esta materia el mensaje presidencial con el que se enviaba el proyecto a tramitación señalaba: *“Más recientemente, también nuestro programa de gobierno aludió a la necesidad de hacernos cargo de esta realidad, expresando al efecto que “nos ocuparemos de los dos millones de chilenos que conviven en pareja sin estar casados”*.

<sup>293</sup> Gitrama González, M., “Notas sobre la Problemática Jurídica de la Pareja No Casada”, en Libro de Homenaje al profesor José Beltrán De Heredia y Castaño, Ediciones Universidad de Salamanca y Departamento de Derecho Civil, 1984, p. 213.



En contrario se alude a que la pretensión de buscar siempre que las situaciones fácticas se conviertan en Derecho conllevaría a un permanente espiral legislativo sin fin<sup>294</sup>. En este sentido García Cantero afirma que: *“la norma no puede ser mera traducción a términos jurídicos de lo que acontece en el diario quehacer social. No es mera legalización de lo que ha sucedido o está sucediendo en la vida real. Sobrarian, en tal caso, los órganos legislativos y todo sería costumbre o uso social, o mejor aún, mero hecho jurídico, convertido automáticamente en regla de derecho”*<sup>295</sup>.

Acuñamos la posición de Peces-Barba, para quien la rigidez y falta de adaptabilidad del sistema normativo podría *“provocar rupturas violentas de la convivencia social y civil”*<sup>296</sup>. Siendo la función del legislador relevante, para percibir realidades y cambios sociales, adaptando debidamente la institucionalidad jurídica dando cabida a las nuevas realidades sociales, políticas y jurídicas. Esta es la idea de un Derecho vivo y en permanente desarrollo.

Esta posición institucionalista abre la discusión sobre el sentido jurídico de incorporar a las parejas homosexuales como objeto del Derecho. Su inclusión representa la reforma de mayor relevancia en nuestro Derecho. De esta manera, se ha resaltado el sentido igualitario presente en el proyecto destacando que puedan acceder todas las parejas sin distinción de sexo. Además en su contenido, tampoco se incorpora ninguna distribución de roles al interior de la pareja según el género de sus integrantes<sup>297</sup>.

A partir de esta nueva figura jurídica se configura un nuevo Derecho de familia estructurado sobre la base de tres pilares, estos son el matrimonio, la filiación y el propio AUC. Hasta el momento los dos primeros se sustentan en la exclusividad de la pareja heterosexual, mientras que el último representa por primera vez el reconocimiento de efectos jurídicos a la convivencia de tipo afectivo-sexual de las parejas homosexuales, extendido también a la

---

<sup>294</sup> Informe de la Comisión de Familia sobre proyectos de ley que establecen regulación para las uniones de hecho, Intervención audiencia pública en el congreso Boletines N°s 4153-18 - 4187-18, 26 de junio de 2009.

<sup>295</sup> García Cantero, G., “Familia y Constitución, en El desarrollo de la Constitución española de 1978”, LA LEY (2500/1978) Zaragoza, Libros Pórtico Zaragoza, 1982, págs. 193-213.

<sup>296</sup> Peces-Barba, G. *Libertad, poder, socialismo*. 1a edición. Ed. Cívitas. Madrid, 1.978. p. 96

<sup>297</sup> Bascañán A. y Cornejo, P., “Acuerdo de vida en pareja (AVP): Lo que está pendiente”, publicado en Revista del Abogado, publicación del Colegio de Abogados de Chile A.G, abril 2012, N° 54, p. 19.

pareja heterosexual. Para los primeros se conforma como la única vía, mientras que para los segundos representa una alternativa<sup>298</sup>.

El reconocimiento de la familia homosexual en el Derecho surge desde el discurso de la igualdad y la no discriminación arbitraria en el sistema jurídico. Esta demanda nos propone controlar las simetrías y asimetrías de la racionalidad jurídica producida por la movilidad de las ideas en la sociedad. Este aspira a objetivizar las razones que justifican un tratamiento jurídico diverso en el mismo colectivo. Nos dice Sánchez que las posiciones entonces se fraccionan si se trata de uniones heterosexuales, *“el jurista habla en nombre del derecho, no necesita del discurso religioso y moral. Despliega todo su arsenal jurídico, las bien aprendidas lecciones de teoría del derecho y sus mejores conocimientos de derecho civil”*. Mientras que cuando se trata de parejas homosexuales, *“el jurista se desliza con facilidad en el terreno de la ética y de la biología, de la pedagogía, la religión y la moral y se hace eco de todos sus recelos y sus miedos”*<sup>299</sup>.

No cabe duda que su reconocimiento jurídico y el grado en que se exprese dependerá en gran medida de varios factores, entre estos: a) del grado de aceptación sociocultural de la homosexualidad en cada sociedad; b) de la influencia de la religión y de su tradición moral, resulta claramente observable que un acercamiento a los principios canónicos sobre la familia se expresa en una doctrina defensora de las estructuras familiares del pasado y; c) del grado de progreso de los principios democráticos, esto último muy influenciado por el nivel de acatamiento de la estructura internacional de los Derechos Humanos.

Parte de la doctrina señala que esta atención solo se justificaría en la medida que estas relaciones afectivas- sexuales requieren un tratamiento específico para que puedan cumplir con el fin de fortalecer el modelo social a favor de toda la comunidad, poniendo a los sujetos

---

<sup>298</sup> Como señala Nino *“La autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir qué queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital, tal como los sostenía Emmanuel Kant. Sin embargo, para que esa autonomía pueda ser efectiva, para que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado”*. Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989, pp. 199-229.

<sup>299</sup> Sanchez Martínez, M, *“Constitución y Parejas de Hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, N° 58, enero-abril 2000, pp. 46-47.

al servicio de un fin general. Así el elemento sexual de estas uniones, sólo sería relevante en la medida que satisfaga el fin de reproducción, y con ello la función de continuidad del grupo humano<sup>300</sup>.

En contrario a esta postura, cuyo fin es buscar diferencias objetivas entre las parejas homosexuales y las heterosexuales basado en la imposibilidad de procreación de las primeras. Podemos sostener que resulta cuestionable el verdadero sentido de esta variable en nuestros tiempos. Debemos recordar que la facultad de engendrar ya no es requisito siquiera del matrimonio desde donde fue excluida por no ajustarse a los principios propios del Derecho de familia<sup>301</sup>. No siendo exigencia legal, mal puede constituirse en factor diferenciador de efectos jurídicos considerando que la familia protegida en los ordenamientos jurídicos no admite esta restricción<sup>302</sup>.

Cabe destacar que, en el caso del estatuto en estudio, la incorporación de las parejas homosexuales tiene la importancia de venir a cambiar el sentido que hasta entonces le concedía el ordenamiento jurídico nacional. Cabe resaltar que todo reconocimiento previo a la Ley mediante vía jurisprudencial, requería necesariamente de la diferencia de sexo en la

---

<sup>300</sup> En este sentido ver Martínez De Aguirre, “Nuevos Modelos de Familia...”, cit., p. 714. También H. Corral, “El acuerdo de Vida en Pareja: ¿De La Unión Civil al Matrimonio Homosexual?”, La Semana Jurídica, Thompson Reuter, 2012, N° 0, p. 4. En un sentido crítico a esta postura: Sánchez Martínez, “Constitución y parejas...”, cit., pp. 63-69.

<sup>301</sup> En nuestro ordenamiento desde la dictación de la Ley N° 19.947, la impotencia ya no constituye per se causal para la declaración de nulidad del matrimonio, se discute si solo es posible alegarla bajo la figura de la nulidad por error, en caso que uno de los cónyuges desconociere dicha circunstancia. No obstante, desapareció la referencia directa a esta figura.

<sup>302</sup> El tribunal Constitucional Español ha fundamentado de muy buena manera esta orientación, así ha señalado.: “...en el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art.18.1º), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/ 1991) y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial de hombre y mujer sin descendencia.”. STC 222/1992 del 11 de diciembre de 1993.

pareja<sup>303</sup>. Sólo excepcionalmente se le reconocerá en forma aislada algún efecto a las parejas homosexuales, esto en materia de violencia intrafamiliar<sup>304</sup>.

Esta apertura se vincula con las bases del Derecho moderno, en cuanto resulta ineludible para cualquier propuesta jurídica conciliar la obligación del poder público de garantizar el derecho al libre desarrollo de su personalidad como un valor objetivo. Situación similar ocurre con los demás derechos incorporados en los diversos tratados de protección de los Derechos Humanos<sup>305</sup>. En esta línea le corresponde al Estado elaborar sus sistemas jurídicos como sistemas eficientes y eficaces, sin que esto signifique abandonar la expresión cultural del colectivo y los fines estratégicos asignados a la familia. Esto representa en la actualidad una señal de progreso para los sistemas democráticos.

En lo relativo a la carga que impone el modelo aprobado para el AUC se acerca al camino adoptado en los países nórdicos. Si bien, en este se establecen regulaciones diferenciadas, reconociendo naturalezas distintas respecto de parejas heterosexuales u homosexuales. Para estos últimos la tendencia es hacia un sistema de características análogas al matrimonio, tal como aparece en el AUC. La lógica detrás de este modelo es otorgar un marco jurídico de jerarquía y eficacia similar al matrimonio para quienes no pueden acceder a él porque la ley se lo prohíbe<sup>306</sup>.

---

<sup>303</sup> Ver: Sentencia Corte Suprema, Rol N° 337/2011, del 7 de marzo del año 2012; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 38-2013, del 15 de marzo del año 2013; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 15 de septiembre del año 1997, Gaceta Jurídica N° 206, p. 90.

<sup>304</sup> Conociendo un recurso de nulidad interpuesto por el condenado por violencia intrafamiliar, la Corte de Apelaciones de La Serena (Rol No 373-2006) debió pronunciarse sobre si la convivencia entre dos personas del mismo sexo es posible de ser comprendida en la definición que contiene el artículo 5° de la Ley N° 20.066, está a su vez señala: “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”. La corte acogió el concepto de convivencia entre personas del mismo sexo.

<sup>305</sup> En relación a esta materia Bobbio resalta respecto a los Derechos Humanos que “*constituyen una clase variable, tal como la historia de estos últimos siglos demuestra abundantemente. La lista de los derechos del hombre se ha modificado y sigue haciéndolo con el cambio de las condiciones históricas, es decir de las necesidades, los intereses, las clases en el poder, los medios disponibles para su realización, las transformaciones técnicas, etc*”. Bobbio, N., *El Fundamento de los Derechos Humanos*, en Diccionario Crítico de los Derechos Humanos I, Soriano, R. et alii (editores), 2000, p.11.

<sup>306</sup> En este proceso tuvo una gran trascendencia la Resolución 28/1994 del Parlamento Europeo, que impulsó decididamente el reconocimiento institucional de la convivencia afectiva homosexual. Dicha resolución tuvo

Esta misma idea se encontraba detrás de las ideas inspiradoras del proyecto original de AVP, sus argumentos aludían a evitar el ingreso del matrimonio igualitario a nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el proyecto legislativo fundamentaba: “*Al proceder de esta manera lo hacemos honrando una convicción muy profunda de nuestro gobierno, en el sentido de que el matrimonio corresponde a un contrato que por su naturaleza, debe ser celebrado entre un hombre y una mujer*”. Este argumento permitía entender los esfuerzos por mantener una distancia prudente y clara entre las uniones de hecho y el matrimonio, justificando al mismo tiempo el sentido patrimonial al que limitaba su objeto de regulación.

Según Bascuñán el proyecto de AVP obedecía más bien a un proyecto de naturaleza híbrida, en cuanto confundía conceptos de distintas orientaciones. Por un lado, incorporaba a parejas tanto del mismo como de diferente sexo, pero su propuesta descuidaba la regulación del régimen patrimonial. También pretendía otorgar reconocimiento a las parejas del mismo sexo, pero sin siquiera conferirles un estado civil. Todos estos aspectos serán corregidos durante su tramitación concluyendo en un acercamiento al matrimonio tal como ocurre en los modelos nórdicos<sup>307</sup>.

Creemos que la propuesta del Acuerdo de Unión Civil se encamina correctamente dentro de las líneas que en nuestro tiempo proponen a la familia como una vía de desarrollo para la felicidad de los individuos, todo desde una perspectiva democrática y tolerante. A su vez, esto permite ajustarse a los estándares internacionales fijados en la estructura de los Derechos Humanos vigente en Chile. No obstante, recordar que lo esencial en las estructuras familiares ocurre al margen del Derecho, su duración y la intensidad de sus efectos depende de otros factores humanos. Las parejas se construirán y terminarán según sus necesidades y creencias.

---

una notable repercusión en los países de la Unión Europea, marcando un punto de inflexión en el tratamiento del problema y propiciando el surgimiento de iniciativas legislativas dirigidas a conceder un estatuto jurídico a las uniones homosexuales. Talavera Fernández, P., “*El derecho europeo ante el matrimonio...*”, cit., p. 7.

<sup>307</sup> Bascuñán Rodríguez, A., “¿El acuerdo de Vida en Pareja: ¿Un Bien Instrumental o Simbólico?”, *La Semana Jurídica*, Thompson Reuter, 2012, N° 0, Pág. 4. El autor postula que el proyecto de AVP se sostiene en “*una contradicción y en una tensión. La contradicción consiste en sostener al mismo tiempo que el principio de igualdad ante la ley exige reconocimiento y protección para toda clase de familias y que el matrimonio es una institución que debe quedar reservada exclusivamente para las parejas heterosexuales. La tensión consiste en pretender que una misma institución satisfaga a la vez los intereses de las parejas de distinto sexo que no desean casarse y de las parejas del mismo sexo, las cuales no pueden casarse, aunque lo deseen*”.

El Estado mediante el Derecho tiene un deber de fortalecer a estas unidades, acompañando y otorgando certezas jurídicas.

Ahora si bien, el estatuto se ajusta a un Derecho de familia moderno a nivel de los principios sobre los que se funda. No obstante, existen deficiencias importantes en razón de la técnica legislativa utilizada. La más importante son la falta de pronunciamiento respecto de las uniones no juridificadas, las cuales mantienen parte del problema que se pretendía eliminar. Esto producirá que se mantenga la vía jurisprudencial como método de solución, que tal como indicamos no se ajusta a los requerimientos actuales en cuanto al deber estatal de proteger a

En este sentido llama la atención la falta de pronunciamiento en el proyecto respecto a la situación de aquellas relaciones de convivencias que seguirán existiendo, pero que no se realicen acto alguno para su reconocimiento jurídico. Al parecer la intención inicial es que el legislador no pretende convertirlas en objeto de regulación, de acuerdo con esto, no todas las convivencias de hecho merecerán la atención del Derecho, existiendo uniones juridificables y otras no juridificables.

Respecto de esta materia la experiencia comparada muestra que la mayoría de las parejas que conviven no se plantean los aspectos jurídicos de su relación y, por ello, las parejas no suelen pactar las reglas que van a regirlas ni tampoco acogerse a un régimen preestablecido por el legislador. Martin Casals destaca como ejemplo lo ocurrido en la comunidad autónoma de Cataluña en el año 2004 donde se podía hacer una estimación de que el máximo número de parejas heterosexuales formalizadas no llegaba ni al 3% de todas las parejas estables heterosexuales existentes en Cataluña según el censo de 2001. Por ello, en algunos de los ordenamientos jurídicos en los que existe este un modelo formalizado de pareja de hecho se considera necesario establecer normas adicionales relativas a un modelo no formalizado<sup>308</sup>.

Respecto a la legalidad de establecer un sistema imperativo en que se asigna un determinado estatuto jurídico a las parejas sin que concurra su voluntad de aceptar someterse a dicho régimen, se ha discutido recientemente ante el Tribunal Constitucional español,

---

<sup>308</sup> Martin Casals, M., “*El derecho a la “convivencia anómica...”*”, cit., p. 15.

determinándose que se vulnera la garantía de libre desarrollo de la personalidad al imponer por parte del Estado un determinado estatuto. Argumenta dicha sentencia que se vulneraría este derecho al intentar limitar, restringir o imponer el régimen de las uniones de hecho<sup>309</sup>. El análisis comparativo con otros ordenamientos, muestra una gran divergencia al respecto, son diversos los sistemas jurídicos en que se ha establecido un requerimiento de plazo que acredite la estabilidad previa, o bien, la existencia de descendencia común dentro de la convivencia, para incorporar sin su voluntad a aquellas parejas que se mantienen al margen de todo acuerdo o de todo estatuto<sup>310</sup>.

Esto viene a dar respuesta a la situación de aquellas parejas que con las mismas características, opten por mantener su relación al margen del derecho. Un caso particular representa el PAC el cual plantea una solución distinta, al establece la figura del concubinato que tiene por finalidad precisa la organización de la vida común. De esta manera se puede ser concubina pareja (PAC) o concubina no pareja (Concubinato). Serán los propios

---

<sup>309</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 93/2013, de 23 de abril de 2013. Recurso de inconstitucionalidad 5297-2000. Dentro de sus argumentos señala: “*Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es, por tanto, su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, y que «se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas» (STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4). Dado que la posibilidad de elegir una u otra opción –matrimonio o pareja de hecho– se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos, «de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Y esa libertad, así como la paralela prohibición de interferencia en su lícito ejercicio por parte de los poderes públicos, no queda limitada a la dimensión interna, «sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio» (STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3; y ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 2)”.*

<sup>310</sup> En el caso de las comunidades autónomas españolas: Aragón mediante la Ley 6/1999, señala el requisito de una convivencia de dos años, o bien la celebración del pacto; el Código Civil Catalán en su libro II considera pareja estable a aquellas uniones heterosexuales y homosexuales que acrediten una convivencia durante dos años, o que tengan descendencia en común durante su convivencia o que formalicen su unión en escritura pública. En Latinoamérica se establecen plazos para reconocerles efectos jurídicos al concubinato en gran parte de los ordenamientos jurídicos, es el caso de Colombia, Cuba, Perú, El Salvador, Guatemala, Venezuela, Bolivia, Ecuador.

concubinos quienes podrán optar entre el PAC y el no derecho<sup>311</sup>. Aún cuando el concepto de no derecho, en realidad hace referencia a la aplicación de las reglas generales del derecho, aquel estatuto especial de los no casados<sup>312</sup>.

El AUC como indicamos no se pronuncia respecto de esta situación, manteniendo con ello gran parte del problema que ha justificado la necesidad de una regulación particular. La doctrina ha manifestado sobre esta problemática que al no tratarse con la suficiente extensión este fenómeno, se contribuye a ampliar la incertidumbre jurídica, ya que existirán uniones que antes o después llevaran a plantear si procede o no la aplicación por analogía del estatuto de las uniones de hecho previamente reguladas y si la respuesta fuese negativa, esto podría abrir las puertas a plantear la inconstitucionalidad de tales normas por discriminación al establecer un trato desigual entre una y otras uniones<sup>313</sup>.

Sobre esta materia la discusión está planteada, parte de la doctrina aboga por limitar la intervención legislativa del Estado, respecto de aquellas parejas que voluntariamente se han mantenido al margen de todo estatuto, esto como muestra de respeto al derecho a la libre desarrollo de cada individuo, por cuanto de hacerlo se desnaturaliza a la unión de hecho, perdiendo su características principal como es la libre determinación, pasando a constituir una relación de Derecho<sup>314</sup>.

En posición contraria, se encuentran aquellos que sostienen que la realidad indica, que cada vez son más las parejas cuya intención no es mantenerse al margen de un estatuto regulatorio, sino que excluirse del régimen matrimonial, único camino que ofrecen diversos sistemas

---

<sup>311</sup> Grimaldi, M., “*El pacto civil de solidaridad...*”, cit., p. 72.

<sup>312</sup> Gavidia, J., “La libertad de elección entre Matrimonio y Unión Libre”, publicado en *Derecho Privado y Constitución*, N° 12, 1998, pp. 75 -79.

<sup>313</sup> Gavidia, J., “La Unión Libre. El Marco Constitucional y la Situación del Conviviente Supérstite”, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 32.

Sobre esta materia se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 93/2013, de 23 de abril de 2013, a la cual nos referimos anteriormente determinando que se vulnera la garantía de libre desarrollo de la personalidad al tratar como imponer por parte del Estado un determinado estatuto.

<sup>314</sup> Pantaleón Prieto, F., “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, en “Uniones de Hecho”, eds. Martinell, J. et al., Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida, 1998, pp. 71-72.



jurídicos. Pero que si manifiestan su intención de someter su relación afectiva a un régimen con características diferentes, como las que ofrecen las legislaciones que han regulado las uniones no matrimoniales<sup>315</sup>.

Pareciera conveniente pronunciarse respecto de las situaciones de aquellas parejas de hecho propiamente tal, de otra manera el problema se mantendrá inalterado. En aquellas legislaciones que han regulado estas uniones suele hacerse referencia a los requisitos que han de estar presentes en la relación de afectividad para que ésta pueda ser calificada como susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos. En algunos sistemas suele utilizarse con este propósito el requerimiento de “una relación de afectividad análoga a la conyugal”<sup>316</sup>, con esto suele evitarse gran parte del conflicto y por lo demás con ello se otorga una respuesta de carácter orgánica y plena al fenómeno social en todo su alcance<sup>317</sup>.

Resulta clarificador plantear que ninguna de las propuestas legislativas existentes en el Derecho comparado, logran saltar esta problemática. En cuanto, o fijan una propuesta impositiva que abarque la generalidad de las uniones libres, resolviendo con ello la eficacia de su propuesta, pero afectando otros derechos fundamentales, con el riesgo de ser declaradas inconstitucionales. La otra opción es la vía contractual o declarativa, que presenta el inconveniente de mantener al margen ciertas uniones, y con ello mantener el problema que motivo el tratamiento a nivel legislativo, conservando generalmente la incerteza del método jurisprudencial para las uniones no juridificadas<sup>318</sup>.

---

<sup>315</sup> Figueroa, G., “*El Pacto de Convivencia...*”, cit., p. 445. En el mismo sentido sobre este punto Talavera, P., “*La unión de hecho...*”, cit., p. 131, el cual sostiene que el derecho al matrimonio “debería configurarse como una libertad negativa y positiva, por cuanto nadie (con los requisitos de capacidad necesarios) puede ser interferido, obstaculizado o coartado para contraer matrimonio o no hacerlo; y, al mismo tiempo, el poder público tiene obligación de proveer un régimen jurídico y unos mecanismos institucionales para que tal derecho pueda ejercerse eficazmente”.

<sup>316</sup> Espada, S., “El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, N° 12, Julio 2009.

<sup>317</sup> Martín Casals, M. “*El derecho a la “convivencia anómica...*”, cit., p. 15.

<sup>318</sup> La excepción esta dada por la regulación desarrollada en Francia en que se incluirá la figura del concubinato. Sin embargo, su inclusión en el artículo 515 del Código Civil francés solamente define esta figura. No estableciendo un catálogo de derecho y deberes, por tanto la solución de sus problemas recae en la intervención judicial. Tampoco se aplican e las obligaciones inherentes al matrimonio, ni se exigen deberes personales como la fidelidad, ni el deber de asistencia, ni derechos sucesorios ni siquiera necesidad de compartir un domicilio. Borrillo, D., “Uniones Libres, Convivenciales y Conyugales en el Derecho Francés”, *Revista de derecho privado y comunitario*, 2014, *Uniones convivenciales*, 1 (3), pp. 523-528.

Por estas razones, puede dudarse que el modelo formalizado asumido en el AUC sea la mejor técnica para resolver los problemas jurídicos, “no solo porque no los soluciona todos, sino porque puede llevar a establecer una nueva institución a mitad de camino entre el matrimonio y la pareja de hecho, a modo de un matrimonio “light” o de segunda clase”. Sin embargo, asume la eliminación de un conflicto respecto al debate sobre la constitucionalidad de la propuesta.

Este escenario se ha planteado en aquellos ordenamientos en los que se ha optado por un sistema de tipo impositivo, en el que a partir de la delimitación de ciertos requisitos existentes en la convivencia que pueden referirse a elementos no declarativos como la extensión del tiempo o la existencia de hijos, el estatuto resulta aplicable a los individuos sin necesidad de un acto declarativo.

Este aspecto positivo del modelo asumido consistiría entonces en armonizar debidamente el resto de la estructura jurídica, sin afectar entonces derechos fundamentales como el *ius connubi* (derecho a no casarse) y la dignidad individual (expresada como el libre desarrollo de la personalidad). Esta propuesta se manifiesta por ejemplo en el Derecho español a propósito de ciertos fallos del tribunal constitucional que se han conformado como un cambio de timón en la propuesta inicial de regulación de estas uniones. Sin embargo, tal como analizamos en el contexto de los ordenamientos latinoamericanos la propuesta chilena aparece como una excepción, en cuanto mayoritariamente el constructo jurídico elegido es el sistema de tipo impositivo.

Entre estos aspectos, resulta indudable la necesidad de un complemento de “*lege ferenda*” que regule el vacío legal que contiene la propuesta inicial. Esto elevaría la eficacia jurídica de estructura jurídica que regula familia en nuestro Derecho. Este puede asumir el carácter de una modificación normativa que incorpore la figura de las uniones libres, estableciendo requisitos e impedimentos y fijando un marco regulatorio. Otro conducto, sería conservar el estado actual, ocupándose de la necesidad de actualizar y modernizar la vía jurisprudencial como método de resolución de conflictos acorde con el resto del ordenamiento jurídico vigente.

## 2. 2. ANÁLISIS CRÍTICO AL MÉTODO JURISPRUDENCIAL COMO VÍA DE SOLUCIÓN GENERAL PARA LAS UNIONES LIBRES.

Dentro de los continuos cambios en el tratamiento jurídico de las uniones no matrimoniales en la historia del Derecho nacional, lo que ha incluido la omisión, la penalización, su tratamiento fragmentado y actualmente el acogimiento mediante su regulación orgánica<sup>319</sup>. En forma paralela y constante se fue construyendo un método de solución a parte de sus problemas con base en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Por este conducto se le reconocerán algunos efectos limitados a cierta modalidad de uniones libres. Siendo posible observar sentencias desde el siglo XIX<sup>320</sup>.

Este tratamiento en sede jurisprudencial de las uniones libres cobra un valor relevante no solo por la permanencia del método en la historia del Derecho nacional, sino también porque su existencia representa la continuidad de un problema de carácter técnico jurídico. Sin embargo, su subsistencia se releva por la revitalización del paradigma que instala el requerimiento de un Derecho flexible en la actualidad como búsqueda de una justicia eficaz<sup>321</sup>. Desde este enfoque el valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho pareciera tener una alta relevancia para los sistemas jurídicos modernos.

Debemos destacar inmediatamente que, en el contexto del Derecho chileno actual, este método jurisprudencial para resolver conflictos asociados a la convivencia se mantiene plenamente vigente, aplicándose a aquellas uniones no juridificadas que se encuentran fuera de los límites trazados por la Ley N° 20.830. Este aspecto esta asociado a la modalidad

---

<sup>319</sup> Respecto a la penalización de las uniones convivenciales revisar las sentencias citadas en Barrientos, J., *Las Uniones de Hecho. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, Lexis Nexis, Santiago, 2008, pp. 9-16.

<sup>320</sup> Así puede observarse la alegación de la existencia de una comunidad entre dos concubinos en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del 9 de noviembre de 1892, incluida en la gaceta de 1892, N° 2096, p. 390.

<sup>321</sup> Desde esta perspectiva Vergara Blanco señala que es esperable que los aportes de los jueces y la jurisprudencia sirvan como conexión entre el sentimiento popular y el legislador, y constituyan una real manifestación de la conciencia social de su tiempo. Para luego preguntarse si en la escena nacional: “¿Existe activismo judicial? Y si ¿es siempre criticable dicho activismo?”. Vergara Blanco, A., “Modelo y rol de jueces y juristas: ¿activistas? ¿Independientes?”, Publicado en: La Semana Jurídica, Volumen 103, Página 3, Cita Online: CL/DOC/840/2014.

asumida en el estatuto de AUC, en el cual para incorporarse al régimen resulta indispensable el impulso contractual de los convivientes y su posterior inscripción<sup>322</sup>. En caso contrario los convivientes quedarán al margen del Derecho, pese a que compartir características idénticas.

Este es el modelo denominado como formal cuyo efecto tiende a fragmentar la realidad de las parejas no matrimoniales creando nuevas modalidades de parejas. Esto complejiza su tratamiento generando confusión frente a esta multiformidad, afectando el cumplimiento de los fines de la norma. Un riesgo importante que esto trae aparejado es el surgimiento de parejas al margen del Derecho, y con ello la proliferación o en nuestro caso el mantenimiento de lagunas legales frente a la “*irracional desnudez jurídica de los los modelos excluidos*”<sup>323</sup>.

Este elemento se exhibe como un contrapunto relevante en el cumplimiento de los propósitos centrales de la propuesta legislativa que contiene el estatuto de acuerdo de unión civil. En efecto el proyecto realiza reiteradas referencias a su intención de contribuir a otorgar certeza jurídica a las convivencias no matrimoniales. Así, el mensaje con que se envía el proyecto de ley resaltaba: “*La necesidad de regular y proteger estas uniones de hecho de manera de dar mayor certeza jurídica a los derechos y obligaciones que de ellas emanan*”<sup>324</sup>.

Este reconocimiento de la situación de inseguridad en que se encontraban estas uniones familiares, se afirmaba pese a la existencia de un reconocimiento parcial a nivel jurisprudencial. Respecto a este último aspecto, incluso parte de la doctrina nacional sostenía

---

<sup>322</sup> Señala el Artículo 5° de la Ley N° 20.830 “*El acuerdo de unión civil se celebrará en el Servicio de Registro Civil e Identificación, ante cualquier oficial, quien levantará acta de todo lo obrado, la que será firmada por él y por los contrayentes. La celebración podrá efectuarse en el local de su oficina o en el lugar que señalaren los contrayentes, siempre que se hallare ubicado dentro de su territorio jurisdiccional...*” Por su parte el Artículo N° 6° indica. “*El acta levantada por el oficial del Registro Civil, a que se refiere el artículo anterior, se inscribirá en un registro especial que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación...*”

<sup>323</sup> Se destaca que pese a este inconveniente el impulso inicial en Europa asumió este modelo mayoritariamente producto de lo que denomina el “*exceso de reglamentismo y una concepción pagana de la seguridad jurídica que tiende en convertirla en comodidad jurídica*”. Llebaría Samper, S., “*La sucesión intestada del conviviente homosexual. Comentario a y desde la STSJ Cataluña 9.3.2009*”, en Revista In Dret 3/2009, p. 6.

<sup>324</sup> En el mismo sentido indicaba que “*En el caso particular que nos ocupa, nos asiste la convicción de que el Estado no está cumpliendo adecuadamente con su finalidad ni sus deberes primordiales si no ofrece un marco jurídico que, al menos, reconozca, respete y otorgue certeza jurídica a los derechos de esos aproximadamente dos millones de compatriotas, que viven en pareja sin estar casados, regulando los efectos patrimoniales, sociales y sucesorios de su convivencia*”. Mensaje Presidencial con que se envía el proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja al Congreso para su tramitación.

que no existía una verdadera necesidad de crear un estatuto particular, frente a la función que cumple la jurisprudencia en otorgar una serie de soluciones<sup>325</sup>.

Son varios aspectos los que contribuyen a calificar de inseguro este método, quizás el más importante sea la falta de reconocimiento de su naturaleza de unidad familiar. Limitándose, a resolver algunas cuestiones patrimoniales cuestión que trae aparejada una serie de consecuencias jurídicas. Esto se debe en gran parte al uso de instituciones derivadas del Derecho patrimonial para la resolución de los conflictos que vienen sosteniendo nuestros tribunales desde larga data.

Este criterio predominante en las sentencias nacionales no le concede valor a la unión entre convivientes por la sola circunstancia de conformar una familia<sup>326</sup>. Por el contrario, se exige acreditar una variable de carácter económico como el esfuerzo o aporte común de parte de los convivientes para conceder ciertas soluciones. Esto como consecuencia de la aplicación de la figura de la comunidad, de la sociedad de hecho y de la prestación de servicios, lo que traerá como resultado un complejo camino para resolver sus diferencias al momento de ruptura.

Nuestra Corte Suprema ha ratificado en reiteradas oportunidades este criterio. Así, ha señalado por ejemplo que: *"Da origen a una comunidad la situación creada entre dos personas por haber hecho vida en común sin estar ligadas por vínculo matrimonial, es decir, por existir entre ellas un estado de concubinato o amancebamiento, y por haber puesto en común los bienes que poseían, contribuyendo con sus aportes recíprocos a adquirir determinado predio. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que para impetrar el*

---

<sup>325</sup> Señala Domínguez que *"la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha encargado de resolver que, si prueban sus aportes, los bienes que han adquirido durante la convivencia se dividen según las reglas de la comunidad o de la sociedad de hecho (lo equivale a darles la mitad de los bienes). Se trata de una jurisprudencia establecida hace años y en la que existe pleno acuerdo. Ella ha recaído hasta ahora en patrimonios de convivencias entre personas de distinto sexo, pero puede anticiparse que el criterio sería el mismo si se tratase de personas de mismo sexo pues el fundamento invocado se mantendría"*. Domínguez, C., "El acuerdo de vida en pareja y sus fundamentos: necesidad de un debate serio", Publicado en: La Semana Jurídica, Volumen 0, p.3, Cita Online: CL/DOC/4012/2012

<sup>326</sup> Turner, S., *"La Unión de hecho..."*, cit. n. 61, pp. 85-98.

*reconocimiento del derecho sobre bienes adquiridos durante el período de vida común, no basta con esgrimir la relación de convivencia y, así, se ha dicho que "la comunidad de bienes entre los concubinos no emana del concubinato, ni de la circunstancia de haberse adquirido durante el lapso en que hicieron vida matrimonial, sino del hecho de haberse acreditado que los bienes fueron adquiridos con el producto del trabajo realizado conjuntamente"*<sup>327</sup>.

En el mismo sentido ha indicado: *"Que, apoyados en los supuestos fácticos tenidos por acreditados, los Jueces del fondo, concluyen que el hecho de que las partes hayan llevado una vida íntima común, y que hayan aparecido socialmente como cónyuges, carece de consecuencias jurídicas y de mérito para reconocer la existencia de una comunidad de hecho entre actora y demandado"*<sup>328</sup>.

La utilización directa de estas categorías patrimoniales sostenida hasta nuestros días, ha sumergido la discusión respecto a cuestiones básicas que debieran plantearse en este espacio. Entre estos aspectos que no se han discutido a nivel jurisprudencial se encuentran, por ejemplo: a) definir que se entiende por convivencia, es decir, se aplican plazos para que esta se reconozca como tal, que lugar ocupa la descendencia en el mismo sentido; c) la situación de las parejas del mismo sexo. Existiendo una contradicción, reconociéndose efectos por ejemplo en materia de violencia intrafamiliar, pero excluyéndolas en forma genérica para el resto de las situaciones; d) la procedencia de la compensación económica u otro tipo de indemnización entre otras<sup>329</sup>.

Todos estos aspectos han sido resueltos para las uniones formalizadas conforme el estatuto que incorpora el Acuerdo de Unión Civil. Sin embargo, conforme el estado de nuestro ordenamiento jurídico se mantendrá la necesidad de aplicar la vía jurisprudencial para las mismas materias de antaño. En este escenario consideramos necesario analizar la situación actual de este método, teniendo presente no solo la entrada en vigencia de la Ley N° 20.830,

---

<sup>327</sup> Sentencia Corte Suprema, de fecha 19/10/2010, publicada en Revista Fallos del Mes 554, julio a diciembre 2010.

<sup>328</sup> Sentencia Corte Suprema, de fecha 26/09/2007, publicado en Gaceta Jurídica 327, Año 2007.

<sup>329</sup> A modo de ejemplo: Bejarano y otros con Araya, Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de septiembre de 1997.

sino también otras variables vinculadas al valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho en nuestros tiempos.

Este reconocimiento por esta vía de las uniones libres en la historia del Derecho nacional, es posible justificarlo en la obligación que tiene el Estado de resolver todas las controversias que se presenten ante un tribunal competente<sup>330</sup>. Nuestra Corte Suprema ha señalado al respecto que constituyen fuente de obligaciones todo hecho que irroge daño a otra persona, siempre que el legislador expresamente no lo excluya. *“Así, podrá este último regular las materias que estime corresponde dotar de un estatuto especial, empero ello no implica que, todo lo que se encuentre fuera del estatuto normado, no requiera amparo jurisdiccional, desde que el derecho civil proporciona al juez una ayuda a través de disposiciones de carácter supletorias, pero a falta de las mismas, habilitan al sentenciador a recurrir a la justicia y la equidad natural”*<sup>331</sup>.

También en la inseguridad jurídica que la falta de regulación promueve en la población, cuestión asociada a uno de los fines primordiales del Estado de Derecho, siendo una de las razones que justifica el establecimiento de normas obligatorias para los individuos. Esto implica que, si el Derecho por una parte impone coactivamente sus preceptos, por otra debe cumplir con los fines de seguridad jurídica y racionalidad. Aspectos que si no se cumplen ponen en riesgo su aceptación y validez<sup>332</sup>.

El primero de estos factores surge como una reacción desde la práctica judicial producto de la necesidad de encontrar una solución justa a un problema que se reflejará en constante requerimiento de solución de parte de la ciudadanía<sup>333</sup>. Esto ha ocurrido también respecto de

---

<sup>330</sup> Justamente, el mismo Kelsen alaba como un atributo de sistemas como el nuestro, es decir, en que los jueces encuentran limitada su competencia a la norma, la seguridad jurídica que confiere el estado de Derecho. Kelsen, H., *La Teoría Pura del Derecho*, traducción por R. Vernengo, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie G: Estudios Doctrinales 20, México, 1982, p. 260

<sup>331</sup> Sentencia Corte Suprema causa Rol N° 337/2011, Sanchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino, 7 de marzo 2011, considerando vigésimo sexto.

<sup>332</sup> Legaz Lacambra, L., “El Estado de Derecho”, en *Revista de Administración Pública*, N°6, 1951, p.22.

<sup>333</sup> Así ha declarado nuestra Corte Suprema *“la gestión patrimonial de los concubinos, derivada de su larga convivencia, configura una realidad que no pueden soslayarse bajo el mecanismo judicial de la ausencia de ley, que hace necesario e impone al juez la obligación de buscar soluciones jurisprudenciales basadas en la equidad, con miras a evitar injusticias tras la culminación de una vida en común”*. Sentencia Corte Suprema

otras materias, expresándose como una resistencia social desde las costumbres a la norma<sup>334</sup>. Este fenómeno no resulta extraño en el Derecho de familia, un ejemplo claro es el acomodamiento de la estructura judicial durante varios años para el levantamiento de la nulidad matrimonial frente a la inexistencia de un divorcio vincular<sup>335</sup>.

Postulamos además que otro elemento que influyó en la elaboración de este conducto será el referente del Derecho comparado. En un análisis a la situación de las uniones libres durante el siglo XX, será posible observar fenómenos similares en forma simultánea en gran parte del Derecho Iberoamericano. Este reconocimiento jurisprudencial comenzará a favorecer el interés de la doctrina nacional por su estudio como un elemento de la realidad jurídica<sup>336</sup>.

Es posible resumir los principales problemas que la jurisprudencia nacional ha venido resolviendo en las siguientes situaciones: a) los problemas derivados de la situación de los bienes adquiridos durante la unión; b) las derivaciones del vínculo contractual celebrado entre los miembros de la pareja; c) la indemnización por la muerte de uno de los convivientes; d) investigación de la paternidad concebida durante la unión; e) responsabilidad civil subsidiaria; f) derechos hereditarios a favor de la pareja. Como indicamos todos estos problemas han sido resueltos para el caso de las uniones que cumplan los requisitos para integrarse al estatuto fijado para el AUC.

Más allá de las cuestiones valóricas o políticas que motivan la solución por vía jurisprudencial, su promoción se asienta en la base del sistema jurídico. Su primer argumento descansa en el principio de inexcusabilidad, que se encuentra contenido en el artículo 76 de

---

causa Rol N° 337/2011, Sánchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino, de fecha 7/03/2011, considerando vigésimo noveno.

<sup>334</sup> Véase otros ejemplos en: Domínguez, C. y Domínguez, R, “Lo que la Jurisprudencia se llevó”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 189, año LIX, Ene – Jun ,1991.

<sup>335</sup> En el caso de Chile durante la etapa de inexistencia de divorcio vincular que se extendió hasta el año 2004, toda la estructura jurídica, incluido jueces, abogados lograrán conciliar en una interpretación bastante amplia de una causal para acceder a la nulidad como única vía para disolver matrimonio. Este consistía en alegar la falta de competencia del oficial de registro civil, o bien, la falta de idoneidad de los testigos, por cuestiones como el domicilio, aspectos que se acreditaban por simples testimonios. Este método será bastante utilizado en tiempos previos a la instalación del divorcio.

<sup>336</sup> Para analizar una realidad equivalente en otro ordenamiento jurídico véase: Bísvaro, B., “Cuestiones patrimoniales entre parejas convivientes. “Un desafío para la jurisprudencia”, en Revista Jurídica UCES N°13, Buenos Aires, 2009, pp. 91 -110.



la Constitución Política del Estado y en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, ambos establecen la obligación de la magistratura de resolver todos los asuntos que se presenten dentro de su competencia, aún a falta de Ley que lo regule<sup>337</sup>.

La otra razón de tipo legislativo que autoriza la resolución jurisprudencial, la encontramos en el sistema de fuentes que establece nuestro sistema. El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil permite frente a lagunas legales acudir a la equidad para resolver los asuntos<sup>338</sup>. También se acude para este fin los principios generales del Derecho, siguiendo el tenor del artículo 24 del Código Civil<sup>339</sup>. Sin embargo, esta última norma fue creada expresamente por el legislador para interpretar espacios oscuros de una Ley, no para integrar el Derecho. En resumen, el propio sistema establece un principio de clausura de todo el sistema jurídico, ordenando al juez que en ausencia de un texto legal elabore la norma jurídica para cada caso que deba resolver, para esto podrá recurrir a la equidad.

Esta reglamentación se complementaba en el texto aprobado originalmente del Código Civil. Este señalaba en su artículo 5 “*La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas*”. El propósito de esta norma era resolver a futuro la deficiencia del sistema legal haciendo participe a los órganos legisladores. Al respecto Claro Solar comenta que en la práctica no tuvo efecto por la falta de iniciativa de los tribunales, los cuales no informaban frente al temor de que la reacción del legislador aumentara los conflictos<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Este artículo indica: Art. 10. “*Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.*”

*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.*

<sup>338</sup> Este artículo 170 del Código de Procedimiento Civil en su numeral 5 señala respecto a los requisitos que debe contener toda sentencia: “5°. *La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; y*”

<sup>339</sup> Dice el artículo 24 del Código Civil: “*En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural*”.

<sup>340</sup> Claro Solar, L., “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno...*”, cit., pp. 34 -35

Debemos recordar que en el paradigma del Derecho actual la noción de la separación de poderes, se conforma como una cuestión estructural para el sistema democrático. En esta propuesta el juez no crea la norma, solo la aplica lo más apegado a la intención del legislador. Esta orientación es el fruto de la codificación napoleónica desde donde es asimilada por el Derecho occidental en general. Este aspecto se vincula además a los elementos formadores del estado de Derecho, base de los sistemas políticos modernos. Este se integra a otros elementos entre los que se pueden señalar los siguientes: a) imperio de la ley; b) separación de poderes; c) legalidad de la administración; d) el respeto por los derechos y libertades fundamentales<sup>341</sup>.

Otro elemento que integra la base de la propuesta jurídica vigente es la idea del Derecho como unidad con características de completitud y plena coherencia. En su postulado original esta idea niega la existencia de lagunas legales y de antinomias. Desde esta perspectiva Alchourrón y Bulygin resaltan que este dogma de la completitud ha sido compartido, tanto por partidarios y detractores del positivismo. Estos últimos en el intento por desvirtuarlo han ampliado el conjunto de elementos que integran el sistema jurídico, integrando “*normas consuetudinarias, principios morales, normas de derecho natural, pautas jurisprudenciales, etcétera*”. Todo con el único propósito de otorgarle al conjunto la característica de ser completo, confundiendo “*el ideal con la realidad*”<sup>342</sup>.

Dentro de esta teoría de la separación de poderes en que un segmento crea el Derecho y el otro simplemente lo aplica, resultará elemental para que los jueces puedan cumplir su función la utópica idea de que existan normas en todos los espacios de la vida social. Si esta integridad no se cumple, el Derecho queda en entredicho debiendo los jueces cumplir la discutida labor de crear Derecho. Esto ha ocurrido en el Derecho de todos los tiempos, es decir, siempre ha existido un espacio reservado al juez conformado por reglas indeterminadas o flexibles que requieren de un acto posterior para su aplicación.

---

<sup>341</sup> Díaz, E., *Teoría General del Estado de Derecho*, en Revista de Estudios Políticos, N° 131, 1963, p. 29.

<sup>342</sup> Los autores nos hablan de la “*ilusión racionalista*” a partir de ello postulan que “*Crear que los sistemas jurídicos son completos porque deben serlo es una ilusión; derivar la completitud de la exigencia de completitud es una falacia*”. Alchourrón C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 236 – 251.

En coherencia con los postulados señalados la vía jurisprudencia tendrá limitado la extensión de sus efectos, restringiendo su fuerza obligatoria exclusivamente al caso particular. No obstante desde lo práctico, si el asunto está bien resuelto podrá tener influencia general para casos semejantes<sup>343</sup>. En nuestro sistema esta postura es acogida plenamente, ya que los jueces solo están autorizados para producir normas obligatorias de carácter particular, conforme lo señalado en el artículo 3 del Código Civil<sup>344</sup>.

Sin embargo, es posible observar en materia de uniones libres no reguladas, una uniformidad de criterios que abarca ya tres siglos. Conformándose como un precedente jurisprudencial, aun cuando el sistema formal no acoja esta variable. A su vez, esto permite deducir que estas uniones encuentran su regulación jurídica en la incerteza que representa esta forma. Cabe resaltar que este es un aspecto altamente discutido en la doctrina de ayer y de hoy.

Para Kelsen un tribunal de última instancia debiese estar facultado para producir con sus sentencias normas obligatorias no sólo individuales sino también de carácter general. Por ejemplo, cuando crea un precedente para la resolución de casos en los que no existe un precedente contenido en la norma producida por la legislación, o bien, cuando este contenido no es claro dando espacio a la interpretación judicial<sup>345</sup>. En el primer caso se ubicarían los conflictos derivados de las uniones libres en Chile, ya sea íntegramente antes de su regulación orgánica y de manera relativa en la actualidad respecto de aquellas uniones que no encajan en el estatuto.

---

<sup>343</sup> León, recuerda como ejemplo de esto la norma contenida en el antiguo inciso final del artículo 225 del Código Civil, sobre cuidados de los hijos en caso de nulidad de matrimonio de los padres, la cual se creó en sede jurisprudencial mucho antes de dictarse la ley N° 10.271 de 1952, que vino a agregar ese inciso. León Hurtado, A., “El valor de la Jurisprudencia”, publicado en: Gaceta Jurídica, Volumen 9, N° 9, Año 1977, p. 1, Cita Online: CL/DOC/1862/2011

<sup>344</sup> Artículo 3° del Código Civil. “*Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.*”

*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*”.

<sup>345</sup> Dice Kelsen que, en el primer caso, el tribunal produciría con su sentencia con valor de precedente un nuevo derecho de fondo. En el segundo caso, la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma general. Para ambos casos funciona en forma idéntica al legislador, único órgano facultado por la constitución para legislar. Kelsen, H., “*La Teoría...*”, cit., pp.258 – 259.

Esto posicionaría al juez como un ente creador de Derecho en materias en las cuales se desconoce la intención del verdadero legislador, en cuanto se ignora si su silencio tiene la naturaleza de un rechazo o simple abstinencia. Dice Bulygin, si un juez se limitará a indicarles a los litigantes que no existe norma que resuelva el asunto, no cumpliría con su obligación de resolver el asunto, ya que su función no es informar el contenido del Derecho, para hacerlo tendrá que dictar una norma<sup>346</sup>.

Un análisis particular desarrolla Alf Ross sobre el valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho y la función del juez en esta dinámica. Primeramente, delimita el concepto de laguna legal asociándolo a casos en que la Ley no posee la condición de fuente que sirve de base a toda sentencia. A partir de ello, afirmará que la función del juez es creadora del Derecho ya que establece como se va a materializar el marco legal. Respecto a esta tarea le asigna una naturaleza esencialmente política a la función creadora del Derecho del juez, en cuanto siempre deberá definir un fin para integrar el Derecho. Finalmente, resalta que la legitimidad de esta función proviene de todo el sistema jurídico<sup>347</sup>.

En esta misma perspectiva se ha destacado desde la corriente que promueve el antiformalismo legal, una ampliación en la concepción de las fuentes del Derecho en los sistemas jurídicos. Contribuyendo a la noción del Derecho como un fenómeno social concreto que puede contener lagunas, esta realidad requerirá de mecanismos de integración como consecuencia del desfase de los Códigos frente a la realidad cambiante. Así, se pasa de concebir la labor del juez como una tarea mecánica a una función con mayor espacios de libertad adentrándose en labores creativa del Derecho<sup>348</sup>.

Esta concepción ha sido asumida en otros ordenamientos jurídicos, un ejemplo de esto lo encontramos en el Código Civil Suizo. Este autoriza expresamente al juez a actuar como legislador y crear Derecho frente a vacíos legales, requiriendo que su actuar se oriente en la

---

<sup>346</sup> Bulygin, complementa que el fundamento del juez para esta acción se justifica en la norma general, es decir, normas que correlacionan el caso genérico al que pertenece el caso individual con la solución genérica. Bulygin, E., "Los Jueces Crean Derecho", en poder Judicial y Democracia, revista Isonomía, Nº 18, 2003, p.21

<sup>347</sup> Ross, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 407 -416.

<sup>348</sup> Falcón y Tella, M., *Equidad, Derecho y Justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p.162.

doctrina y jurisprudencia existente<sup>349</sup>. Nos parece que esta posición se ajusta a la realidad de la mayoría de los sistemas occidentales, transparentando una circunstancia que se ubica en las sombras, permitiendo definir espacios para evitar liberalidades de parte de la judicatura. Respecto de un problema que resulta inevitable para la ciencia jurídica, ya que la dinámica de la sociedad siempre expone al sistema a insuficiencias.

Encontrándose las uniones no juridificadas en situación de vacío legal es posible remitirnos a la realidad de nuestro sistema jurídico frente a estas situaciones. Como hemos indicado, este dispone la obligación del juez de resolver el asunto mediante el uso de los principios de la equidad. Este concepto no se encuentra definido ni delimitado en nuestras normas, por lo que su construcción es un espacio abierto a la interpretación influido altamente por los precedentes judiciales. Distintas maneras de construir la equidad se observan en la jurisprudencia nacional. Mientras que su sentido ha sido analizado desde diversos ángulos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Según Perelman cuando las antinomias de la justicia nos obligan a transgredir a la justicia formal, se recurre a la equidad. A esta la considera como la “*muleta de la justicia*”, y un complemento indispensable cuando la justicia formal resulta imposible. La define como la “*tendencia a no tratar de manera demasiado desigual a los seres que forman parte de una misma categoría esencial*”. Destaca que la equidad disminuye la desigualdad ahí donde el establecimiento de una igualdad perfecta, se vuelve imposible debido a que se consideran simultáneamente dos o varias características esenciales que se contradicen<sup>350</sup>.

Para Guzmán Brito su definición debe tener una perspectiva histórica considerando que el origen de estas disposiciones se encontraría en otros sistemas que han servido de inspiración

---

<sup>349</sup> Señala el artículo 1º del Código Civil Suizo: Art. 1. “*The law applies according to its wording or interpretation to all legal questions for which it contains a provision.*

*2 In the absence of a provision, the court shall decide in accordance with customary law and, in the absence of customary law, in accordance with the rule that it would make as legislator.*

*3 In doing so, the court shall follow established doctrine and case law”.*

<sup>350</sup> Según Perelman la equidad se diferencia de la justicia formal en que en ésta última tiene exigencias bien precisas, mientras que la primera se caracteriza por su antiformalismo. Perelman, C., *De la Justicia*, traducido por Ricardo Guerra, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1964, p. 46.

a nuestro legislador. Identificando el origen histórico de las normas contenidas en el artículo 23 del Código Civil y del 170 del Código de Procedimiento Civil, determina que el sentido original del concepto equidad en el contexto de la integración del Derecho, se remite a la idea de que *“es aquella dirigida por la ciencia; en el entendido de que esta dirección a la equidad se encuentra sobre todo en los libros del derecho romano, o sea, en el Corpus iuris civilis”*<sup>351</sup>.

Para este efecto el autor desarrolla un análisis del concepto de equidad realizado por la escuela de los glosadores. Definiendo que el termino *“aequitas”* que ellos concebían debe entenderse como *“un equilibrio entre las cosas, que todo lo equipara, y que para casos iguales postula igual derecho”*. Desde lo empírico esta idea propone que cada vez que un juez se enfrenta a la necesidad de cubrir lagunas legales, entre los argumentos que funden su sentencia se deberá exigir *“la exhibición de un texto autorizado de doctrina jurídica en que se encuentre la solución que busca. Para el derecho civil no hay ni ha habido, ni quizá habrá en la historia otro texto más autorizado que el Corpus iuris civilis”*. Por esta vía la equidad lograría materialidad dejando de ser un concepto abstracto, teniendo un contenido verificable<sup>352</sup>.

Evidentemente, debido a la evolución que ha tenido el Derecho esta posición en su sentido original resulta compleja de aplicar en la actualidad. Aunque debiéramos separar la propuesta, debido a que el requerimiento de arraigo a los principios de la ciencia resulta del todo vigente e inalterable, ya que llena de razón y lógica la aplicación de la norma. Pero la remisión al Derecho romano resulta imposible de conciliar en nuestros días, la principal razón es su contradicción con elementos esenciales del fenómeno jurídico moderno. Por ejemplo, proyectar la tensión que esto generaría con los principios fijado en los tratados de Derechos

---

<sup>351</sup> Dice el autor que para entender esta posición es necesario considerar que estos postulados provienen de la *“escuela de la exégesis y, más aún, que pertenecen al grupo de sus fundadores. Con ellos ya estamos en presencia de aquella generación que había visto realizado el secular proyecto de reemplazar al viejo Corpus iuris civilis justiniano, que databa del siglo VI d. C., por un nuevo código; ese código era naturalmente el Code Civil, que en 1804 había por lo demás derogado al derecho romano. Estos exegetas, pues, pese a las nuevas condiciones legislativas, han aceptado, en primer lugar, un recurso del juez a la equidad; y en segundo lugar, han identificado la equidad con el derogado derecho romano”*. Guzmán Brito, A., “El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el derecho chileno”, en Estudios Dogmáticos de Derecho Civil, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005, p. 22

<sup>352</sup> Guzmán, A., *ibidem*, p. 29.

Humanos que por su naturaleza, contenido y universalidad han suplido la relevancia que represento este Derecho histórico en su tiempo.

Un contrapunto particular es el que esta propuesta provocaría en materia de Derecho de familia, donde su conciliación resultaría imposible considerando el proceso de desconstrucción de esta rama del Derecho desde hace más de un siglo. No sólo se trata de un Derecho nuevo, sino que completamente opuesto a los principios que inspiraron esta materia en Roma. Basta mencionar algunos aspectos que han variado en sentido contrario, el poder del marido en el régimen familiar, la existencia de estatutos diferenciados en los hijos, el régimen económico matrimonial, la situación de la mujer casada entre otros.

De la misma forma, bastaría considerar los principios rectores que regulan el Derecho de familia moderno, entre estos el pluralismo y el reconocimiento de otras formas familiares, la igualdad, la autonomía y la protección del más débil, esto como resultado del proceso de constitucionalización, todo lo cual configura un Derecho de naturaleza e inspiración distinta<sup>353</sup>. Quizás el único refugio para una idea de esta naturaleza sea el Derecho patrimonial, en cuanto su vinculación al Corpus Iuris Civilis aun resulta manifiesta.

Sin embargo, esta misma perspectiva histórica ha sido interpretada de una manera distinta. Según Lacruz Berdejo en los actuales sistemas jurídicos caracterizados por su rigidez y formalismo, cuyas reglas confluyen permanentemente en soluciones mecánicas reñidas con la razón. Destaca que en ciertos momentos de la historia y en ciertos lugares, este sistema ha sido doblado con el fin de corregir estas circunstancias permitiendo una interpretación más libre de la Ley. El autor ejemplifica diciendo que en Roma el pretor “*atempera el viejo y estricto ius civile con la aequitas creando un derecho más flexible y vital de propia producción*”<sup>354</sup>.

---

<sup>353</sup> Lepin, C. et alii, “Familia y Constitución”, en Revista de Derecho de Familia, Volumen III - 2016, N° 3, Año 2016, Cita Online: CL/DOC/615/2017

<sup>354</sup> Lacruz destaca esta noción señalando que Aristoteles nos habla de “*epiqueia*” que opera cuando la fórmula de la Ley es muy general y resulta injusta aplicada al caso comprendido en su texto. Lacruz Berdejo, J., et alii, *Elementos de Derecho Civil I*, parte General del Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, p. 206.

En definitiva, al momento de aplicar la equidad en su sentido de justicia al caso concreto, suele no considerarse como fuente de Derecho. Por el contrario, en los casos que los jueces la citan para resolver asuntos carentes de regulación, generalmente se traduce en identificar u orientar el uso de otras fuentes de naturaleza normativa. En el Derecho chileno este espacio carece de especificidad, a diferencia de otros sistemas jurídicos, solamente la práctica jurisprudencial da cuenta respecto al verdadero sentido de resolver un asunto conforme a equidad.

Una de las vías a las que se acude para construir el concepto de equidad es el método por analogía. Este consiste en la integración del Derecho aplicando la Ley para una hipótesis distinta para la fue creada, siempre que dicha situación no se encuentra cubierta por otra Ley. El argumento principal alude a la similitud de ambos casos cuando existe la misma razón de justicia<sup>355</sup>. El argumento analógico supondría una similitud en las situaciones, tanto para las circunstancias de hecho como para el fin jurídico a realizarse, de manera que los hechos que tienen igual valor jurídico implican las mismas consecuencias jurídicas<sup>356</sup>.

Desde la perspectiva de su utilidad en el Derecho, Atienza destaca que la analogía permite resolver uno de los problemas básicos de todo ordenamiento jurídico, esto es la innovación del sistema conservando su estructura. Señala que esto facilitaría la reducción de la complejidad del medio social al adecuar un sistema compuesto por un conjunto de normas fijas a un medio social en constante transformación<sup>357</sup>.

Debemos reconocer en Savigny uno de los inicios de este postulado, según su apreciación el sistema de analogía es posible considerarlo como una vía de interpretación de todo el sistema, en cuanto el sistema de Derecho positivo, constituye un organismo completo que se basta así mismo, y encuentra en la analogía todos los elementos necesarios para su pleno y entero

---

<sup>355</sup> Ruz, G., *Explicaciones de Derecho Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot- Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 136.

<sup>356</sup> Señala Claro que se puede emplear la analogía tanto como elemento de interpretación y como base para la integración de Ley. Lo último ocurriría cuando “*se traspone una solución jurídica a una hipótesis semejante que no se encuentra cubierta por la ley. En este último caso puede servir de base a la razón de equidad en que se fundará la sentencia*”. Claro, C., *Derecho Civil Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 88-94.

<sup>357</sup> Atienza, M., “Algunas Tesis Sobre la Analogía en el Derecho”, en *Revista Doxa*, N°2, 1985, p.224.



desarrollo. Dice el autor al respecto “*Cuando las fuentes son insuficientes para resolver una cuestión de derecho, debemos llenar esta laguna, porque la universalidad del derecho es tan esencial como su unidad*”. Luego indica “...*el resultado de tal procedimiento, con relación al derecho privado, se llama analogía, y por virtud de las mismas se llenan las lagunas en el derecho*”<sup>358</sup>.

Según Geny el sistema de analogía descansa en un instinto profundo de nuestra naturaleza y constituye un verdadero elemento sociológico que completa con su acción la naturaleza lógica de las reglas del Derecho formal. Reafirma esta idea señalando que representa el deseo de igualdad jurídica en virtud del cual a una misma situación se le debe aplicar idénticas sanciones jurídicas, de tal manera que una prescripción dictada para cierto caso deba ser transportada a otras situaciones que tengan identidad esencial<sup>359</sup>. Resalta el autor que para determinar esta identidad es necesario considerar aspectos de política legislativa como el orden moral, social y económico destinados a satisfacer la justicia concreta o la utilidad general que han inspirado la regla, sirviendo como modelo, a esto lo encaja en la denominación *ratio legis*.

En el sistema normativo nacional a diferencia de otros ordenamientos, no existe disposición expresa que autorice a un juez a usar la analogía en caso de lagunas<sup>360</sup>. No obstante, desde la jurisprudencia se observa históricamente en la práctica la remisión al uso analógico en distintas materias. De manera que se encuentra aceptado como una de las vías para construir la equidad, único concepto creado por nuestro legislador para cubrir vacíos en el Derecho. Por ejemplo, la Corte Suprema en este sentido ha señalado: “*La regulación del ejercicio de la acción civil en sede penal ordinaria, tanto en el antiguo como en el nuevo procedimiento, debe servir de base para interpretar normas oscuras o para integrar lagunas legales, que es*

---

<sup>358</sup> Savigny, F., *Tratado de Derecho Romano*, trad. Mesias J et alii, Tomo I, Edición T. Góngora y Compañía, 1878, pp. 196-200.

<sup>359</sup> Geny, F., *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Hijo de Reus editores, Madrid, 1902, pp. 522 – 523.

<sup>360</sup> Extrañamente el título preliminar del proyecto de Código Civil presentado por Bello en 1853 contenía expresamente el uso por analogía en su número 4, este indicaba así: “*En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de estas, conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural*”.

*lo que ocurre en la especie, pues así lo disponen expresamente los artículos 22 y 24 del Código Civil*<sup>361</sup>.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha destacado: “*En consecuencia, la equidad constituye la fuente formal del derecho en el supuesto que el intérprete se vea enfrentado a la necesidad de resolver una contienda, cuya solución no se encuentra dada por la norma positiva...*”. Luego nos entrega un concepto de lo que se entiende por equidad, al respecto indica: “*Que fallar de acuerdo a la equidad, en un sentido estrictamente jurídico y cuando ello es necesario, significa aplicar, materializándolo en la sentencia, un sentimiento de equilibrio respecto de los intereses en conflicto, atribuyendo a cada una de las partes del litigio lo que les es suyo sin desentenderse del ordenamiento jurídico y de sus principios generales, a efecto de no incurrir en contradicción con las soluciones específicas del mismo*”<sup>362</sup>.

En materia de la resolución de asuntos vinculado a las uniones libres, pese a que este asunto se encontraba y se encuentra en situación de laguna legal, ya sea de manera global antes de la Ley N° 20.830 y marginalmente en la actualidad. Resulta excepcional los fallos en la materia que reconozcan esta situación y fundamenten en la equidad la sentencia que resuelva el asunto. Por el contrario, se utilizan directamente otras categorías derivadas del Derecho patrimonial, esto traerá consigo una serie de inconvenientes e incongruencias en el Derecho moderno. Quizás la más relevante es excluir a la pareja de su naturaleza familiar y del catálogo de derechos y obligaciones que esto implica.

---

<sup>361</sup> Corte Suprema, causa Lizana con Fisco de Chile, Rol: 34329-2017 del 28/03/2018. En el mismo sentido, Corte Suprema, causa Vargas con Fisco de Chile, Rol: 70561-2016, del 27/07/2017

<sup>362</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, causa Patosi con Zambrano, Rol: 32988-1998 del 10/10/2000. También la Corte de Apelaciones resolviendo un asunto sobre la acción de retrocesión ha señalado: “*Que teniendo presente que el asunto materia de este juicio, a falta de ley expresa que lo resuelva, deberá ser decidido conforme a los principios de la 'equidad natural,* ”. Luego resolviendo directamente en base a la equidad señala en su considerando 52° que “*...fundándose en todas las consideraciones hechas en los motivos 24 al 51 de este fallo, el tribunal estima, de equidad y más conforme a los principios generales del Derecho, acoger la acción de retrocesión invocada como subsidiaria de otras peticiones de la demanda*” Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, causa Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero, considerando 46, 12 de marzo de 1984.

En efecto uno de los fallos que es posible destacar es el dictado por la Corte Suprema durante el año 2012, mediante el cual se concede una compensación económica a favor de unos de los integrantes de una unión libre. En este caso siguiendo el criterio de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la Corte acudirá a la equidad como vía de resolución argumentando que “*ante las consecuencias jurídicas de una relación como la descrita, basta con recurrir a determinados preceptos normativos, si es que existieren o a la necesidad y justicia material subyacente en una sociedad y estado democrático*”<sup>363</sup>.

En esta causa el tribunal procede a aplicar la institución de la compensación económica extendiéndola más allá de los fines fijados por el legislador. Esto no sólo al utilizarla en una relación no matrimonial, sino también al aplicarla en una situación fáctica distinta a la nulidad y al divorcio para las cuales se estableció en la ley. La justificación de esta actuación judicial se sustenta justamente en el uso de la equidad como argumento central de la sentencia<sup>364</sup>. Conforme a esto la búsqueda de justicia para el caso permite extenderse a todo el sistema jurídico, incluido las normas que regulan el matrimonio.

Cabe aclarar que, aun cuando pareciera que el tribunal concede la compensación económica vinculada al instituto matrimonial; más bien lo que se otorga es una indemnización general sustentada en los elementos propios de la compensación. Por tanto, esto lo aleja del método de la analogía, configurando una creación abierta conforme los principios de equidad. Así lo indica la sentencia en su considerando vigésimo octavo en que define como una “*indemnización por el perjuicio personal, siendo la equidad el instrumento para determinar el daño resarcible*”<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> Sentencia Corte Suprema causa Rol N° 337/2011, Sánchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino, de fecha 7/03/2011, considerando séptimo.

<sup>364</sup> En el inicio de la causa en primera instancia la parte demandante solicitaba directamente al uso de la equidad y el uso de la analogía como vía de solución frente a la falta de norma, al respecto señalaba: “*es de toda equidad que si la cónyuge que abandonó al causante sin cumplir con sus obligaciones legales pueda solicitar sus derechos a título de gananciales o herencia por ejemplo, se le permita a la concubina reclamar una compensación razonable por su asistencia y cooperación con el causante, por haberse dedicado a tiempo completo a la familia que formó con él, quedando impedida para ejercer una actividad lucrativa que le permitiese ahorrar para su futuro*”. Sentencia Segundo Juzgado Civil de Valparaíso, causa Rol N° 1977/2010, Sánchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino, de fecha 29 de enero de dos mil diez.

<sup>365</sup> Espada, S., “*¿Compensación de índole económica basada en la equidad o atribución derechos sucesorios al conviviente sobreviviente?*”, en Revista Chilena de Derecho Privado, No 20, 2013, p. 115.

En la generalidad de los casos la práctica de los tribunales consiste en resolver el asunto aplicando categorías patrimoniales como la comunidad de bienes o la sociedad de hecho. Esto en la búsqueda de alguna obligación que permitiera asignarle efectos jurídicos a la convivencia afectiva. Postulamos que en esto existe indirectamente un uso del método analógico, específicamente la analogía *iuris*, es decir, aquel que no considera una norma en particular, sino que partiendo de un conjunto de normas trata de extraer de ellas un principio general del Derecho, ajustándose con ello al requerimiento del artículo 24 del Código Civil<sup>366</sup>.

Para este efecto será necesario diferenciar entre las antiguas uniones libres, es decir, las uniones previas a la Ley N° 20.830, que no registraban antecedentes en el sistema legal que sirviera como equivalente para aplicar otra vía de solución método, por lo que no parecía extraño e incluso registra cierta lógica dentro del Derecho comparado la solución por vía de analogía *iuris*. Sin embargo, la duda respecto de esta vía surge con la incorporación de un estatuto específico que regula esta forma de uniones afectivas.

Al respecto, consideramos que este nuevo escenario significa un cambio indirecto en la manera de abordar esta problemática. Particularmente, proponemos una traslación desde el método de analogía *iuris* al de analogía *legis*. El argumento principal se sustenta en la existencia de reglamentación específica de la convivencia, que si bien, está prevista para una hipótesis diferente guarda tanto identidad de razón como similitud en sus fines. resultando resulta plenamente aplicable en la determinación del concepto de equidad, o de los principios generales de la legislación. Esta discusión tiene cierto desarrollo a nivel de la doctrina extranjera, sin que en nuestra realidad jurídica hubiere alcanzado profundidad<sup>367</sup>.

---

<sup>366</sup> Dentro de las nociones de la aplicación de la analogía *iuris*, en España por ejemplo los tribunales han ampliado sus fuentes para resolver estos asuntos utilizando de manera amplia la idea de principios generales del Derecho. Entendiendo que esta opción de la analogía *iuris* al no partir de la aplicación de una sola norma, permitiría extraer del conjunto de normas que regulan la materia una solución. Esto incluiría el régimen de regulación matrimonial, las categorías derivadas del Derecho patrimonial u otras que aparezcan vinculadas. En este sentido véase: Moreno, V., “La analogía *iuris* como forma de aplicación de la pensión por desequilibrio a las parejas de hecho” en Diario La Ley, N° 7122, Sección Tribuna, 25 de febrero de 2009, Año XXX, Ref. D-67, Editorial LA LEY, p.3.

<sup>367</sup> Así se ha señalado que esta vía es una herramienta básica para la administración de justicia de todo el mundo y que para determinar si debe aplicarse analógicamente una norma, debe demostrarse: 1) la existencia de una

En doctrina se ha destacado la circunstancia de que el sistema de analogía permite en su búsqueda de los principios generales del Derecho el ingreso de la equidad en el proceso de integración. Este proceso tendría la siguiente secuencia, autorizado en el sistema legal el uso del método por analogía, este permitiría la identificación de los principios generales del Derecho que deben suplir el vacío legal existente. Una vez que esto ocurre, la equidad permitirá interpretar los principios para aplicarlos al caso concreto. Desde lo concreto a lo abstracto<sup>368</sup>.

En el caso del Derecho chileno esto operaría en sentido contrario, es decir, frente a la inexistencia de norma que ordene el uso analógico se recurre directamente el uso de la equidad, de lo abstracto a lo concreto. Esto permitiría, tal como lo ha indicado la jurisprudencia flexibilizar las sentencias, adoptando medidas como: “1.- *Prescindir de las formas para tomar en consideración preferente la naturaleza de las relaciones*; 2.- *Opera sobre las personas y no sobre las cosas*, 3.- *Protege al diligente, no a quien descuida su derecho* y 4.- *La igualdad es en principio, equidad*”<sup>369</sup>.

Sostenemos que el uso del concepto de la equidad utilizado en el Derecho chileno conforme la orientación jurisprudencial ocupada para otras materias, permitiría una ampliación de las fuentes a las cuales puede acudir la magistratura para la resolución de estos asuntos, favoreciendo con ello la actualización del Derecho en la materia. Esta búsqueda para construir la equidad, admitiría remitirse directamente no solo al AUC, sino incluso al instituto matrimonial<sup>370</sup> como efecto del uso del sistema analógico<sup>371</sup>.

---

laguna y, 2) “*la semejanza entre los dos supuestos (el que está explícitamente regulado y el que no). La semejanza debe fundamentarse en la ratio legis o mens legis, es decir, en la identificación de la razón, motivo o fin para el cual se dispuso la norma*”. Ramón Cossio, J, “Concubinato, Analogía y Justicia Familiar bajo la Constitución”, en Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 28, 2008, p. 207.

<sup>368</sup> Falcón y Tella, M., “*Equidad...*”, cit. n. 436, p. 246.

<sup>369</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa 1298/2010, Sanchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino, de fecha 29 de enero de dos mil diez

<sup>370</sup> En este sentido véase Gavidia, J., “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, en Revista Jurídica del Notariado, N° 32, 1999, pp. 218-220.

<sup>371</sup> Esta posibilidad de aplicar por analogía las reglas del matrimonio ya ha sido acogida por los tribunales españoles, en ambos sentidos. Por ejemplo, a favor de aplicar la compensación económica cuando las leyes dictadas en ciertas comunidades autónomas para regular las uniones libres no la han regulado. Entre estas podemos señalar: SSTS del 16 de diciembre de 1996; SSTS 5 de julio del 2001; SSTS del 16 de julio de 2002 y SSTS del 10 de marzo de 2003. Mientras que en contra por parte del Tribunal Constitucional Español

La postura frente a esta propuesta, no ha resulta unívoca en el caso español el Tribunal Superior ha justificado un fallo en contrario señalando que: *“Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”*. Por esto justifica el alejarse de la *“analogía iuris”* de normas propias del matrimonio, ya que esto implicaría inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad, así procede a denegar la compensación económica para las parejas convivenciales<sup>372</sup>. Resulta claro que se trata de realidades distintas, en especial debido a la existencia del Matrimonio igualitario en dicho ordenamiento. Aun así, el criterio como hemos indicado no resulta unívoco frente a la misma situación.

En la situación actual de nuestro ordenamiento, postulamos que inclusive, es posible pensar en la aplicación de principios derivados del del sistema de Derechos Humanos y su práctica, todo como expresión de un criterio de lo justo en materia de familia de nuestros tiempos. Estas soluciones favorecerían la resolución de los asuntos dentro de un contexto más propio del ámbito familiar, permitiendo el abandono de líneas jurisprudenciales que parecieran no ir de la mano con la evolución social y que se manifiestan como una solución residual propia de las nociones de inicio del siglo XX<sup>373</sup>.

En efecto el impulso inicial que justificaba las soluciones a los problemas de las uniones libres, se encontraba relacionado con los paradigmas morales de antaño en que el

---

encontramos: Sentencia de 20 de octubre de 1994 declara que no se pueden aplicar a la unión de hecho las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales, aunque aquélla puede en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación. Sentencia de 30 de diciembre de 1994 que negó que se declarase el derecho al uso y disfrute de la vivienda que había sido común.

<sup>372</sup> STS 12 septiembre 2005. Este mismo criterio se ha repetido posteriormente en las siguientes causas, SSTS 22 febrero 2006, 19 octubre 2006, 27 marzo 2008 30 octubre 2008, 11 diciembre 2008 y 6 octubre 2011.

<sup>373</sup> Un ejemplo, es posible observarlo en un fallo de la Corte Suprema del siglo pasado respecto a un matrimonio celebrado únicamente en sede religiosa. En este se estableció que entre ambos existía un cuasicontrato innominado que permitía reembolsar a la conviviente por los servicios prestados durante la vida en común, consistentes en la atención personal de la familia. Sentencia Corte Suprema, a de 18 de agosto de 1920, en Revista de Derecho y Jurisprudencia XIX, 1922, sección primera, p. 256. Esta misma línea se observa en la práctica en España véase un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJA 16/2016), del 10 de junio del 2016.

reconocimiento del carácter de familia estaba asociado exclusivamente a la institución matrimonial. Este criterio ha sido abandonado en nuestra legislación, sin embargo la realidad de la jurisprudencia aun no se ha adaptado a ello<sup>374</sup>.

Asumido el vacío legal que existe en la actualidad en materia de uniones libres no registradas, de la misma manera la apertura de un espacio de creación judicial de Derecho y destacando la utilidad que tiene la jurisprudencia en nuestros días, resulta interesante analizar si estas resoluciones se ajustan a los requerimientos y limitaciones que establece el Derecho moderno a la función judicial. Finalmente, indagar respecto a cómo influye en estos fallos la presencia del nuevo estatuto vigente en Chile que regula las uniones libres.

Son amplios y variados los factores que en la actualidad influyen en la labor judicial, proponemos a lo menos tres variables que limitan y direccionan su función estas son: a) los tratados de Derechos Humanos; b) la constitucionalización del Derecho en general; c) la interacción de la teoría de los principios y ; d) las sentencias de los tribunales internacionales y sus mecanismos de control.

No cabe duda que la idea de los Derechos Humanos en nuestros días se conforma como un mínimo de justicia básico para los Estados democráticos<sup>375</sup>. Estos trazarán los límites de cualquier reflexión de naturaleza ético política, resumiendo el consenso universal sobre diversas materias. Pese a ello su concepción es una cuestión aún discutida en doctrina,

---

<sup>374</sup> Es posible percibir que aún en los años 2016 y 2017, estando ya vigente el estatuto fijado para la Acuerdo de Unión Civil el sentido de la jurisprudencia para resolver los asuntos derivados de uniones no registradas no ha variado en nada. Es decir, se sigue aplicando la ficción de la comunidad o de la sociedad de hecho, exigiendo los criterios propios del Derecho patrimonial, tales como la prueba del aporte económico o la adquisición de los bienes con el producto del trabajo realizado conjuntamente, no reconociendo por ejemplo el valor del trabajo doméstico y la crianza de los hijos como un aporte. Todas cuestiones asumidas en el resto del Derecho de Familia. A modo de ejemplo véase: Corte Suprema, causa Carril con Soto, Rol: 819 del 05/09/2016. Corte suprema, causa González con Guillet, Rol: 19069, del 23/08/2017. Corte Suprema, causa Gajardo con Toledo, Rol: 6972, del 26/04/2016.

<sup>375</sup> Según Bobbio esto se traduce en que el fundamento de derechos son condiciones para la realización de valores es la apelación a dichos valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, sino que se asumen. *“Estos valores son antinómicos, y no se pueden realizar todos global y contemporáneamente. Para realizarlos hacen falta concesiones de ambas partes: en esta obra de conciliación, que requiere renunciaciones recíprocas, entran en juego las preferencias personales, las elecciones políticas, las orientaciones ideológicas”*. Bobbio, N., *“El Fundamento...”*, cit. n. 423, p.11.

moviéndose entre una orientación de carácter liberal centrada en la autonomía y dignidad de la persona; y otra tradición socialista centrada en los principios de comunidad y solidaridad<sup>376</sup>.

Desde la perspectiva jurídica resulta una exigencia no discutida que toda rama del Derecho debe coincidir con los valores que propugna la Constitución. También, resulta mayoritariamente aceptado que estos valores resultan complementados con aquellos provenientes desde los tratados de Derechos Humanos. Estos irradian su efecto por dos vías, primeramente interviniendo en términos generales en todo el sistema jurídico mediante su incorporación al bloque de constitucionalidad<sup>377</sup>. En segundo lugar, con su influencia en el conjunto de modificaciones que desde su existencia se han propiciado en el Derecho.

Hasta hace no mucho tiempo a nivel nacional, la realidad jurídica en materia de familia se mantenía en constante contradicción entre los compromisos internacionales y la estructura normativa infraconstitucional. Este aspecto promovía la inseguridad jurídica tanto a nivel privado como en las relaciones con el Estado, posicionando al ente público en una situación de continuo incumplimiento. Al mismo tiempo, esta situación dificultaba la tarea de los operadores jurídicos, en especial de los jueces llamados aplicar el Derecho. Estos factores motivarán una gama de actualizaciones en la legislación interna de familia con el fin de armonizar el ordenamiento jurídico.

Por esta razón se establecerá como un requerimiento básico para la consolidación del Estado democrático de Derecho, que todas sus leyes y resoluciones judiciales se encuentren alineadas con la normativa constitucional. Este aspecto incluye el respeto por los valores consagrados como Derechos Humanos en los tratados internacionales, fijado en nuestra propia Constitución como un límite a la soberanía del Estado. Este proceso en el Derecho de familia ha sido compartido con otras latitudes, generando un sostenido proceso de constitucionalización vinculado a la consagración de los Derechos Humanos<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Editorial Fontamara, México, 2007, pp. 149 -150.

<sup>377</sup> En nuestro caso mediante la inserción del artículo 5 de nuestra Constitución Política del Estado.

<sup>378</sup> Hernández, G., “Familia y Derechos Humanos en el Ordenamiento Chileno”, en *Revista de Derecho de Familia*, Volumen III - 2016, N° 3, Año 2016, Cita Online: CL/DOC/612/2017.



Cabe destacar en contrario, el trabajo de Lathrop consistente en un estudio empírico realizado en base a fallos del tribunal constitucional chileno en materia de familia. Conforme el resultado dicho estudio, la autora postula que nuestro país no cuenta con una debida acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional. Sólo excepcionalmente el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el fondo de los asuntos. Dos razones existirían para esta causa: primero que la mayoría de los requerimientos son declarados inadmisibles y; segundo, la invocación recurrente del Tribunal a la denominada reserva legal impidiendo el análisis de fondo de las materias. Por lo anterior, sostiene que el proceso de constitucionalización no se daría de manera integral faltando que la norma legal se impregne de los principios constitucionales<sup>379</sup>.

Debemos resaltar no obstante que estas premisas han comenzado a materializarse, así un ejemplo de la inclusión material de los tratados de Derechos Humanos lo encontramos en uno de los procesos de codificación más modernos de Latinoamérica. El Código Civil y Comercial argentino recientemente promulgado lo incorpora en su artículo 2 como un elemento para la interpretación de la Ley “*las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos*”<sup>380</sup>.

En esta misma línea las sentencias de los tribunales internacionales de Derechos Humanos tienen en la actualidad una gran trascendencia en la modelación de los sistemas jurídicos. Una serie de principios han permitido configurar la importancia que estos fallos tienen en la dinámica del Derecho moderno. Estos principios tendrán una tarea central en la incorporación efectiva de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos. Esto lo realizarán principalmente en una tarea interpretativa, pero en la actualidad se utilizarán también para integrar vacíos legales, armonizando con ello todo el sistema de los derechos jerárquicamente superiores.

---

<sup>379</sup> Lathrop, F., “Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno”, en Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, 2017, pp. 329 – 372.

<sup>380</sup> El tenor literal de este artículo 2° es el siguiente: “*Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

Por su parte la teoría de los principios ha removido todos los cimientos en lo que se afirmaba el Derecho hasta bien avanzado el siglo XX. Sus postulados proponen la superación del modelo jurídico instalado desde el positivismo jurídico para las democracias de nuestros días. En este sentido, se ha señalado críticamente respecto a la propuesta del formalismo jurídico en retirada que este solo aportaría una visión reducida, incompleta, unidimensional y formal del Derecho<sup>381</sup>.

Desde este enfoque, se ha destacado que el Derecho del siglo XIX y gran parte del XX, fue de naturaleza monista guiado por los valores de la burguesía liberal. Este modelo social dará lugar al *“Estado de Derecho basado en una idea fuerte de soberanía y en la omnipotencia de la ley; y, a su vez, esta organización política alentó una particular cultura jurídica, el positivismo”*. En la actualidad este paradigma ha cambiado hacia una sociedad pluralista que reclama la coexistencia de distintos valores los cuales se concretan en garantías fundamentales. Esto será posible observarlo en las nuevas Constituciones que promueven un Derecho y una ideología jurídica dúctil que sirve de alternativa al positivismo<sup>382</sup>.

Sus fundamentos aluden a que el actual proceso de constitucionalización por el que atraviesa todo el Derecho, ha incorporado un contenido ético – valórico en los sistemas normativos reinsertando la moral en lo jurídico. Recordemos que esta cuestión es un argumento central en la histórica separación entre Derecho natural y positivo, por lo que la inserción de un contenido ético al Derecho se visualiza como doctrinante y complejo. Desde esta perspectiva podemos comprender la Constitución como portadora de un sustrato de valores y principios fundantes de una comunidad política<sup>383</sup>. Estos valores provienen tanto del diálogo político

---

<sup>381</sup> Esta doctrina viene a entregar una mirada global del fenómeno, destacándose que su ejercicio permitiría complementar el objeto de estudio del Derecho, ratificando que este no termina en el simple conocimiento de las normas jurídicas. Larrauri Torroella, R., “Enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho contemporánea”, en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 4, número 7, 2006, p.154

<sup>382</sup> Prieto Sanchis, L., “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)”, en Anuario de Filosofía del Derecho XIII, 1996, p. 126.

<sup>383</sup> En este sentido Díez-Picazo señalaba: *“Lo que ocurre es que, en una perspectiva liberal-democrática, son precisamente los derechos fundamentales los que constituyen el armazón de la propia idea de orden público”*. Díez Picazo, L., “Notas Sobre la Renuncia a los Derechos Fundamentales”, en Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, N° 45, 2001, p. 133.

interno como del contexto internacional, traduciéndose en un amplio catálogo de derechos fundamentales concretándose en normas jurídicas que para ser garantizadas deben ser interpretadas por los órganos jurisdiccionales<sup>384</sup>.

Esta interpretación de derechos fundamentales se ubicará en un plano exclusivamente axiológico, cuyo ejercicio consistirá en definir el alcance de los valores que la comunidad política determina como primarios para cada momento<sup>385</sup>. Para ello, los tribunales acuden a una serie de reglas y principios interpretativos intentando delimitar el concepto y la extensión de los derechos<sup>386</sup>.

Estos principios jurídicos han sido definidos como “*normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario*”<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> Aguilar Carvallo, G., “Principios de Interpretación de los Derechos Fundamentales a la Luz de la Jurisprudencia Chilena e Internacional”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIX, núm. 146, mayo-agosto, 2016, p. 17.

<sup>385</sup> Por ello, Cea Egaña señala que el ejercicio de interpretar consistiría en “*buscar esos valores, descubrirlos en los principios y normas en que aparecen articulados, para después comprenderlos y tratar de ponerlos en práctica*”. Cea Egaña, J., *Derecho Constitucional Chileno*, 2a. ed., Santiago, Ediciones UC, tomo I, 2008, p. 155.

<sup>386</sup> Resulta clarificador los argumentos señalados por un voto disidente en una causa vista ante nuestra Corte Suprema, cuyo tenor es el siguiente: “*Que, en este sentido, cabe señalar que la interpretación que los jueces del fondo han realizado respecto de la norma materia de la controversia resulta armónica, al perseverar una coherencia lógica y axiológica del sistema jurídico, se ajusta plenamente al principio “favor libertatis”, en cuya virtud se prefiere entre diversas opciones la que restringe en menor medida el derecho cautelado, primando la norma más favorable a la persona y permite la adaptación del derecho a las exigencias de bien común de la vida social. Por otro lado, también respeta el principio del Interés Superior del Niño, desde que amplía la posibilidad de otorgar el amparo y protección de la Adopción, al permitir la participación de más personas en estos procedimientos, en la medida que cumplan las demás exigencias legales y condiciones habilitantes*”. Voto disidente del ministro Sergio Muñoz de la Corte Suprema don Sergio Muñoz, en causa Rol N° 9.088-11, del 28 de febrero del 2012.

<sup>387</sup> Alexy, antepone al concepto de principio la idea de las reglas como normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Alexy R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en DOXA, no 5, 1988, pp. 143-144

Este aspecto permitiría ampliar los espacios de deliberación judicial no de manera desenfundada, sino por el contrario la utilización de estos principios tiene un arraigo de carácter normativo-material, ya que es el propio sistema el que ordena su aplicación. Esto ha comenzado a materializarse con la inclusión expresa de estos principios en las nuevas estructuras normativas nacionales y en el reconocimiento que la judicatura realiza de ellos<sup>388</sup>. En el fondo esto ayuda al juez a evitar situaciones injustas por la aplicación rígida de una determinada norma. Esto suele ser común en espacios en que existen vacíos legales en el que la prioridad es la ubicación de una norma que resuelva el asunto más que la búsqueda de justicia<sup>389</sup>.

Este paradigma propuesto originalmente en el trabajo de Dworkin fundamenta el Derecho como un sistema compuesto por reglas y principios jurídicos. La tesis del autor se puede resumir en los siguientes aspectos: a) toda norma tiene como origen principios éticos; b) los jueces no pueden actuar discrecionalmente frente a vacíos o antinomias, sino que deben aplicar estos principios; c) la garantía y protección efectiva de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico, en cuanto permite proteger a los ciudadanos frente a las agresiones del Estado y de la mayoría<sup>390</sup>.

Estos principios se diferencian de las reglas que también componen el sistema, en que estas últimas exigen un cumplimiento pleno, por tanto, no están sujetas a ningún tipo de ponderación, en definitiva, se cumplirán siempre en su totalidad. Los principios tendrán una función de utilidad práctica, cubriendo las falencias que un sistema integrado únicamente por

---

<sup>388</sup> Por ejemplo, la Corte Suprema en materia laboral ha señalado: *“De la raigambre tuitiva del Estado, que confiere su carisma al derecho social, deriva una serie de principios de especialidad que, siempre en la arena del artículo 24 del Código Civil, deben ser traídos a colación, justamente porque se presentan como autorizada y consensuada fuente supletoria enfrente de vacíos u oscuridades de la ley textual”*. Corte Suprema, causa Roa con Zúñiga, Rol 29884-2014, Recurso de Unificación de Jurisprudencia Laboral, del 15/09/2015.

<sup>389</sup> Un claro ejemplo de esto, es el conflicto que se genera entre la existencia de una unión de hecho y una sociedad conyugal previa. Cuando la unión convivencial es mucho más extensa en tiempo y en relevancia en la vida de los convivientes y en que la aplicación preferente y excluyente de la sociedad conyugal, deriva en los mismos resultados injustos que la vía jurisprudencial se ha encargado de paliar frente al vacío legal. En este sentido véase lo comentarios a la jurisprudencia de la Corte Suprema en Turner, S., *“Sentencia sobre los Efectos de la Terminación de una Unión More Uxorío y su Relación con un Régimen Patrimonial Matrimonial Vigente”* en Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - diciembre 2005, pp. 233-244.

<sup>390</sup> Dworkin, R., *Los Derechos En Serio*, Trad. M. Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pp. 7-412.

reglas presenta frente a la necesidad inexcusable de resolver conflictos en una sociedad compleja.

En esta tarea los principios a diferencia de las reglas no resuelven directamente el fondo del asunto, sino que colaboran en la búsqueda de decisiones favoreciendo los argumentos a favor de una u otra posición normativa. A esto respondería tanto la naturaleza finalista que se reconoce en ellos, como su carácter complementario en un plano de parcialidad<sup>391</sup>. En este aspecto, suele indicarse que las reglas no precisan ni pueden ser objeto de ponderación, mientras que los principios necesitan y deben ser ponderados.

A este conjunto de situaciones que ocasiona la vida en una sociedad reglada conforme a Derecho, se les ha denominado como *casos difíciles*. Este concepto agrupa determinados litigios que no se pueden subsumir claramente en la descripción rígida de la norma como el caso en estudio. Frente a ellos, el juez llamado siempre a resolver el asunto tendrá espacio para generar nuevo Derecho conforme a elementos metajurídicos. Esta cuestión solo ocurrirá desde un enfoque realista, ya que desde la teoría un juez jamás debe crear Derecho.

Frente a estos casos difíciles o dudosos, puede hablarse de la existencia de un ámbito de apertura en el sistema jurídico, en estos tendrán especial importancia como factores desencadenantes: a) la falta de una norma en la que pueda apoyarse la decisión; b) la posibilidad de contradicciones entre normas; c) la vaguedad del lenguaje del Derecho y; d) la posibilidad de decidir, en casos especiales, en contra del texto de una norma<sup>392</sup>.

La propuesta tendrá gran utilidad en el devenir de la sociedad moderna debido a la proliferación de zonas oscuras en el Derecho. Bajo este concepto es posible agrupar espacios

---

<sup>391</sup> Ávila, H., *Teoría de los Principios*, traducción de Laura Criado, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 70.

<sup>392</sup> Alexy en este punto señala “*Por definición, el ámbito de apertura del derecho, no puede decidirse sobre la base del derecho positivo pues si tal fuera el caso, no se estaría en el ámbito de apertura. Como solo el derecho positivo es derecho, en el ámbito de apertura el juez tiene que decidir en todos los casos dudosos sobre la base de pautas no jurídicas o extrajurídicas. En esta medida, está autorizado por el derecho positivo —de una manera básicamente igual a la del legislador— a crear nuevo derecho sobre la base de pautas extrajurídicas*”. Alexy, R., *El Concepto y la Validez del Derecho*, traducido por J. Seña, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 74.

en que las reglas que componen un sistema jurídico no resultan suficiente para asegurar el orden social. Entre los principales casos complejos para la técnica legislativa podemos destacar: 1) lagunas legales por falta de norma frente a los cambios sociales; 2) antinomias jurídicas, cuestión que ha crecido debido a la proliferación de normas internacionales en tiempo de globalización; 3.) espacios de no – derecho, en que pese a existir norma esta no logra penetrar en ciertas zonas.

Estos principios operarían en una dimensión distinta a las reglas, lo cual solo es posible apreciar cuando dos principios entran en colisión. “*Si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor*”<sup>393</sup>. Esta cuestión, operará en contrario en el caso de las reglas, ya que frente a una contradicción entre dos reglas, es decir, una norma permite lo que otra prohíbe, funcionan las jerarquías que acceden a dar coherencia a los sistemas jurídicos, quedando una norma invalidada frente a otra de mejor posición<sup>394</sup>.

Un segundo elemento a considerar, será la función que cumplen estos principios en la integración de derechos fundamentales a las constituciones, ya no como “*reglas de mera observancia, sino como principios que se respetan en mayor o menor medida y que, por ello, son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto entre sí, algo que ocurre a menudo*”<sup>395</sup>. A esto se ha denominado como *constitucionalismo de principios*, resumiéndolo

---

<sup>393</sup> Alexy, R., “*Sistema jurídico...*”, cit., p. 141.

<sup>394</sup> Cordero, indica al respecto que en la medida que este ordenamiento está integrado por una pluralidad de normas, parece necesario determinar si todas éstas gozan del mismo valor o, por el contrario, existen normas que están en una relación de supraordenación respecto de las otras. El principio de unidad ya anuncia la respuesta, pero es bueno tener presente que el derecho histórico nos da cuenta de la idea permanente de establecer rangos de normas, como la forma más elemental para resolver los conflictos que se presenten entre ellas. Sin embargo, esta idea no se consolidará hasta la llegada del Estado liberal. Bajo este nuevo orden, las instituciones políticas son ordenadas jerárquicamente. Cordero, E., “Los Principios y Reglas que Estructuran el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, 15 (2):11-49, 2009, p.33.

<sup>395</sup> A partir de esto Ferrajoli destaca la labor interpretativa o argumentativa como una función relevante dentro de la práctica del Derecho, esto en cuanto el Derecho abandona el lugar de conformarse exclusivamente como mandato y se sitúa en los valores que emanan de la práctica social sujeta a interpretación. Ferrajoli, L. “Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 21-22.

en la preponderancia de los siguientes factores: a) valor en vez de norma; b) ponderación en vez de subsunción; c) omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; d) omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución<sup>396</sup>.

Esto se encuentra asociado a la de indeterminación que presentan los principios, requiriendo por tanto un proceso de materialización para darle sentido a su uso, permitiendo relevar la labor judicial y la argumentación jurídica a un sitio de importancia. En la actualidad, ambos factores juegan un papel trascendental para la resolución de conflictos vinculados a derechos fundamentales, actuando como parámetros interpretativos para casos concretos<sup>397</sup>. La inclusión de estos principios ha permitido entregar mayores herramientas a los jueces para la resolución de los conflictos complejos que se someten a su conocimiento, aperturando la existencia de un Derecho mucho más flexible.

De esta indeterminación surgen sus principales críticas, que se encuentran asociadas a la influencia política e ideológica que puede afectar la resolución de conflictos judiciales. Así, se verían afectadas cualidades como la imparcialidad y la certeza jurídica, favoreciendo la libertad del juez para resolver. Como contrapartida, se argumenta que la propuesta del formalismo jurídico no resulta diferente, ya que solamente se cambiarían los conceptos, asumiendo esta función la equidad natural, la justicia, la libertad, la igualdad o moralidad, sin precisar objetivamente de que se trata<sup>398</sup>.

Es posible destacar que en el actual proceso de globalización jurídica, las organizaciones internacionales han recurrido al uso de los principios para efecto de abarcar la mayor cantidad

---

<sup>396</sup> Prieto Sanchis, L., “El constitucionalismo de principios...”, cit., pp. 125-158.

<sup>397</sup> Nash, C. et alii, “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 15, No 1, 2017, pp. 25 - 26

<sup>398</sup> Dice Zagrebelsky “*la concepción de justicia de la mayoría de los jueces del tribunal constitucional podría ser considerada sencillamente intolerable. Dicha concepción de la justicia podía contrastar completamente con la de la mayoría de la población y evidentemente con la del Parlamento...*” Zagrebelsky, G., “*El Juez Constitucional en el Siglo XXI*”, traducido por Ferrer Mc-gregor, ponencia presentada en el Primer Congreso de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, 2008, p.2. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2725/7.pdf> [Visitado: 17/11/2017]

de situaciones posibles, atendiendo con ello la gran diversidad de realidades que deben incorporar dentro sus marcos jurídicos<sup>399</sup>. De esta manera, un número importante de principios provienen actualmente de instrumentos internacionales vinculados a Derechos Humanos resultando común a distintos sistemas jurídicos.

Un ejemplo de la importancia de estos principios en el Derecho de familia moderno, es el caso del interés superior del menor. El cual ocupa un lugar estructural, manifestando su naturaleza de principio mediante proposiciones directivas a las que se recurre para resolver casos no previstos en la ley, contribuyendo además al esclarecimiento del sentido de las normas cuando es necesario interpretarlas. Este se integra dentro de un conjunto de principios que configuran esta rama del Derecho, tales como el pluralismo jurídico familiar incluido el acogimiento general de las uniones libres, la igualdad familiar, el principio de la mínima intervención del Estado en materia familiar<sup>400</sup>, de libertad familiar, de responsabilidad, de solidaridad entre otros<sup>401</sup>.

Este escenario traerá como consecuencia el aumento de espacios de colisión jurídica, tanto entre reglas con otras reglas como entre principios, e incluso de reglas con principios<sup>402</sup>. Todo

---

<sup>399</sup> Esto se vincula directamente a lo que se ha denominado el valor ontológico de los Derechos Humanos, es decir, estos derechos no reciben su valor desde la norma positiva (reglas), sino que su fundamento yace en derechos preexistentes e independientes del sistema positivo. Sobre esta materia ver: Bulygin, E., “*Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos*”, en revista DOXA, N°4, 1987, p.79. En la misma línea revisar en su totalidad, Ollero, A., *Derechos Humanos entre la Moral y el Derecho*, Serie Doctrina Jurídica N° 372, México, 2007.

<sup>400</sup> Según la doctrina este “*consiste en que el Estado no puede intervenir a través de sus órganos en la familia contra la voluntad de la propia unidad familiar, sino en casos graves y extremos*”<sup>400</sup>. De esta manera es la unidad familiar quien tutela el bienestar de los menores, correspondiéndole al Estado solo una función supletoria interviniendo únicamente de forma directa en última instancia. Pinochet, R. y Ravesllat I., “El principio de mínima intervención del Estado en los Asuntos Familiares en los Sistemas normativos chileno y español”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV (Valparaíso, Chile, primer semestre de 2015) p.72.

<sup>401</sup> Medina, G., “Principios del Derecho de Familia”, en Revista de Derecho de Familia”, Volumen IV - 2016, N° 4, Año 2016. Westlaw Chile cita Online: CL/DOC/547/2017.

<sup>402</sup> Un argumento al que ha acudido la jurisprudencia internacional como política de ajuste a estos estándares es la interpretación progresiva de las normas, actualmente este criterio está siendo aplicado también por tribunales nacionales. Así, el Tribunal Constitucional español ya en el año 1981 señalaba que “*lo que se protege constitucionalmente no es un contenido concreto de la institución, sino su preservación en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, de modo que*



esto como efecto de la existencia de instancias internacionales, regionales y globales que influyen en el plano legislativo. Frente a estas circunstancias, el juez debe recurrir a dar sentido al ordenamiento jurídico dentro de un universo de fuentes bastante amplio que deberá interpretar y preferir.

Al momento de confrontar esta asociación en un proceso judicial en que se debe ponderar hechos ajustándolos a la norma. Los jueces deberán valorar estos hechos en base a un diálogo sincrético, esto significa considerarlos en el contexto moderno, resguardando y justipreciando los valores prioritarios para la época. De manera general, un claro ejemplo de este sincretismo, es la presencia de los principios emanados de los Derechos Humanos que representan un sentir actual de la humanidad.

De manera específica, la existencia por ejemplo del principio *pro homine* o pro persona permitiría resolver varios asuntos en materias asociadas a las uniones convivenciales no juridificadas de manera mucho más equilibrada. Este ha sido definido como “...*un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre*”<sup>403</sup>.

Este principio será posible aplicarlo sin importar la jerarquía de la norma, ya sea de nivel legal, constitucional o internacional, prevalecerá la que otorgue mayor protección a los derechos del individuo, o bien la que sea menos dañosa o restrictiva de estos derechos. Esta

---

*no cabe limitarla privándole en la práctica de sus posibilidades de existencia real para convertirla en un simple nombre*”. Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 32/1981. Este principio se reitera en el mismo tribunal a propósito de las alegaciones frente a la admisibilidad del matrimonio homosexual en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 198 del 6 de noviembre del 2012.

<sup>403</sup> Pinto, M., “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Archivo de la biblioteca electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 163. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>. [visitado el 14/05/2018].

norma ha sido recogida en varios instrumentos internacionales que se encuentran vigente en Chile e incluidos mediante nuestro bloque de constitucionalidad<sup>404</sup>.

En el mismo sentido, al considerar como principio el reconocimiento de las uniones libres como familia, necesariamente se establece su naturaleza móvil, cuya definición queda a disposición de los elementos culturales de cada sociedad y de cada tiempo. Para este fin su interpretación tendrá un carácter dinámico y flexible. Frente a este escenario de indefinición, todo intento de fijación proviene necesariamente de la doctrina y la jurisprudencia, ambas altamente influenciadas por el contexto de cada tiempo.

Pese a lo anterior, en el Derecho nacional las líneas jurisprudenciales para cubrir el vacío legal existente en materia de uniones libres, han persistido inalterables por tres siglos<sup>405</sup>. No obstante, que durante este período han ocurrido cambios significativos que modifican los patrones morales de la sociedad, en especial respecto a las estructuras familiares. Entre estas alteraciones se encuentran la celebración de tratados internacionales de derechos humanos, las sentencias de tribunales nacionales e internacionales vinculadas a la materia y; quizás lo más relevante la creación de un estatuto orgánico que regula las uniones libres registradas.

Esta propuesta permitiría otorgarle un contexto para integrar las uniones no juridificadas en el ámbito del Derecho de familia moderno, considerando para este fin el consenso universal que representan los Derechos Humanos como una manera de construir la equidad. De la misma manera, la dinámica que surge desde la aplicación de la teoría de los principios favorece la labor del juez frente a la complejidad de cubrir las lagunas legales disminuyendo las brechas de inseguridad jurídica. Esto en cuanto estos principios son instalados por la ciencia jurídica general y no por la libre liberación de quien los impone, otorgando además coherencia a la propuesta del Derecho.

---

<sup>404</sup> Entre las normas internacionales que lo han incorporado se encuentran: 1) el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2) el artículo 5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

<sup>405</sup> Si bien, en materia de uniones libres es posible advertir un breve cambio iniciado el siglo XX que consiste en un transitar desde la tesis de la remuneración laboral para uno de los convivientes por los servicios prestados en la convivencia, luego la posición de reconocer una comunidad en la convivencia ha predominado hasta la actualidad. Esta transición es posible observarla en la jurisprudencia de mediados del siglo XX, en que los conceptos aún se entremezclan, Véase: Corte Suprema, recurso de queja, Delgado contra la I. Corte del Trabajo de Concepción, 26 de julio de 1968.

### 2.3. LA ESTRUCTURA DE REQUISITOS Y FORMAS EN EL ACUERDO: UNA MANIFESTACIÓN DE UN ORDEN PÚBLICO FAMILIAR RÍGIDO.

Una de las principales contribuciones del Derecho en la regulación de la familia es la construcción de estructuras formales para definir derechos y deberes, esta tarea tiene como propósito cumplir con los fines generales del Derecho como lo son la seguridad o certeza jurídica. Dichas solemnidades definen un marco de desarrollo para las instituciones jurídicas, fijando un inicio y un fin, estableciendo un límite entre el hecho y el Derecho.

El requerimiento de formalidades en la historia de las sociedades surge con el propósito de hacer público el comienzo de la vida común de la pareja, conformándose como un aviso para informar que “*las puertas quedan cerradas para los extraños*”<sup>406</sup>. En esto tendrá una alta injerencia las providencias consagradas en el Derecho canónico desde el Concilio de Trento donde se incorporarán rigurosas formalidades, con esto se relevará la simple afectividad y el consentimiento espontáneo a un segundo plano, con el fin de dar mayor eficacia al cumplimiento del dogma de la cristiandad de la época<sup>407</sup>.

El asentamiento de este paradigma histórico en el Derecho occidental y la reinserción de la convivencia como modelo jurídico familiar, ha fundamentado la posición doctrinal que en nuestros días alude a un giro en el Derecho nacional a “*una concepción sustentada en la afectividad de los vínculos*”<sup>408</sup>. En contrario, sostenemos que el principal giro es la

---

<sup>406</sup> Letelier, V., “*Génesis del Derecho*”, cit., pp. 53-54. Indica el autor que esta necesidad acompañada de la acción mancomunada de la religión y el Estado hará decaer las uniones libres. No obstante, este fenómeno al tener sus raíces tan profundas en la naturaleza humana resistirá con inmortal vitalidad.

<sup>407</sup> No obstante, Gaudemet destaca que el concepto *impedimentum* ya había sido utilizado en el Derecho matrimonial romano para designar un obstáculo al matrimonio, pero no de manera frecuente. En cuanto las mayorías de estas omisiones se sancionaban con otro tipo de sanciones distintas a la nulidad. Por tanto, será en el Derecho canónico donde se desarrolle en profundidad esta doctrina. Gaudemet, J., “*El matrimonio...*”, cit., p. 228.

<sup>408</sup> Según Barrientos la noción de la familia en el Derecho nacional, si bien, está inspirada en una noción predominantemente patrimonial asumida en el Código Civil. Esta tendencia ha sido modificada producto de los últimos cambios introducidos en el Derecho de familia nacional, pasando a una concepción sustentada en la afectividad de los vínculos. Frente a ello se pregunta ¿Cómo debe concebirse a la categoría de familia y al papel que a ella le cabe en el libro I del Código Civil? Barrientos, J., “A propósito del código civil y las “reformas” en sede de filiación, o la seriedad posible”, en *La Semana Jurídica*, volumen 58, cita online: CL/DOC/1084/2013, p.3.

ampliación en el objeto de ocupación del Derecho de familia, no así en la respuesta que sigue remitiéndose a un estatuto esencialmente patrimonial con mayor injerencia de la autonomía de voluntad<sup>409</sup>.

La tendencia del Derecho de familia en el siglo XXI, dará cuenta que progresivamente tiene menos cabida la idea de los actos familiares como actos del Estado, avanzando hacia un reconocimiento expansivo de su naturaleza como predominantemente privada. Sólo razones de técnica jurídica justificarían la intervención del poder público, esta presencia se manifiesta en el establecimiento de estructuras formales que excluyen determinados comportamientos y establecen maneras de realizar los actos<sup>410</sup>.

Esta estructura de formas y requisitos establecen una frontera entre lo deseable y aquello que queda fuera de la norma. De manera, que si estos no se acatan reciben como sanción el desconocimiento de sus efectos mediante la institución jurídica de la nulidad. Todos estos factores enmarcan lo que se ha denominado como orden público familiar.

Este orden público se caracteriza por ser “*uno de los conceptos más polivalentes del vocabulario jurídico*”, prueba de su dinamismo es la mutación constante de su significado en función del sector del ordenamiento en el que aparece y de la época en la que pretenda aplicarse. En lo central este se asocia a la restricción de las libertades públicas con el fin de proteger el orden social e institucional, siendo considerado en la actualidad como un “*termómetro democrático de los regímenes modernos*”<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> Sobre la materia véase: Diez Picazo, L., “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia”, en *Familia y Derecho*, 1984, p. 87 y sgtes. También Lacruz Berdejo, J., “Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar”, en *La Ley* 1982-3, p. 727.

<sup>410</sup> Diez Picazo, sitúa por ello los actos familiares dentro del contexto del negocio jurídico en el Derecho de familia con predominio de la autonomía de la voluntad de las partes por sobre el control del Estado. En esta línea, indica que la mayor limitación se mantiene en la esfera de los efectos de los actos, en cuanto estos se encuentran predeterminados en la ley. Diez Picazo, L., et alii, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV Tomo I, Undécima Edición, Madrid, 2012, p.37.

<sup>411</sup> Montalvo, J., “Concepto de Orden Público en las Democracias Contemporáneas”, *RJUAM*, N° 22, 2010-II, pp. 202-203.

Desde una perspectiva de funcionalidad, esta institución es una herramienta técnica a la que acude el Derecho para garantizar los intereses generales de la sociedad en un momento determinado. Aplicado al Derecho de familia resulta central por la relevancia que el orden jurídico concede a la familia como núcleo fundamental de la sociedad<sup>412</sup>. En este sentido, se ha señalado que en el Derecho de familia tradicionalmente la voluntad es creadora de los actos jurídicos familiares, pero no reguladora porque los derechos y las obligaciones son impuestos por la ley, no admitiéndose las estipulaciones de las partes cuando esto significa resignar las potestades emergentes del estado de familia<sup>413</sup>.

Al analizar la experiencia comparada en materia de estatutos existentes para regular la convivencia no matrimonial en la experiencia comparada, resulta inevitable su asociatividad con la doctrina de los impedimentos desarrollada en el Derecho matrimonial histórico. Esto es una consecuencia esperable, debido a su predominio como modelo único de regulación jurídica de la familia durante largo tiempo. De manera, que cuando se regulan los efectos *inter partes*, el catálogo de los derechos y deberes resulta adecuado como consecuencia de la identidad de género que yace en la convivencia afectiva – sexual entre ambas figuras<sup>414</sup>.

Para poder contextualizar el modelo que contiene el Acuerdo de Unión Civil, resulta clarificador la clasificación que realiza Martin Casals, respecto a como se regulan los efectos al interior de cada estatuto<sup>415</sup>. Este postula la existencia de tres modelos en la regulación de la convivencia no matrimonial, no obstante, es posible observar desde la técnica legislativa más moderna que ningún sistema responde exclusivamente a un único modelo. Por el contrario, en todas las propuestas conviven características de varios de ellos produciendo sistemas mixtos.

---

<sup>412</sup> Vease: Lacruz, J., “*Un nuevo contractualismo...*”, cit., p. 727 y ss.

<sup>413</sup> Medina destaca que el Derecho de familia no ha abandonado su esencia de orden público, lo que ocurre es que el orden público familiar ha cambiado, fundamentalmente ha mutado en forma trascendente a la par que varió y se transformó el concepto de familia. Medina, G., “Orden Público en el Derecho de Familia”, *La Ley*, año LXXIX, N° 212, 2015, p. 2.

<sup>414</sup> En este sentido: Bercovitz, R., “De las dificultades del emparejamiento sin matrimonio”, en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 1. abril 2013, p. 44.

<sup>415</sup> Sobre los distintos modelos de regulación de la convivencia no matrimonial ver: Martin Casals, M. “*El derecho a la “convivencia anómica...”*”, cit., pp. 12 - 15.

El primer modelo denominado de regulación contractual es aquel en el que predomina la autonomía de la voluntad materializada en la celebración de pactos entre convivientes. Estos pactos pueden extenderse ampliamente a todos los ámbitos, estableciendo obligaciones de carácter patrimonial, fijando efectos para el periodo de ruptura y conteniendo referencias a obligaciones de carácter personal entre los convivientes.

Se ha destacado el valor de estos acuerdos en cuanto establecen previsiones concretas y amplias, aludiendo a su carácter preventivo - determinativo que permite otorgar bases suficientes para resolver los conflictos que surgen caso a caso. En algunos ordenamientos incluso se ha fortalecido como posición que frente a la ausencia de un pacto expresamente pactado por los convivientes, se favorezca la interpretación sobre la existencia de un pacto implícito o tácito entre los convivientes para regular su relación<sup>416</sup>. La existencia de estos pactos implícitos, implicaría acudir a principios generales del Derecho y a las figuras de la comunidad o de la sociedad de hecho.

Según nuestra posición la ausencia de elementos asociados a este modelo, se configura como la principal carencia de la que adolece el estatuto del AUC, en cuanto las únicas variables posibles de asociar consistirían en el impulso inicial de los propios convivientes para incorporarse al estatuto. Luego, la posibilidad parcial de los convivientes para elegir entre dos regímenes económicos regulados íntegramente por el legislador, en todo el resto rigen normas de carácter imperativo que modelan un estatuto rígido.

El segundo modelo denominado como factual o puramente convivencial, parte de una situación de convivencia que es estable y permanente durante cierto plazo, o bien por otra circunstancia como la existencia de un hijo en común. En este los miembros de la pareja no efectúan ninguna declaración formal de querer someter su relación a una determinada regulación, quedando regidos por un régimen jurídico predispuesto por el legislador, manteniéndose el carácter imperativo de determinadas disposiciones<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> Martínez De Aguirre, C., “*Acuerdo entre Convivientes...*”, cit., p. 7.

<sup>417</sup> Esta estructura fue incorporada recientemente en el Derecho argentino, fusionado con elementos técnicos del modelo anterior. Permitiendo que la voluntad de los pactantes tenga una alta ingerencia para definir la intensidad de los derechos y obligaciones, con normas de carácter supletorio frente al silencio de las partes.

Este modelo representa la vía para conceder seguridad jurídica a un mayor número de parejas convivenciales, en cuanto elude el requerimiento de declaración de voluntad de parte de los individuos recurriendo a normas de naturaleza imperativa. Esto favorece la eficacia del estatuto incorporando dentro de la órbita de regulación de la Ley un número mayor de situaciones, resolviendo todos los conflictos que tiene asociado la falta de normas en las relaciones marginales.

No obstante, cabe destacar que este modelo ha sido cuestionado por su falta de equilibrio con el resto del ordenamiento jurídico, específicamente por contradecir derechos fundamentales de las personas, en cuanto su naturaleza imperativa involucra necesariamente afectar la condición de las personas, en específico los derechos a la igualdad de trato ante la Ley y el libre desarrollo de la personalidad o dignidad de la persona.

En este sentido, resulta ejemplarizador los fundamentos de la sentencia del tribunal constitucional español de fecha 23 de abril del 2013, en esta se declaran inconstitucionales los párrafos segundo y tercero de la Ley Foral 6/2000 de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra. Esta Ley dentro de las formas de constitución establecía junto con un sistema declaratorio, unas reglas imperativas en las que se aplicaba el estatuto a las parejas que llevarán cierto tiempo de convivencia o que tuvieran descendencia común, en estas dos últimas situaciones sin necesidad de declaración.

El Tribunal Constitucional considero inconstitucional estas reglas que conllevan la aplicación automática del estatuto a aquellas parejas que no han concurrido con su voluntad a requerirlo, esto atentaría con el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10 de la Constitución española, con esto el Tribunal acogía una posición asumida tempranamente en la doctrina<sup>418</sup>. Esta jurisprudencia debilita este modelo que ha sido

---

Según el artículo 510 del Código Civil y Comercial argentino para que se le reconozcan efectos jurídicos a esta unión deben reunir los siguientes requisitos: *“los dos integrantes deben ser mayores de edad; no deben estar unidos por vínculos de parentesco, en línea recta en todos los grados, y en la colateral hasta el 2º grado; ni por vínculos de afinidad en línea recta; no deben soportar impedimento de ligamen ni deben tener registrada otra convivencia de manera simultánea; y, finalmente, deben mantener la convivencia durante un período mínimo de dos años”*.

<sup>418</sup> Solé, J., “Comentari a la llei 10/1998, de 15 de juliol (LA LEY 3241/1998), d’ unions estables de parellas I i II, La Llei de Catalunya, en Revista Jurídica General i de Jurisprudència, N° 224 Y 225, 1998.

asumido por otras comunidades autónomas como las de Cataluña, Asturias y Canarias; como también en una cantidad relevantes de ordenamientos jurídicos en Latinoamérica, tal como analizamos en el primer capítulo.

El último modelo denominado de pareja inscrita o formalizada en documento público, exhibe una alta injerencia del orden público familiar. Según nuestro criterio en esta tendencia podemos insertar nuestro Acuerdo de Unión Civil<sup>419</sup>. Este tiene como eje central una declaración expresa de los convivientes quienes manifiestan su voluntad para que la relación de convivencia pase de una relación de hecho a una de Derecho. Este acto tiene la naturaleza jurídica de un acto constitutivo, mediante el cual se incorporan a un régimen jurídico que el legislador pone a su disposición. Tal declaración tiene un carácter formal realizado ante determinadas autoridades y con ciertas solemnidades como su declaración en documento público aspecto que se vincula con la concesión de un estado civil nuevo.

El establecimiento de una estructura formal para la constitución de la unión ha sido criticado debido a que la exigencia como requisito constitutivo de la inscripción en registro público fijaría una barrera que margina relaciones dejándolas fuera del Derecho. Así se manifiestan dos razones para rechazar el modelo formal: a) en primer lugar, porque un requisito de este tipo asemeja la constitución de un matrimonio “*light*” y, en definitiva, una nueva clase de matrimonio; b) En segundo lugar, porque restringe el número de parejas destinatarias de la norma, dejando fuera a aquellas parejas que no procedan a la inscripción<sup>420</sup>.

Por esto suele estar formado mayoritariamente por un estatuto con nulas o escasas posibilidades de poder modificarse por los convivientes. En el caso que estas modificaciones operen, se restringen a elegir opciones establecidas en el propio estatuto. En el caso del AUC la única apertura que se da a la libre voluntad de los pactantes, consiste en poder optar por

---

<sup>419</sup> De este modo la propuesta legislativa queda dentro de este sistema, en cuanto, sus reglas sólo se aplican inevitablemente a las parejas que han formalizado su relación del modo previsto por la ley. Martín Casals, M., “*El derecho a la “convivencia anómica...”*”, cit., pp. 14 – 15.

<sup>420</sup> García, M., “*Las uniones de hecho en España...”*”, cit., pp. 127 – 128.



un régimen de comunidad de bienes frente al régimen legal de separación de bienes que propone el estatuto<sup>421</sup>.

La configuración del modelo establecido en el AUC es posible observarla en su estructura formal. La primera parte de la Ley compuesta por tres artículos, se enmarca plenamente dentro la figura de pareja inscrita o formalizada. Así el artículo N° 1 indica que: “*El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil. Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26*”<sup>422</sup>.

Esta norma reconoce la naturaleza jurídica del AUC al definirlo como un contrato al igual que el matrimonio, con esto se pretende realzar el carácter consensual de ambas instituciones<sup>423</sup>. Esto se reafirma con una regulación extensa de los impedimentos, formalidades y de la nulidad por incumplimiento de sus requisitos, todos factores asociados a la protección de la expresión de un consentimiento libre y espontáneo de parte de los convivientes. Destaca la cercanía que existe con el marco regulatorio de la nulidad matrimonial fijada en el Código Civil<sup>424</sup>.

---

<sup>421</sup> Señala el artículo 15 de la Ley 20.830.- “*Los convivientes civiles conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste, a menos que se sometan de manera expresa a las reglas que se establecen a continuación, las que deberán ser acordadas por los contrayentes al momento de celebrarse el acuerdo de unión civil. De este pacto se dejará constancia en el acta y registro que se indica en el artículo 6°*”.

<sup>422</sup> El texto originalmente presentado difería en su propósito, este señalaba: “*El Acuerdo de Vida en Pareja es un contrato celebrado entre dos personas con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común. El acuerdo solo generará los derechos y obligaciones que establece la presente ley y en ningún caso, alterará el estado civil de los contratantes*”.

<sup>423</sup> En este sentido Espín destaca que la terminología *consensus* vinculada al *affectio maritalis* se tomó por los juristas como equivalente a contrato, iniciándose la tesis contractualista del matrimonio predominante desde el medievo hasta nuestros días. Espín D., *El Consentimiento Matrimonial y La Simulación*, en *Hominum Causa Omne Ius Constitutum Est*, escritos sobre el Matrimonio, (coord.) J. Castan et alii. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000, p. 1255.

<sup>424</sup> Señala el artículo 26 de la Ley: “Será también nulo el acuerdo celebrado mediante fuerza ejercida en contra de uno o de ambos contrayentes o cuando se ha incurrido en un error acerca de la identidad de la persona con

No obstante, durante su discusión legislativa se reiteró continuamente que no se trataba de una unión asimilable al vínculo conyugal y que se trataba de instituciones diferentes. Sin embargo, esto último se contradice con el resultado final en cuanto existe tal alcance entre ambas instituciones, que incluso debió complementarse con una serie de modificaciones normativas que la hacen analogable. Incluso se incorporó en su artículo N° 23 una norma proyectada que establece que: *“toda inhabilidad, incompatibilidad o prohibición de carácter legal o reglamentario que se encuentre establecida respecto de los cónyuges, se hará extensiva, de pleno derecho, a los contratantes”*<sup>425</sup>.

Esta norma entrega la aplicación del estatuto a la voluntad de los propios convivientes, como un elemento propio del sistema contractual. Sin embargo, esta inserción tiene un carácter limitado, siendo relevante únicamente al inicio para determinar la aplicación del estatuto propuesto. Esto resulta contrario a la opinión generalizada de la doctrina respecto a que el mecanismo de autorregulación representa la vía más eficaz para establecer un régimen jurídico diferente del matrimonio, en especial para el término de la relación etapa esencial para justificar la necesidad de legislar <sup>426</sup>.

La restricción expresa a la autonomía de la voluntad de los convivientes queda de manifiesto mediante la introducción del artículo N° 2 en el estatuto que indica: *“El acuerdo generará para los convivientes civiles los derechos y obligaciones que establece la presente ley”*. Este aspecto se profundiza conforme lo dispuesto en el artículo N°3 que señala: *“El acuerdo no podrá sujetarse a plazo, condición, modo ni gravamen alguno. Tampoco podrá prometerse su celebración”*.

---

la que se contrata, caso en el cual la acción sólo podrá ser intentada por el afectado, dentro del plazo de un año contado desde que cese la fuerza o desde la celebración del acuerdo, en caso de error”

<sup>425</sup> Lathrop frente a las dudas que genera la naturaleza del acuerdo de unión civil se consulta si *¿es un contrato meramente patrimonial o un híbrido del matrimonio?*. Lathrop, F., “Notas sobre el debate legislativo del acuerdo de vida en pareja”, publicado en La Semana Jurídica , Volúmen 92 , p. 3 , Cita Online: CL/DOC/466/2014.

<sup>426</sup> Solo a modo de ejemplo se muestra a favor: Lacruz Berdejo J. et alii., *Elementos de Derecho Civil...*, cit. , p.298. Figueroa, G. *“El Pacto de Convivencia...”*, cit., p. 428. Mesa, C. *Las Uniones de Hecho...*, cit., p.82.

En su esencia ambas normas responden a fortalecer el concepto del orden público familiar, el cual delimita el territorio en que se desenvuelve la autonomía privada<sup>427</sup>. Esto ha sido criticado como un fenómeno jurídico que inserta normas de carácter irrenunciable y no supletorias, sobrecargando la esfera privada con regulaciones provenientes del Derecho público. Imponiendo reglas de orden público a la esfera privada, reduciendo las posibilidades de autordenarse<sup>428</sup>.

Este es el sentido la antigua propuesta de Cicu, para quien el Derecho de familia se sustenta en la protección de un interés superior que excluye la libertad individual de establecer y proteger cualquier fin particular. Este paradigma viene siendo flexibilizado desde hace algún tiempo mediante la injerencia cada vez mayor de la autonomía de la voluntad<sup>429</sup>. Tal como indicamos en el inicio de esta investigación, estas características se encuentran en entredicho debido a “una concepción más privatista e intimista de la familia” que caracteriza la regulación jurídica de la familia desde finales del siglo XX<sup>430</sup>.

Desde esta perspectiva, se ha sostenido que una cuestión base que refleja el traspaso de la familia institucionalizada a la constitucionalizada es la apertura de la negociabilidad en el ámbito de la familia<sup>431</sup>. Este proceso es el resultado de la inserción de un plano igualitario entre miembros de una misma unidad familiar, lo que ha favorecido la celebración de acuerdos entre ellos y la libre determinación de un marco jurídico para el desarrollo de su

---

<sup>427</sup> En este sentido se ha señalado que el Derecho de familia no ha abandonado su esencia de orden público, lo que ocurre es que el orden público familiar ha cambiado fundamentalmente, “*ha mutado en forma trascendente a la par que varió y se transformó el concepto de familia*”. Medina, G., “Orden Público Familiar”, Revista de Derecho de Familia, Volúmen II - 2016, p. 89. Cita Online: CL/DOC/1755/2016

<sup>428</sup> Gúzman Brito, A., “El derecho público y el derecho privado”, Revista Persona y Derecho, Vol. 72, 2015, N°1, p. 20.

<sup>429</sup> Cicu, A., “*El Derecho...*”, cit., p. 299.

<sup>430</sup> Díez Picazo, L., “*Sistema de Derecho...*”, cit., p. 35.

<sup>431</sup> Kemelmajer, A., *La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino*, en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. M. Graham et alii. editores, Infojus Sistema Argentino de Información Jurídica, 2014.

vida privada. Esto tendrá injerencia en la apertura progresiva de espacios, y con ello el abandono de normas de naturaleza imperativa<sup>432</sup>.

Debemos resaltar además que este es el camino que mejor se ajusta a la noción pluralista en la regulación de la familia, en cuanto favorece la flexibilidad de la norma a los diferentes aspectos que se presenten en la vida social. Permitiendo armonizar sus disposiciones a cuestiones superiores como el respeto por los derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad y la protección de la familia. Esto último mediante la existencia de un orden público familiar coherente y democrático<sup>433</sup>.

Ha sido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha determinado como elemental en los sistemas políticos que: *“El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”*<sup>434</sup>.

Como hemos resaltado la elección de este modelo de regulación sin los componentes técnicos jurídicos adecuados, ha implicado que no se generen espacios para que los convivientes puedan pactar condiciones distintas en su relación. De manera, que cierra toda posibilidad para la flexibilidad de las condiciones acordadas, cuestión que producirá una necesidad permanente de cambios legislativos producto del ajuste a una cuestión por esencia dinámica. Con esto se ha restringido el poder regular jurídicamente una mayor cantidad de situaciones en una esfera susceptible de pluralidad en su manifestación.

---

<sup>432</sup> Un ejemplo, de este cambio lo constituye la introducción del “pacto de familia” en el Código Civil italiano en el año 2006. Este consiste en un acuerdo por el que un empresario puede transferir su empresa, a uno o varios de sus descendientes, garantizando el derecho de los otros futuros legitimarios. Con esto se ha favorecido la autonomía de la voluntad del empresario con esta posibilidad de designar que miembros de su familia va a continuar al frente de la empresa. Levantando excepciones importantes al Derecho sucesorio. Sobre el tema véase: Giampetraglia, R., “La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: “El pacto de familia”, ADC, tomo LXVII, 2014, fasc. IV

<sup>433</sup> Esta es la posición de Ragel quien considera que en la actualidad las disposiciones que regulan los efectos en el matrimonio, no son de orden público, ya que admiten la posibilidad de celebrar pactos sobre ellos, siempre que se proteja adecuadamente la dignidad de la persona. Ragel, L. F., *Derecho civil, II Derecho de familia y sucesiones, tomo I, Derecho de familia*, Cáceres, 1995, pp. 77-81.

<sup>434</sup> Sentencia de la Corte IDH, “*Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, 28/11/2012

Esto además contribuye a la sobreposición en nuestro sistema jurídico, en cuanto acerca el AUC innecesariamente al instituto matrimonial. Este elemento nuevamente contradice el sentido de la experiencia comparada moderna, en cuanto en los sistemas que han optado por abrir el estatuto a todas las parejas, la idea central es el distanciamiento entre ambos modelos con el fin de dar sentido conforme a la lógica jurídica a la existencia simultánea de dos estatutos.

Como se ha indicado de lo que se trata es de alcanzar una protección jurídica a un fenómeno social que se encuentra fuera de lo jurídico. Un horizonte que no debe desatenderse es la armonización con el resto del ordenamiento jurídico, desde esta perspectiva carece de lógica jurídica el establecimiento de dos estructuras normativas similares para los mismos sujetos. De manera que lo que se debe lograr no es una alternativa al Derecho sino un Derecho alternativo al establecido, que no discrimine por razón de que la unión se haya formalizado de cierta manera<sup>435</sup>.

En nuestro caso se presenta una dificultad particular al intentar cumplir con este objetivo, ya que el legislador ha optado por elaborar un estatuto que cubra dos premisas en tensión. Por un lado, pretender dar cobertura a parejas sin distinción de orientación sexual, pero al mismo tiempo proteger la institución matrimonial, todo en un espacio en que la institución matrimonial solo está reservada a las uniones heterosexuales.

Consideramos en este escenario que la incorporación de la facultad de celebrar pactos amplios en el AUC, hubiese facilitado el cumplimiento de los objetivos planteados en el proyecto, contribuyendo a la existencia de un elemento diferenciador entre ambos estatutos. Permitiendo a cierto tipo de parejas - que así lo deseen- conformar una unión cargada de derechos y obligaciones similar al matrimonio; mientras que a aquellos cuya intención fuere distinta, pudiesen optar por régimen alternativo respetándose integralmente el *ius connubi* en toda su extensión.

---

<sup>435</sup> Parra Lucán, M., “Reflexiones sobre Algunas Tendencias en Instituciones y Relaciones del Derecho de la Persona y de la Familia”, en Anales de la Facultad de Derecho, N° 19, 2002, p. 156.

Al analizar la estructura propuesta en el estatuto, uno de los aspectos primarios que debe resolverse al establecer una regulación orgánica es definir quiénes serán los destinatarios del estatuto. Este factor determinará qué relaciones resultan incorporadas a su propuesta, siendo un factor excluido de la voluntad de la pareja. Esta discusión tendrá un alto contenido de carácter ético- político, la experiencia comparada nos muestra diferentes conductos que serán posible de asumir<sup>436</sup>. Esto se traduce en el establecimiento de impedimentos para acceder al estatuto.

En lo relacionado directamente con el aspecto subjetivo que propone el AUC respecto a las cualidades de las personas para integrarse al acuerdo. El estatuto se remite a ello en su artículo Ns° 7 y 9 caracterizándolo de la siguiente manera: Artículo 7°: *“Para la validez de este contrato será necesario que los contrayentes sean mayores de edad y tengan la libre administración de sus bienes. No obstante, lo anterior, el disipador que se halle en interdicción de administrar lo suyo podrá celebrar, por sí mismo, este acuerdo”*.

Artículo 9°: *“No podrán celebrar este contrato entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado. Tampoco podrán celebrarlo las personas que se encuentren ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente”*<sup>437</sup>.

El requisito de edad en el matrimonio se ha asociado a distintos factores, primero a la pubertad o edad con capacidad para la reproducción principalmente asociado al fin básico del matrimonio. Una vez que este elemento ha dejado de considerarse como esencial, la edad

---

<sup>436</sup> En este escenario, aquellos ordenamientos que han seguido el modelo de la *Registreret Partnerskab danesa* de 1989, han creado un estatuto cercano al matrimonio pero exclusivo para las parejas homosexuales, bajo el fundamento que estos no tienen acceso a otro vínculo. Cornejo, P., “Regulación de las uniones de pareja del mismo sexo: ¿qué lecciones nos entrega la legislación comparada?”, en Publicado en: Gaceta Jurídica, Volúmen 379, N° 379, Año 2012, Cita Online: CL/DOC/1491/2012

<sup>437</sup> En la propuesta original presentada al Congreso, se establecía en el artículo N° 2, lo siguiente: *“Solo podrán celebrar el Acuerdo de Vida en Pareja las personas que sean mayores de edad y que tengan la libre administración de sus bienes.*

*No podrán celebrar este acuerdo entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado.*

*Tampoco podrá celebrar el acuerdo aquella persona que esté sujeta a vínculo matrimonial o a un Acuerdo de Vida en Pareja vigente”*.

pasa a tener una función distinta orientada ya no a la procreación, sino a la madurez necesaria para cumplir con las responsabilidades que la familia lleva consigo<sup>438</sup>.

Desde la perspectiva de esta nueva orientación, resulta coherente que el requisito de la mayoría de edad se encuentra vinculado a las reglas generales de capacidad para celebrar un acto válidamente<sup>439</sup>. La propia Ley indica que cuando el acuerdo haya sido celebrado por una persona menor de dieciocho años será nulo. Esta acción de nulidad sólo podrá ser impetrada por el conviviente menor o por sus ascendientes. Estableciendo un plazo breve de un año para la prescripción de dicha acción desde que el menor hubiese alcanzado la mayoría de edad.

La propuesta del AUC se distancia en este sentido de lo establecido para la capacidad en el matrimonio. Si bien, la edad de capacidad es la establecida en general para todo el ordenamiento, en el matrimonio se puede celebrar válidamente el vínculo desde los 16 años operando el ascenso que en caso de ausencia no afecta la validez del vínculo. Resulta extraño que el criterio para fijar la edad núbil sea distinto, entendiendo que, si una persona se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones del matrimonio, también lo está para cumplir con las obligaciones de menor intensidad que plantea el régimen establecido.

En la propuesta inicial se agregaba además como requisito la libre administración de bienes sin excepcionar al pródigo interdicto, lo que producía una contradicción ya que este podía casarse, pero no celebrar el AUC. Esto debió ser salvado durante la tramitación legislativa agregándose en forma expresa esta excepción, manteniéndose la coherencia con el resto de la estructura jurídica<sup>440</sup>.

---

<sup>438</sup> Díez Picazo y Gullón Ballesteros, “*Sistema de Derecho Civil...*”, cit., p. 70

<sup>439</sup> Sobre esta materia y los criterios de madurez para la celebración del matrimonio, véase: Reyes Calvo, A., *Madurez de la Persona y Capacidad Jurídica para el Matrimonio*, en *Hominum Causa Omne Ius Constitutum Est*, escritos sobre el Matrimonio, (coord.) J. Castan et alii. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000.

<sup>440</sup> Así la doctrina se preguntaba *¿Qué sucede entonces con el pródigo interdicto, puede casarse, pero no celebrar un AVP?* De La Maza, I., “Caridad a regañadientes y liberalismo culpógeno”, *La Semana Jurídica*, Thompson Reuter, semana del 04 al 08 de junio del 2012, N° 0, p. 5.

En el Derecho comparado respecto de esta materia, se observa una tendencia a equiparar los requisitos a los impedimentos matrimoniales atendiendo a la similitud de su finalidad. En algunas legislaciones, la prohibición respecto de la libre administración de bienes solo se utiliza para establecer un impedimento a los menores, en el sentido de que no pueden acceder al régimen de las uniones de hecho aquellos que no se encuentren emancipados<sup>441</sup>.

En otros sistemas solo se restringe a establecer la mayoría de edad como requisito, pero no se observan ordenamientos donde se requiera copulativamente ambos elementos. Se ha señalado que resultaría admisible y bastaría con fijar la edad mínima de los convivientes en equivalencia a la edad para adquirir la emancipación. Con esto se cumpliría con acreditar que los miembros de la pareja tendrán suficiente madurez para afrontar la convivencia<sup>442</sup>.

En lo referente del impedimento de parentesco el estatuto establece una limitación entre ascendientes y descendientes tanto por consanguineidad y afinidad como a los colaterales consanguíneos en el segundo grado. Esto equipara las condiciones a las existentes en la regulación del matrimonio<sup>443</sup>. En el caso de algunas legislaciones extranjeras, suele agregarse en forma expresa la prohibición para la filiación adoptiva. No obstante en Chile, esta se entiende incorporada dentro de los efectos que regula la ley de adopción, la cual mantiene lo relativo a los impedimentos por parentesco<sup>444</sup>.

En el proyecto inicial de AVP no aparecía incluido el impedimento por parentesco por afinidad. Desconocemos si esto respondía a una simple omisión dentro del proyecto, o bien, representaba un intento de renovación del paradigma con que nuestro ordenamiento ha

---

<sup>441</sup> Así ocurre en las comunidades autónomas españolas de Andalucía, Asturias, Baleares, Canarias, Cataluña, Extremadura, Madrid, Navarra, Valencia.

<sup>442</sup> En esta situación está el Pacto de Solidaridad Francés, la comunidad autónoma española de Aragón.

<sup>443</sup> Es el modelo seguido entre otros por: el Pacto de Solidaridad Francés, las comunidades autónomas españolas de Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cataluña, Extremadura, Madrid, Navarra, Valencia.

<sup>444</sup> El artículo 37 de la Ley 19.620 del año 1999, señala: “*La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán. Para este efecto, cualquiera de los parientes biológicos que menciona esa disposición podrá hacer presente el respectivo impedimento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación desde la manifestación del matrimonio y hasta antes de su celebración, lo que dicho Servicio deberá verificar consultando el expediente de adopción*”.



actuado en esta materia, armonizando la norma a criterios existentes hace algún tiempo en el Derecho comparado.

Cabe recordar que desde hace algún tiempo varios ordenamientos jurídicos han comenzado a no considerar el factor de afinidad dentro de la regulación que busca eliminar la exogamia, en concordancia con las nociones que hayan estos impedimentos únicamente en la familia nuclear y no en la extendida<sup>445</sup>. Si bien, este impedimento fue en algún momento de aplicación bastante generalizada en el matrimonio, su fundamento es exclusivamente de carácter moral, ya que carece del vigor y el contenido que tiene el parentesco por consanguinidad<sup>446</sup>.

Como se ha indicado su incorporación en los sistemas jurídicos occidentales impone una prohibición más drástica que incluso la del propio Derecho canónico desde donde deriva, ya que en dicho sistema es susceptible de dispensas, mientras que el Derecho civil lo asume como regla de orden público<sup>447</sup>. Por estos motivos, la tendencia actual en las últimas reformas realizadas en el Derecho occidental, han optado por no incorporarlo o por derogar en aquellas donde existía<sup>448</sup>.

En esta línea la Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado la preminencia del Derecho a casarse por sobre la existencia del impedimento de afinidad. La Corte fundamentó su fallo en que el art. 12 de la Convención garantiza el derecho fundamental de un hombre y una mujer de casarse y fundar una familia, cuyo ejercicio tiene consecuencias sociales,

---

<sup>445</sup> Díez Picazo y Gullón Ballesteros, “*Sistema de Derecho Civil...*”, cit., p. 71.

<sup>446</sup> Esto debilita el sentido del impedimento en cuanto “*la pequeña comunidad que constituye la familia debe ser preservada del elemento de perturbación que nacería de la posibilidad de uniones sexuales entre sus miembros, aun cuando ellos no sean afines*”. Mazzinghi, J., “*Derecho de familia*”, tomo I., 3ª edición, Buenos Aires, 1995, p.62.

<sup>447</sup> Malaspina, J., “El Parentesco por Afinidad”, *Revista Derecho de Familia*, N°. 1, 1990, p. 47.

<sup>448</sup> En esta situación se encuentran por ejemplo: Alemania (ley de matrimonio e 1998), Austria (ley de 1983), Belarús (Código del Matrimonio y la Familia de 2001), Bulgaria (Código de Familia de 1985), España (Código Civil, art. 47 reformado en 1981), Lituania (Código Civil de 2000), Noruega (Ley de Matrimonio de 1991), República Checa (Código de Familia de 1963 reformado en 1992), Serbia (Ley de Familia de 2005), , Eslovenia (Ley de Matrimonio y Relaciones Familiares actualizada en 1989) y Suecia (Código del Matrimonio de 1987).

personales y legales, y que las limitaciones a ese derecho no pueden restringirlo o reducirlo de modo tal que alteren su esencia<sup>449</sup>.

En la realidad jurídica americana prácticamente la totalidad de los ordenamientos jurídicos aún lo mantienen como impedimento en la estructura matrimonial. Es posible mencionar como excepción, el nuevo Código Civil y Comercial argentino, este no lo ha incorporado en su regulación que ha realizado de las uniones convivenciales, estableciendo un elemento diferenciador con el matrimonio.

Esta misma tendencia ha comenzado a observarse a nivel jurisprudencial. Recientemente una sentencia del Tribunal Constitucional Argentino declaró la inconstitucionalidad del art. 403 inc. 3° del Código Civil y Comercial que contenía el impedimento de afinidad, permitiendo el matrimonio entre una mujer viuda y la hija de su cónyuge fallecido<sup>450</sup>.

En paralelo en nuestro Derecho desde el año 2005, existe un proyecto de Ley en tramitación que pretende eliminar el impedimento matrimonial por afinidad una vez disuelto el matrimonio. Debemos recordar que nuestro sistema hasta el año 2005, el matrimonio era considerado como un contrato indisoluble, si bien nominativamente esto se mantiene, dicho año se incorpora la figura del divorcio vincular. Anteriormente, la única manera de extinguir un vínculo válido era con la muerte de uno de los cónyuges, lo que suponía que mantenía la relación con los parientes consanguíneos y también el parentesco por afinidad. Este criterio aludía exclusivamente a razones de moralidad, que se traducían normativamente en el impedimento para contraer matrimonio establecido en el artículo 6° de la Ley de Matrimonio Civil.

---

<sup>449</sup> Véase en este sentido: Belluscio, A., “La Corte Europea de Derechos Humanos descalifica el impedimento matrimonial de afinidad. Fallo del 13/09/2005”, LA LEY, 2006-A, 982.

<sup>450</sup> Entre sus fundamentos se destaca que : “*Los derechos inherentes a las personas, entre ellos el de contraer matrimonio, tienen raigambre constitucional, ya que las modificaciones del Código Civil y Comercial en cuanto a las relaciones de familia están dirigida al enfoque de los derechos humanos, entendidos estos como objetivo común para la búsqueda del más apropiado desarrollo de la persona en nuestra sociedad. Acorde con el nuevo ordenamiento civil y comercial la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”. Tribunal Constitucional argentino del 29 de noviembre de 2016, caratulados: N V E y Otra S/ Inconstitucionalidad art. 403.

Al establecerse el divorcio y con ello el estado civil de divorciado, presupone un quiebre de la comunidad de afectos que no justifica la necesidad de mantener este impedimento. Por tanto, resulta necesario modificar en este sentido de manera de sustraer del parentesco por afinidad con los consanguíneos de su ex cónyuge al divorciado o divorciada. Todos estos elementos han contribuido a que en el escenario actual la afinidad no tenga la relevancia que tuvo en la realidad social de antaño<sup>451</sup>.

Pese a todos estos argumentos durante la tramitación del AUC en el Congreso se insistirá en extender este impedimento a la causa por afinidad. El argumento será la búsqueda de una errada equiparación con la familia matrimonial, perdiéndose una posibilidad de establecer un estatuto diferenciado y ajustado a los cánones actuales que implican por cierto un reflejo de las costumbres que rigen la realidad social. Como hemos resaltado, esto es uno de los efectos de las posiciones que tensionaron la elaboración del estatuto.

Finalmente, el artículo 9º inciso segundo del AUC establece el impedimento de vínculo previo, estableciendo la prohibición de celebrar el acuerdo respecto de personas que integren un matrimonio o AUC vigente. En este escenario se presentan dos cuestiones, primero la posibilidad de un matrimonio previo que se encuentre vigente; y otra es la existencia de una unión concubinaria inscrita. En ambos casos es posible la existencia de uniones paralelas simultáneas, como efecto de que las familias se construyen independiente de lo que digan las normas, siendo lo relevante la respuesta del Derecho para resolver conflictos.

Esta situación ha sido resuelta en el AUC desconociendo valor a los segundos vínculos, por tanto, no asignando tutela jurídica a los conflictos que de ellos derivan. Hemos resaltado precedentemente como en el criterio jurisprudencial actual, no se da cabida a estos conflictos resolviendo siempre a favor de la sociedad conyugal formada en el matrimonio cuando existe una unión paralela.

---

<sup>451</sup> Proyecto de Ley que Modifica el Artículo 31 del Código Civil eliminando el parentesco por afinidad en caso de divorcio (Boletín N° 10637-07).

En este sentido, se sostiene que la inclusión de esta limitante se concibe como contradictoria, en cuanto no impide que exista la convivencia con características juridificables. Por esto la incorporación de esta prohibición es cuestionable por razones de eficacia jurídica, ya que contribuye a la existencia de convivencias al margen del Derecho. Esto justificaría la posición que el Derecho de familia no debiera atender solo a la afectividad en la convivencia<sup>452</sup>.

La incorporación del impedimento de ligamen anterior vigente, genera un contrapunto con el resto del ordenamiento jurídico. En cuanto plantea la interrogante si la prohibición tiene sentido atendiendo los fines de la Ley, o por el contrario resulta necesario conforme las bases de nuestro ordenamiento jurídico. Esto último tiene cierta cabida pensando en que el AUC confiere el estado civil de conviviente, por tanto, resulta complejo obtener otro estado desde la misma fuente<sup>453</sup>.

Sin embargo, al analizar esta situación desde la correcta armonización con resto de las normas que regulan la materia, surgen algunas dudas. Por ejemplo, en el caso de la situación de las relaciones de convivencia en que uno de los integrantes se encuentra en situación de separación de hecho, debido a que la ley de matrimonio civil suspende los deberes de fidelidad y convivencia. Por tanto, abre las puertas a que se generen uniones no matrimoniales, respecto a las cuales el ordenamiento no establece ninguna vía de solución a los problemas que se plantean, dejando sin tutela judicial una unidad familiar.

La situación descrita ha sido asumida en algunos ordenamientos jurídicos reconociendo como válidos los pactos celebrados por personas con vínculo matrimonial vigente o pacto de

---

<sup>452</sup> Así resulta con toda claridad del sistema de impedimentos matrimoniales, que impide casarse a quienes incurrir en alguno de ellos, y deja extramuros del Derecho su relación, aunque se quieran y vivan juntos; pero lo llamativo es que esta misma forma de hacer las cosas es la adoptada cuando se ha decidido regular legalmente las uniones de hecho: una de las primeras reglas es la que establece los que cabe llamar impedimentos «no matrimoniales», es decir, la que fija qué personas van a quedar fuera de este nuevo régimen, por mucho que se quieran y vivan juntos. Martínez De Aguirre, C., “*Nuevos Modelos de Familia...*”, cit., pp. 711- 714.

<sup>453</sup> Ramos Pazos, destaca que el estado civil es uno e indivisible, lo que significa que no se puede tener simultáneamente mas de uno derivado de una fuente. Indica como ejemplo que no se puede ser soltero y casado a la vez. Esta es la posición general en la doctrina nacional. Ramos, R., *Derecho de Familia*, Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, p. 503.

pareja inscrito<sup>454</sup>. Por ejemplo, en la comunidad de Cataluña se admite la constitución de parejas sin necesidad de separación judicial en el caso de personas casadas. Mientras en otras comunidades en España se admite respecto de los separados judicialmente. Esto ha sido justificado en que al tratarse de una regulación cuyo propósito es resolver los conflictos que derivan del fin de la convivencia, desatender estas circunstancias carece de justificación, no pudiendo tratarse manera desigual a los separados de hecho que a los separados judicialmente.

Cabe destacar que en la línea que ha asumido la Ley que establece el AUC, resulta extraño que dentro de las disposiciones finales que regulan las modificaciones a otros cuerpos legislativos, no exista referencia a integrar este aspecto como un bien jurídicamente protegido tutelado por el Derecho penal. En este sentido, el artículo 382 del Código Penal establece el delito de bigamia que tipifica como delito la celebración de un matrimonio por parte de aquella persona ya estaba ligada por un vínculo no disuelto.

La reflexión proviene del fundamento que lleva implícito la incorporación de esta figura en cuanto el bien jurídicamente protegido es la protección de la familia. Así lo plantea nuestro sistema legal en el Título VII del Código Penal denominado “*De los Delitos contra el orden de las Familias, la Moralidad Pública y la Integridad Sexual*”. Se indica que dentro de los valores protegidos se encontraría la familia y el estado civil<sup>455</sup>, ambos factores se encuentran comprometidos, no existiendo diferencia desde ninguna perspectiva entre el matrimonio y el AUC. De manera que habiéndose incorporado una nueva estructura formal que tiene una naturaleza familiar existiría la misma razón para incorporarlo dentro del tipo penal<sup>456</sup>.

---

<sup>454</sup> Distintas comunidades autónomas españolas permiten la formación de las parejas de hecho a los casados que se encuentran separados judicialmente. En este caso se encuentran Canarias, Extremadura, Madrid Y Cataluña. Mientras en Andalucía, Illes Balears, Cantabria y Extremadura es únicamente la pareja de hecho inscrita la que impide la constitución de una nueva pareja. Mientras la ley valenciana impide explícitamente la formación de la pareja a quienes ya formaran pareja estable, esto último ocurre también en la generalidad de los ordenamientos latinoamericanos.

<sup>455</sup> Garrido, M., *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo III, p. 247.

<sup>456</sup> Ferrer, A., “Noción y Características del Delito de bigamia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo I, fasc./mes 1, 1948, pp. 23-26.

Otro aspecto que tiene el carácter de central al regular la unión de hecho se relaciona con las formalidades que se asumirán al incorporar un estatuto. Hemos profundizado como esta decisión implica adoptar un régimen determinado y sus respectivas consecuencias. En el caso del AUC se asumió el modelo contractual, lo que implica el establecimiento de una estructura formal dual que contenga el libre consentimiento de los convivientes. Esta consiste en la manifestación de la voluntad ante autoridad pública y un sistema registral como medio de publicidad para el conocimiento de la comunidad.

Una de las particularidades que caracteriza el fenómeno de las uniones de hecho es su falta de formalidad, ya que su inicio está marcado por la simple decisión de los convivientes de comenzar a vivir juntos. En su origen se distancia radicalmente de la situación del matrimonio que es un acto solemne con forma “*ad validitatem*”, en cuanto confiere plena certeza respecto del momento en que comienza a producir efectos y cuando estos concluyen. Este elemento de las convivencias genera que una de las primeras medidas a discutir sean los aspectos formales que se asumirán para su reconocimiento<sup>457</sup>.

Existen fundamentos asociados a los fines del Derecho que justifican la necesidad de establecer formalidades. De manera específica estas se amparan en razones de control social y de seguridad jurídica en la vida social. Este requerimiento de forma presenta ventajas principalmente de tipo organizativo, otorgando seguridad de la existencia de un acto, permitiendo conocer su inicio, su marco de desarrollo y su fin.

Tanto la forma como la publicidad se encuentran ligadas a un mismo objeto que dice relación con la eficacia y certeza de los actos, esto resulta útil tanto entre los propios pactantes, como medio para acreditar su estado civil. Pero también establece una vía para el conocimiento de esta circunstancia respecto de la comunidad, factor asociado principalmente a los efectos que en materia patrimonial se pueden extender más allá de la propia pareja.

Nuestro legislador en el caso del AUC ha optado por una doble vía, primero un requerimiento de instrumento público declarativo de su existencia, y posteriormente inscripción en registro

---

<sup>457</sup> Mesa, C., “*Las Uniones de Hecho...*”, cit., p.38.

público de carácter constitutivo. Así el Título II denominado “*De la celebración del acuerdo de unión civil, de sus requisitos de validez y prohibiciones*”, incorpora los artículos 5º y 6º estos regulan los aspectos formales del acuerdo, en lo esencial estos indican:

Artículo 5º. “*El acuerdo de unión civil se celebrará en el Servicio de Registro Civil e Identificación, ante cualquier oficial, quien levantará acta de todo lo obrado, la que será firmada por él y por los contrayentes. La celebración podrá efectuarse en el local de su oficina o en el lugar que señalaren los contrayentes, siempre que se hallare ubicado dentro de su territorio jurisdiccional...*”.

Artículo 6º. “*El acta levantada por el oficial del Registro Civil, a que se refiere el artículo anterior, se inscribirá en un registro especial que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación...*”<sup>458</sup>.

La propuesta inicial del primitivo AVP establecía una estructura formal distinta que será modificada en su tramitación legislativa. Esta proponía como forma de celebración dos conductos: a) mediante escritura pública ante notario público y; b) acta levantada ante el oficial del registro civil. Debemos destacar que la modalidad de escritura pública resulta mayoritaria en las regulaciones que se han realizado en el Derecho Europeo. Esta se asemejaba en cuanto a su forma a las capitulaciones matrimoniales, esto no resulta extraño ya que incluso algunas legislaciones han equiparado el valor entre ambos pactos bajo la

---

<sup>458</sup> En el proyecto original de AVP los artículos 3 y 4 señalaban: Artículo 3º: “*El Acuerdo de Vida en Pareja será otorgado por escritura pública ante notario...*”. Artículo 4º.- “*Asimismo, el Acuerdo de Vida en Pareja podrá ser celebrado en una oficina del Registro Civil, ante el respectivo Oficial, quien levantará acta de todo lo obrado, la que será firmada por él y por los contratantes*”.

denominación de capitulaciones concubinarias<sup>459</sup>. Este concepto no es compartido de manera uniforme<sup>460</sup>.

El cambio durante su tramitación apuntaba a fortalecer la posición de la convivencia como familia, distanciándola de una entidad asociada con actos de naturaleza patrimonial<sup>461</sup>. Debemos recordar que al asumir en los primeros artículos el cambio de estado civil para las personas que celebren el acuerdo, esto conlleva a que el ente encargado de estos actos sea el Registro Civil. Esto presenta la utilidad de que esta entidad puede disponer de sus propios registros para establecer la existencia de gran parte de los impedimentos<sup>462</sup>. Además, tendrá un valor de carácter simbólico principalmente para las parejas homosexuales, ya que mediante esta concesión se rodeará a la celebración de las ritualidades propias del acto matrimonial distanciándolo de una entidad habitualmente distanciada del Derecho de familia.

---

<sup>459</sup> Al respecto en la comunidad autónoma de Aragón en España la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas se incorporó una disposición adicional primera sobre Capitulaciones Matrimoniales. Esta señala: “*El régimen de convivencia y de derechos y obligaciones de la pareja estable no casada, pactado en escritura pública, adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales, en caso de que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio, si así lo hubieran acordado expresamente en la escritura*”. Sobre esta materia ver: Bayod, M., “Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial”, publicado en Revista crítica de derecho inmobiliario, Vol.: 71, Num.: 626, 1995, pp. 129-156.

<sup>460</sup> Cerda Gimeno, J., “La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho”, en Estudios sobre Derecho de Familia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Centro de Estudios Registrales, ed. J. San José, S.A., Madrid, 1993, pp. 579 – 580. El autor no considera adecuada la denominación “capitulaciones concubinarias”, la estima como una calificación indebida, prefiriendo optar por la designación de “convención especial”. Tampoco se muestra partidario de igualarlos Torres Lana, J. “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, en Revista Aranzadi Civil-Mercantil vol. II (Estudio), 1993, p. 17.

<sup>461</sup> En este sentido señalaba el Presidente de la Comisión, Honorable Senador Walker, “*valoró que el Ejecutivo haya optado por incorporar la posibilidad de celebrar este contrato, según lo dispone el artículo siguiente, ante el oficial del Registro Civil. Estimó que el acuerdo no solo debe regular efectos patrimoniales, sino que también debe generar un reconocimiento a la dignidad de la pareja que convive, sea heterosexual u homosexual y que persigue la estabilidad y permanencia en el tiempo...*”. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regulan el Acuerdo de Vida en Pareja.

<sup>462</sup> Así la Senadora Alvear destacaba: “*Reiteró que el contrato solo debe celebrarse ante el oficial del Registro Civil porque los notarios no cuentan con los antecedentes necesarios para verificar las inhabilidades que pueden tener quienes lo celebran. Por el contrario, dicha información está disponible para el referido funcionario, quien podrá revisar in actum si hay algún impedimento para celebrarlo. Añadió que, si el contrato se celebra ante dicho oficial y se inscribe, el contrato generará efectos y tendrá publicidad respecto a terceros, inmediatamente*”. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regulan el Acuerdo de Vida en Pareja.



Sin duda, este es una consecuencia tanto de la ausencia del matrimonio igualitario como de la intención del AUC de regular a todo tipo de pareja<sup>463</sup>. Estimamos que la propuesta inicial de establecer la escritura pública y el notario como requisitos de existencia, favorecía el distanciamiento del modelo respecto del matrimonio, permitiendo además que su proceso se expresará de inicio a fin como una estructura modelada en la autonomía de la voluntad. Esto podría haberse perfeccionado con una inscripción en un registro especial ante el Registro Civil. Esto tampoco es nuevo en nuestro Derecho, si bien resulta excepcional, existen actos que modifican el estado civil que asumen esta vía<sup>464</sup>.

Por su parte, la modalidad de requerir un instrumento público para su constitución, tiene la ventaja de ofrecer garantías asociadas al principio de seguridad jurídica. Frente a este desafío el Registro Civil presenta ciertas ventajas, esta será la convicción de los legisladores para optar por esta vía, aludiendo a la certeza y seguridad que confiere esta entidad. En este sentido, esta institución goza de la experiencia comprobada en el control y registro de estos actos asociados al estado civil<sup>465</sup>. Todo lo contrario, ocurre con el notariado caracterizada en nuestra realidad por su falta de actualización, como por la percepción de crisis en su

---

<sup>463</sup> Uno de los representante del movimiento por la diversidad sexual señalaba ante el Congreso: “*Que el vínculo debe formalizarse ante el Registro Civil por ser éste un servicio en línea a nivel nacional que impedirá fraudes y, en especial, porque implicará un reconocimiento sociocultural de la unión, tratando a las partes como personas unidas por el amor y lazos afectivos, y no como meras empresas o sociedades anónimas*”. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regulan el Acuerdo de Vida en Pareja.

<sup>464</sup> Un ejemplo de esto es el acto de repudio de reconocimiento un hijo respecto del padre regulado en los artículos 191 a 194. Este consiste en una declaración unilateral mediante el cual el hijo revoca la filiación realizada por reconocimiento del padre. Este se realiza mediante escritura pública y posterior inscripción en el Registro Civil.

<sup>465</sup> En este sentido el artículo 10 letra F del Reglamento de la Ley N° 20.830 señala que: “*Para proceder a la celebración del acuerdo, el oficial del Registro Civil deberá:*

*f) Dejar constancia de haberse consultado a los contrayentes, quienes deberán declarar bajo juramento o promesa, por escrito, oralmente o por lenguaje de señas, acerca de los siguientes hechos:*

*i) No ser entre sí ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, ni colaterales por consanguinidad en el segundo grado;*

*ii) No encontrarse ligados por vínculo matrimonial no disuelto o acuerdo de unión civil vigente;*

*iii) Tener o no la libre administración de sus bienes. En caso de tratarse de un disipador que se halle en interdicción de administrar lo suyo, podrá celebrar este acuerdo, pero deberá dejarse constancia de esta circunstancia en el rubro observaciones;*

*iv) Si consienten libre y espontáneamente en celebrar el acuerdo de unión civil, y de la respuesta afirmativa, dejar constancia en el acta de celebración;*

*v) Si pactarán el Régimen de Comunidad de bienes a que se refiere el artículo 15 de la ley...”.*

funcionamiento<sup>466</sup>. Esta opinión se manifestará de manera continua durante su tramitación, siendo determinante para la elección definitiva del texto.

Tal como hemos explicado, uno de los mayores problemas que plantea esta estructura es que con ello se niega la cualidad de pareja relevante jurídicamente a todas aquellas relaciones estables que no cumplan el requisito de forma. Esta cuestión no resulta indiferente, ya que lleva implícito el mantenimiento de una situación en estado de incerteza jurídica. Al mismo tiempo, trae consigo el cuestionamiento a la eficacia de dicha regulación, esto al dejar fuera de la aplicación de dicho estatuto a ciertas parejas<sup>467</sup>.

Este aspecto de la Ley y el mantenimiento de este espacio sin regulación, implicó eludir la discusión respecto a los atributos exigibles a la convivencia de hecho para asignarles efectos. Así, en nuestra realidad elementos como la duración de la relación, estabilidad o bien la disponibilidad sexual, la existencia de hijos o la orientación sexual de la pareja siguen entregados al criterio jurisprudencial para calificarlos si resultan procedentes de reconocimientos.

Pero esto no solo afecta a las uniones no juridificadas, sino también a las relaciones que declaren su relación siguiendo los requisitos de forma solicitados en el estatuto. Tal como se presenta el AUC, es posible que quienes manifiesten su voluntad por constituir formalmente su convivencia -sin tener impedimentos que lo limiten-, podrían perfectamente ser dos personas extrañas que únicamente concurran a ello para efectos distintos que solo regular su

---

<sup>466</sup> Actualmente existen en el Congreso Nacional más de 10 proyectos de ley para actualizar la labor que desarrollan las notarías. Uno de los últimos es el boletín número 9059-07 del año 2013 el cual, dentro de sus principales contenidos contempla la obligación que estos funcionarios cuenten con sistemas informativos para que las operaciones propias de su oficio pudieran solicitarse y tramitarse de manera electrónica.

<sup>467</sup> En este sentido el problema no ha resultado ser indiferente para la doctrina quienes han observado en este tratamiento un trato desigual respecto de una mismo hecho jurídico, se afirma que el establecimiento de esta unión de hecho supone la desprotección del resto de parejas que no cumplen con los requisitos de forma. Ello originaría una desigualdad injustificada de trato jurídico. Al respecto se postula que los requisitos de forma como la escritura pública y posterior registro solo debiesen tener el valor probatorio, por cuanto la pareja de hecho con todas sus características depende solo de la existencia del hecho factico. Villagrasa, C., *Los Registros Municipales de Uniones Civiles*, en "Uniones de Hecho", eds. Martinell, J. M. y Areces Piñol, M. T., Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economía, Universitat de Lleida, 1998, p. 523.

vida afectiva – sexual, esto lleva implícito un alto riesgo de un uso fraudulento de la institucionalidad<sup>468</sup>.

Así, se ha destacado que la acreditación de la convivencia previa se requiere sobre la base de que es una muestra de la estabilidad que caracteriza las uniones de hecho que se pretende queden reguladas por la ley, permitiendo distinguir las de aquellas otras uniones de hecho que quedan al margen de la misma, si bien, resulta cierto que con ello se discriminan ciertas uniones. No obstante, en forma crítica se indica que esto sería como “si al pensar del legislador se partiera de la idea de que la opción por la celebración del matrimonio ya implica esta estabilidad –tal vez porque la voluntad de convivencia está más madurada- mientras que debe garantizarse legalmente para las uniones de hecho”, aspecto que resulta cuanto menos discutible<sup>469</sup>.

Una vía distinta planteada por la doctrina es aquella que postula la posibilidad de unificar ambos sistemas, es decir, que se requiera acreditar una convivencia estable previa durante un determinado tiempo antes de la declaración en instrumento público. Esto permitiría garantizar la seriedad y estabilidad de la convivencia, permitiendo además que con la manifestación de la voluntad de los convivientes no se vulnera la garantía de libre determinación de las personas que integran dicha pareja y su derecho a mantenerse al margen del ordenamiento si así fuere su deseo<sup>470</sup>.

Finalmente, la estructura propuesta en la Ley de AUC establece como medio de publicidad el establecimiento de un registro especial de carácter público a cargo del Servicio de Registro

---

<sup>468</sup> En este sentido se sostiene que la regulación por escritura pública de la convivencia, al parecer pretende solo mirar hacia el futuro de los convivientes de manera similar como lo hace la institución matrimonial. Mientras que cuando se exige plazo previo de convivencia se realiza una regulación integral que permite garantizar la seriedad y certeza de la convivencia a la cual se le reconoce efectos jurídicos. Además, señala como posibilidad de uso fraudulento la evasión fiscal por su contenido de carácter patrimonial entre los convivientes. Canteros, F., “*Uniones de Hecho...*”, cit., pp.363- 364.

<sup>469</sup> Solé, J., “La ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa, Matilde Cuenca et alii coords.*, Dykinson, 2013, p. 1592.

<sup>470</sup> Esto último ocurre por ejemplo en la comunidad de Galicia, luego de la modificación introducida con la ley 10/2007, que exige no sólo convivencia y "relación de afectividad análoga a la conyugal" sino también inscripción en el Registro autonómico. De esta forma la inscripción asume una naturaleza constitutiva.

Civil e Identificación, en este se deberán inscribir los acuerdos celebrados<sup>471</sup>. Este trámite tendrá el carácter de un requisito de existencia, sin el cual el acto no produce efectos jurídicos, siguiendo la misma línea que la institución matrimonial, tanto respecto del trámite como de la entidad pública a cargo del registro.

La estructura presentada cumple con el propósito de otorgar una respuesta cierta a la prueba de la convivencia, pudiendo acreditarse mediante la certificación respectiva que acredite dicho estado civil. También permite cumplir con el fin de publicidad de la existencia de estas parejas, para facilitar o garantizar el reconocimiento de determinados efectos jurídicos a las mismas. Este Registro especial deberá incluir el nombre completo y sexo de los contrayentes; fecha, hora, lugar y comuna en la que se celebra este contrato; y la certificación realizada por el oficial del Registro Civil del cumplimiento de los requisitos establecidos para su celebración<sup>472</sup>.

Posteriormente son diversos los trámites respecto a los cuales la Ley exige cumplir con esta inscripción, entre estos: a) los acuerdos o matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero; b) la escritura pública o acta de extinción unilateral del acuerdo; c) la escritura pública o acta de extinción por mutuo acuerdo; d) la sentencia judicial ejecutoriada en que se declare la nulidad del acuerdo o su término; e) las sentencias judiciales de divorcio, nulidad o término de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y que se encuentren inscritos en Chile y; f) la modificación del régimen patrimonial. Esto último cobra importancia cuando se observa que los efectos de dichos contratos no solo se producen “*inter partes*”, sino que extienden hasta producir efectos respecto de terceros. Por ejemplo, al considerar la existencia de un régimen de comunidad

---

<sup>471</sup> En este sentido indica el artículo 13 del Reglamento de la Ley N° 20.830 que: “*El Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, será único y centralizado, y estará conformado por el Acta de celebración del Acuerdo de Unión Civil levantada por el Oficial del Registro Civil, y demás documentos a que se refiere el artículo 10 de este Reglamento, cuyas inscripciones y/o anotaciones se practicarán de manera sistematizada e informática por medios tecnológicos*”.

<sup>472</sup> Esto según lo indica el artículo N°6 inciso segundo de la Ley N° 20.830.

que establece una cotitularidad de ciertos bienes<sup>473</sup>, o bien, al reconocerse la calidad de herederos y legitimarios de los convivientes<sup>474</sup>.

Paralelamente, el trámite de inscripción tiene valor en el contexto de las reglas de resolución de conflictos asociadas a las normas de Derecho internacional privado que ha incorporado el AUC. Cabe aclarar que el estatuto regula esta materia entre los artículos 12 y 15. Estableciendo un régimen particular respecto a los pactos o contratos celebrados válidamente en el extranjero. Uno de los requisitos establecidos entre estas reglas es el requerimiento de inscripción en el registro especial como elemento esencial para que se le reconozcan efectos a estos actos. Así lo indica el Título III denominado “*De los Acuerdos de Unión Civil en el Extranjero*”, artículo 12 en su número 3, este señala:” Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:

*3ª. Para que el acuerdo otorgado en país extranjero produzca efectos en Chile, deberá inscribirse en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil que establece el artículo 6º. Los efectos de este acuerdo, una vez inscrito conforme a lo señalado precedentemente, se arreglarán a las leyes chilenas, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en el territorio nacional.”*

La Ley diferencia los requerimientos dependiendo si se trata de un acuerdo o contrato equivalentes, o bien, de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero. Pese a que se reconoce a ambos el carácter de un acuerdo de unión civil, se

---

<sup>473</sup> Señala el artículo 15 N° 1 al respecto: “1º. Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes civiles, excepto los muebles de uso personal necesario del conviviente que los ha adquirido”.

<sup>474</sup> Para este efecto se establece la entrega de los certificados a cualquier interesado y por medios expeditos. Así lo señala el artículo 23 del Reglamento de la Ley, el cual indica: “La información contenida en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, será entregada por el Servicio de Registro Civil e Identificación, mediante certificados, de conformidad a lo establecido en el artículo 4o No 7 de la Ley No19.477, Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación. Dichos certificados se otorgarán a petición de cualquier interesado, para lo cual deberá proporcionar el número de RUN o nombre completo de cualquiera de los convivientes civiles.

Las menciones que deberán contener los certificados que otorgará el Servicio se fijarán por resolución de su Director Nacional, en conformidad a la legislación vigente.

Los certificados se otorgarán en línea y en las oficinas del Servicio, previo pago de los derechos que se fijen al respecto en conformidad a la normativa vigente”.

establece una modalidad distinta, reconociendo valor en los primeros, a las normas tanto en la forma y fondo a las normas del lugar en que se hubieren celebrado dicho acto. Respetando con esto íntegramente, los principios que rigen esta materia en las normas de Derecho internacional privado.

No obstante, esto tiene un valor relativo que resulta criticable ya que la inscripción aparece como un elemento de existencia, de manera que si no se realiza el acto carece de todo reconocimiento aun cuando hubiere sido válidamente celebrado en su lugar de origen. Esta orientación se encuentra reafirmada en el artículo 15 inciso séptimo de la Ley, que ratifica la necesidad de cumplir con este requerimiento para las uniones celebradas en el extranjero a propósito del régimen patrimonial de bienes, este indica: “...*Tratándose de uniones civiles o contratos equivalentes, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero que no se encuentren inscritos en Chile, y que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley, será menester proceder previamente a su inscripción en el registro especial que establece el artículo 6° de esta ley. Mediante el reglamento señalado en el artículo 48 se determinará la forma en que se dará cumplimiento a lo establecido en este inciso*”<sup>475</sup>.

En el caso del matrimonio extranjero entre personas del mismo sexo, según nuestro criterio se vulnera el sentido que consuetudinariamente se viene exigiendo en el contexto internacional para las relaciones privadas. En cuanto se establece como condición para su reconocimiento que cumpla íntegramente sin distinción de ninguna naturaleza con la normativa fijada en la Ley N° 20.830, según indica el Reglamento de la Ley<sup>476</sup>. Esto plantea

---

<sup>475</sup> Por su parte el artículo 18 del Reglamento de la Ley, reafirma esta condición al indicar que: Artículo 18.- Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes no constitutivos de matrimonio, celebrados en el extranjero entre dos chilenos; o, entre un chileno y un extranjero, para que produzcan efectos en Chile, deberán ser inscritos en el Registro Especial. La inscripción en estos casos, podrá ser requerida a través de los Consulados de Chile, los cuales deberán remitir los antecedentes correspondientes al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien a su vez los enviará al Servicio de Registro Civil e Identificación para su inscripción en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil. Asimismo, la inscripción podrá ser requerida, directamente en el Registro Especial; o, bien, en cualquier Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación, la que deberá remitir los antecedentes al referido Registro para su inscripción.

<sup>476</sup> Así indica el artículo 20 del Reglamento de la Ley cuando señala que “*Los matrimonios celebrados por personas del mismo sexo en el extranjero, serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil, si cumplen con las reglas establecidas en la ley No 20.830, y sus efectos serán los mismos de aquellos acuerdos celebrados en nuestro país*”.

diversos conflictos de interpretación, primero esta norma se contradice con mandato de reconocer los actos válidamente celebrados en país extranjero, ya que lo que se solicita es la celebración de un nuevo acto en nuestro ordenamiento.

De la misma manera, consideramos que esta norma adolece de un problema de técnica legislativa en su redacción, ya que no especifica cuáles son los requisitos a los que hace referencia. Tal como está redactado y al no corresponder a los operadores jurídicos hacer distinciones donde el legislador no lo realiza, el sentido es posible de interpretarse como que se exige el cumplimiento de todos los requisitos, incluido impedimentos y capacidades. Lo cual genera un conflicto al desconocer en su totalidad la normativa extranjera, planteando una discriminación arbitraria respecto a lo que ocurre por ejemplo en materia matrimonial, donde tal como indicamos el sentido es completamente adverso.

La norma así redactada impediría que un matrimonio de esta naturaleza celebrado válidamente en el extranjero por un menor de 16 años pueda producir efectos. Peor aún sería en el caso del requisito de afinidad, que como hemos indicado en gran parte de los ordenamientos occidentales ha sido eliminado, mientras que en el AUC se mantiene, por lo que resulta prudente considerar este escenario como generador de conflictos. En este mismo sentido, es complejo poder determinar cómo se acreditarán estos requisitos los cuales en ningún caso aparecen acreditados con los documentos oficiales que se deben presentar para el reconocimiento del matrimonio.

Debemos resaltar la relevancia que en este sentido tiene el principio de “*locus regis actum*” que regula esta materia<sup>477</sup>. Dentro de este escenario la regla es que los Estados reconozcan en su Derecho propio los actos que se hubieren celebrado válidamente conforme a Derecho extranjero. Así lo se realiza por ejemplo en materia de Derecho matrimonial en el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil en el cual se reconoce la validez del acto y su inscripción solo tiene un valor probatorio<sup>478</sup>. Esto resulta concordante con la regulación del estatuto personal

---

<sup>477</sup> Véase sobre esta materia: Cornejo, P., *Acuerdo de Unión Civil y Derecho Internacional Privado*, en Estudios sobre la nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil, Hernández G. et alii. coord., Thompson Reuter, pp. 91-106.

<sup>478</sup> Así el artículo 80 inciso primero señala: “*Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad*

en nuestro Derecho, donde las reglas de estado civil se aplican a los ciudadanos independiente del lugar en el que se encuentren.

Como hemos destacado, una correcta armonización con el resto del sistema jurídico implicaría que el valor de la inscripción se reduzca exclusivamente a su naturaleza probatoria, sin involucrar la validez del acto aspecto que depende exclusivamente de las reglas establecidas en el lugar de celebración. Si bien, es posible introducir excepciones a este principio estos generalmente se remiten a cuestiones de fondo y no de forma. Así ocurre con el matrimonio a requerir diferencia de sexo, por entenderse que son variables que se asocian al orden público, lo que no ocurre ni es posible sostenerlo con el requerimiento de inscripción.

Por otra parte, tanto el establecimiento de este requisito con carácter de constitutivo como la importancia que asume el consentimiento bajo determinadas solemnidades, ha significado un acercamiento a la asimilación de estas uniones con la figura matrimonial<sup>479</sup>. En un sentido crítico, se ha señalado que detrás de la imposición de este acto constitutivo que se exige a estas uniones de hecho, existiría la intención por parte de los Estados de resolver las demandas de la población homosexual, en el sentido de distanciarlo del acceso al matrimonio igualitario. De manera que su establecimiento convertiría su regulación en una especie de pseudo-matrimonio, acercándolo en sus aspectos formales y de publicidad pero con una regulación de fondo más flexible y, derechos ampliamente reducidos<sup>480</sup>.

---

*con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer...*”

<sup>479</sup> Se ha señalado que con este modelo sin pretenderlo, el legislador ha acercado la unión de hecho al matrimonio, en cuanto centra toda la importancia en el acto constitutivo. siendo el encargado del Registro quien controlará la conformidad de la inscripción, “*la cual una vez efectuada, calificará y acreditará la unión, independientemente del desarrollo posterior de la convivencia, en tanto no se inscriba su extinción*”. Mata, J., “Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? Análisis de la normativa autonómica”, en Acciones e Investigaciones Sociales, (14), febrero, 2002, p. 206.

<sup>480</sup> Talavera clasifica a este tipo de leyes como “Leyes de Parejas de Mínimos” situando dentro de este contexto aquellos estatutos que regulan el elemento de la afectividad aunque sin cuestionar la supremacía del matrimonio como modelo institucional paradigmático en la regulación de la convivencia afectiva de pareja: Talavera cita como ejemplo las leyes de Unión de Hecho Portuguesa del año 2001, La ley húngara de uniones estables no casadas de 1996 y el Pacto Civil de Solidaridad francés, aprobado en 1999, son ejemplos palmarios de esta alternativa. También encuadra el autor en esta categoría la mayoría de las leyes autonómicas de parejas aprobadas hasta ahora en España, a excepción de las leyes navarra y vasca. El autor destaca el carácter de ambiguo y difuso de este tipo de regulación y su poca eficacia, en cuanto pese a estar destinadas a resolver la



Consideramos que a partir de la experiencia basada en el Derecho comparado, la respuesta más armónica para conciliar todas las variables, tiene un carácter mixto, por un lado se establece la necesidad de una convivencia previa o bien la acreditación de descendencia común, pero al mismo tiempo se da la opción de la declaración en instrumento público con posterior inscripción y para ese efecto deja de ser relevante la acreditación de convivencia previa<sup>481</sup>.

En nuestro caso consideramos que una vía adecuada consistiría primeramente en establecer mecanismos tendientes a acreditar la existencia de la convivencia previa, estos pueden ser variados desde un tiempo determinado hasta la exigencia de descendencia común sin plazos. Esto permitiría establecer un medio de protección frente al uso fraudulento del acuerdo, pero también fijaría criterios respecto de que uniones reconoce nuestro Derecho como familia convivencial, pudiendo trasladarlo incluso al problema persistente de las uniones no juridificadas<sup>482</sup>.

En este proceso resulta necesario reestablecer la relevancia de la inscripción a un valor principalmente probatorio no constitutivo respecto a las uniones extranjeras. Esto con el fin de equiparar esta regla al criterio existente en nuestro sistema en los conflictos de Derecho internacional privado. En cuanto a nivel interno no genera mayores conflictos debido a la unificación de la autoridad encargada de celebrar los actos y de realizar la inscripción en el registro especial.

Cabe resaltar además que, respecto a la intención de reconocer efectos a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, urge mejorar su redacción precisando su sentido. Según nuestra posición correspondería reconocer valor a los actos

---

demanda de la comunidad homosexual terminan siendo estos sujetos los que menos utilizan el estatuto. Talavera, P., “*La unión de hecho y el derecho a no casarse*”, cit., pp. 77 ss.

<sup>481</sup> Un claro ejemplo es la Ley del año 2002 de la comunidad autónoma de Asturias en España que en su artículo 3.2 señala: “Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias”

<sup>482</sup> Es el caso de la Ley portuguesa 7/2001 del 11 de mayo sobre uniones de hecho.

válidamente celebrados tanto en forma como en el fondo, estableciendo de manera específica que requisitos de fondo de nuestra normativa deberán cumplirse. Por ejemplo, requerir que el consentimiento se hubiere otorgado de manera libre y espontánea, o establecer quizás una causal genérica como el respeto por el orden público interno que garantice un tratamiento más amplio de las diversas situaciones que se pueden presentar.

## CAPÍTULO TERCERO

### DEL RÉGIMEN DE EFECTOS JURÍDICOS EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

#### 3.1. LA DISCUSIÓN SOBRE LA INCLUSIÓN DE EFECTOS PERSONALES EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL. LOS ALCANCES RESPECTO DE SU EFICACIA EN EL DERECHO DE FAMILIA MODERNO.

El tratamiento de los efectos personales por el que deben regir sus relaciones los convivientes civiles debe ser una de las materias que se analiza con mayor escepticismo y desconfianza, debido a los problemas que se generan tanto en su regulación, como en el alcance y efectividad de sus efectos<sup>483</sup>. No obstante, consideramos que este aspecto amerita un análisis por confrontar una serie de posiciones, considerando el traslado que el AUC conlleva de la convivencia al contexto del Derecho de familia.

No cabe duda, que las cuestiones patrimoniales se exhiben como el “*quid*” del asunto al momento de regular las uniones afectivas no matrimoniales entre los convivientes, debido a que de ello derivan los principales conflictos y, por tanto, la necesidad de regulación normativa. A diferencia de lo anterior, las obligaciones de carácter personal en las estructuras familiares parecieran tener históricamente un carácter secundario, esto ha sido asumido actualmente en gran parte de los sistemas jurídicos occidentales, los cuales incluso han optado por omitir cualquier pronunciamiento sobre la materia, o bien, los que lo han regulado lo hacen de manera sucinta<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> Martínez De Aguirre C., “Las Uniones de Hecho: Derecho Aplicable”, en Diario LA LEY, Actualidad Civil, N°36, 1999, p. 1107.

<sup>484</sup> Un ejemplo de esta realidad es posible observarla en los sistemas que expresan las últimas regulaciones orgánicas de las uniones convivenciales. Así por ejemplo el nuevo Código Civil y Comercial Argentino no solamente no incorpora deberes personales en las uniones convivenciales, sino que reduce su tratamiento también para el matrimonio; En un sentido similar, la ley alemana sobre Comunidad de Vida de parejas homosexuales de 2001, incorpora la obligación de cuidado y protección entre los miembros de la pareja, así como un deber de llevar una vida en común.

Conforme la experiencia que nos aporta el Derecho comparado es posible observar en términos general tres formas de tratamiento de los deberes personales al regular las uniones convivenciales, estas son: 1) el establecimiento de un estatuto en que no existe pronunciamiento alguno respecto de la materia<sup>485</sup>; 2) sistemas en que se entrega esta materia a la voluntad de la pareja, estableciendo un mecanismo de pactos entre convivientes<sup>486</sup>. 3) la introducción de una regulación parcial y reducida de ciertos deberes<sup>487</sup>.

En el caso del Derecho chileno durante la etapa previa a la regulación estatutaria de la convivencia su tratamiento en sede jurisprudencial al tener como base el Derecho patrimonial derivado de las obligaciones, omitía todo reconocimiento de efectos personales a estas uniones como consecuencia de no aceptar en ellas el carácter de causa directa de obligaciones jurídicas<sup>488</sup>. Al aceptarse la naturaleza de familia a estas parejas, entendemos que el escenario se modifica y que al igual que la familia matrimonial el principio de solidaridad familiar que tutela las relaciones familiares permitiría introducir normas en este sentido. No obstante, lo anterior, este escenario debe ser también discutido desde la perspectiva de la coherencia y la lógica jurídica.

El debate se centra en determinar si en las uniones no matrimoniales resulta eficaz incluir un conjunto de derechos y deberes, cuya naturaleza es esencialmente moral cuya inclusión normativa genera dudas respecto a su eficacia. Lo anterior, se deduce a partir de que estos se encontrarían implícitos tácitamente, y su no mención no las hace inexistentes, en cuanto su

---

<sup>485</sup> Este es el caso del Código Civil de Cataluña que no se pronuncia en este sentido, pero permite pactos amplios entre convivientes, mediante los cuales pueden pactar deberes personales.

<sup>486</sup> Este es el caso de la mayoría de las comunidades en España en que frente al silencio del legislador estatal han procedido a dictar Leyes autonómicas para regular las uniones de hecho. Así, el artículo 5 de la Ley navarra señala que “*Los miembros de la pareja estable podrán regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia*”. También el artículo 5 de la Ley aragonesa señala: “*La convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes podrán regularse en sus aspectos personales y patrimoniales mediante convenio*”.

<sup>487</sup> Este es el caso de la ley alemana sobre Comunidad de Vida de parejas homosexuales registrada de 2001, esta legislación establece un deber de cuidado y protección entre los miembros de la pareja y otro de convivencia común. También es el sistema del PAC francés, luego de la reforma introducida por la Ley 2006 – 728, incorporando una obligación de convivencia al deber de ayuda mutua y material que existía previamente.

<sup>488</sup> Turner ejemplifica esto indicando que se podría hacer el ejercicio de los sujetos involucrados en los casos resueltos por un par de hermanos o amigos y el fundamento de los fallos sería el mismo. Turner, S., “*La Unión de Hecho...*”, cit., p. 89.

cumplimiento implica conductas necesarias para la realización práctica de sus propios fines<sup>489</sup>.

Estos han sido definidos para el matrimonio “*como un conjunto de derechos y deberes de orden personal que conforman un peculiar estatuto protector, tanto para los conyúges como para los hijos. Estos derivan de la comunidad de vida que implica el matrimonio, que tiene su base en relaciones en que se exige diferencia de sexo y que establece como fines vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente*”<sup>490</sup>. Evidentemente el concepto clarifica las diferencias entre ambos institutos, no obstante, en su base existe una similitud central sustentada en la comunidad de vida y sus fines.

Entre sus características principales es posible indicar que se trata de: 1) deberes con evidente naturaleza moral<sup>491</sup>, en cuanto llevan aparejadas conductas que implican un modelo de conductas tendientes a un modelo de correcta convivencia, sin tener aparejadas directamente medidas coactivas propias del Derecho. Aún cuando varias de sus vulneraciones se encuentran reguladas en otros espacios como regulación de la violencia intrafamiliar, en las cuales sí tiene determinadas sanciones específicas. 2) estas se presentan como un espacio particular aplicable solo a la pareja, a diferencia del contenido patrimonial en el que sí se involucran interés de terceros; 3) Se encuentran vinculados íntimamente con la restricción de derechos fundamentales, a partir de esto la protección de la familia permitiría excepcionar el cumplimiento de estos deberes en atención a su carácter de institución fundamental; 4) En su concepción moderna tienen la naturaleza de ser recíprocos teniendo como base la igualdad entre quienes conforman la pareja<sup>492</sup>.

---

<sup>489</sup> Troncoso H., *Derecho de Familia*, en Colección de Manuales, octava edición, Editorial LexisNexis, 2006, Santiago, p.113.

<sup>490</sup> Lepin, C., “*Derecho Familiar...*”, cit. n. , p. 140.

<sup>491</sup> Según Albaladejo, casi todos estos deberes tienen una fuerte dosis de contenido moral, frente a cuyo incumplimiento por cualquiera de los cónyuges, no hay generalmente posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico. Albaladejo, *Derecho de familia*, Curso de derecho civil, IV, Barcelona, 1989, p. 128.

<sup>492</sup> En esta línea Ramos Pazos señala que con anterioridad a la Ley N° 18.802, se distinguía entre deberes y obligaciones recíprocos e individuales. Entre los primeros se encontraban el deber de fidelidad, socorro y ayuda mutua; mientras en el segundo grupo la protección del marido a la mujer, la obediencia de la mujer al marido, su obligación de seguir al marido y su derecho de que este la recibiera en su casa. Ramos Pazos R., “*Derecho de Familia...*”, cit., pp. 124 - 125.

Estos deberes presentan una naturaleza dual, en cuanto respecto a su descripción responden plenamente a deberes de carácter moral, pero se les reconoce su naturaleza jurídica en cuanto se encuentran incorporados en el sistema legal. Esta aseveración como principio ya presenta un grave inconveniente para el Derecho, ya que una de las bases históricas de la propuesta jurídica surge a partir de la separación entre moral y Derecho como espacios distintos<sup>493</sup>. Sin embargo, otra posición tiende a destacar la necesaria relación que debe existir entre ambas vertientes<sup>494</sup>.

Gran parte de los deberes personales imponen obligaciones sujetas a un régimen de sanciones restringidas, que en su aspecto más riguroso alcanzan la forma de causal de divorcio o el fin de la relación matrimonial. En este sentido Carbonnier señalaba que el concepto correcto es el de deberes y no de obligaciones, debido a que su rigidez técnico-jurídica esta cubierta de savia moral. Advirtiendo, que estos deberes prevalecen en este caso sobre los derechos, porque derivan no de la Ley sino de la moral, siendo de dominio de la ética, por tanto imposible de atribuir a su incumplimiento la calidad de una injuria grave<sup>495</sup>.

Lacruz, nos recuerda que desde la escuela histórica se puso en duda la pertenencia de estos preceptos a la órbita del Derecho, entendiendo que conceptos como la fidelidad, la devoción, la obediencia, el respeto, se imponían por la costumbre y no por la ley. Indica, que por su naturaleza estos conceptos debieran “*dejarse la ordenación de las relaciones familiares, en primera línea, a los miembros de la familia y a su sentido moral*”. Sin embargo, señala que en el mismo tiempo en Francia surgirá desde la revolución la noción de un Estado garantista

---

<sup>493</sup> Desde esta perspectiva Reale destacaba que lo que distingue el Derecho de la moral, es que el primero es coercible mientras que el segundo no lo es. Esto conlleva que suele separarse la moral del uso de la fuerza, incluso cuando esta se encuentra legítimamente organizada. Reale, M., *Introducción al Derecho*, Edición pirámide, Madrid, 1993, p. 55.

<sup>494</sup> Por ejemplo, De Los Mozos señala al respecto que: “*En una sociedad como la actual, tan interactiva, hay posturas ideológicas, consideradas social y políticamente correctas, que ya no se van a poder mantener por mucho tiempo, sin que la propia sociedad corra el riesgo de autodestruirse, una de ellas es la que considera que moral y derecho no tienen nada en común y que, en algún modo, se relaciona con aquélla otra, según la cual, la moral es una cuestión privada por tener un fundamento absolutamente subjetivo, trivializando el pensamiento kantiano, entendido como arbitrio individual, no como imperativo categórico*”. De Los Mozos, J., “Protección jurídica de la familia. Dos cuestiones fundamentales”. Conferencia en la sesión inaugural del Foro de la Familia, Madrid, 7 de junio de 2002, p. 112.

<sup>495</sup> Carbonnier J., “*Derecho Civil...*”, cit., pp. 79-87.

y liberal que afirma la primacía de la Ley e intenta someter toda actividad humana a su imperio<sup>496</sup>.

Por otra parte, se ha destacado su carácter excepcional en cuanto representarían un espacio de sacrificio voluntario de garantías individuales protegidas por el sistema jurídico. Así, su inclusión limita derechos esenciales como la libertad, en una esfera amplia que incluye desde la libertad material hasta la libertad sexual; en ciertos casos el derecho de propiedad<sup>497</sup>. Por esto el desarrollo de los deberes personales se encuentra vinculado a distintas áreas del Derecho en general.

En el devenir actual del Derecho resulta discutible la intromisión del Estado en los aspectos privativos de las personas, consagrándose una esfera de protección en ciertas materias<sup>498</sup>. En este sentido Tapia indica que *“en la actualidad los deberes conyugales personales... quedan entregados a las conciencias de las personas y al modelo de pareja que libremente decidan otorgarse... Los afectos y el sexo son cuestiones que escapan –afortunadamente– al dominio de la ley civil en una sociedad respetuosa de la autonomía y de la diversidad, y quedan entregados a las afinidades, preferencias y convicciones de las personas”*<sup>499</sup>.

Respecto al estatuto que regula el AUC como efecto de la discusión parlamentaria durante su tramitación, se optó por introducir deberes de tipo personal pero de manera reducida en comparación al régimen matrimonial<sup>500</sup>. Así se incorporó al estatuto el Artículo 14 que indica: *“Los convivientes civiles se deberán ayuda mutua. Asimismo, estarán obligados a*

---

<sup>496</sup> Lacruz Berdejo, J. et alii., *Elementos de Derecho ...*, cit., p. 134.

<sup>497</sup> En opinión de Varsi *“Es una prisión deliberada, admitida, a través de la cual el cónyuge nunca más tendrá esa plena autonomía de hacer lo que mejor le plazca”*. Varsi E., *“Tratado de Derecho...”*, cit., p.94.

<sup>498</sup> Pinochet, y Ravetllat, reconociendo la existencia de este principio en el Derecho de Familia actual, destacan que no encontraron referencias legales explícitas al mencionado principio, en nuestro medio. No obstante, existir en la discusión sobre los límites de la autonomía familiar y el derecho o no del Estado para intervenir en tan reducido ámbito. Pinochet, R., y Ravetllat, I., *“El Principio de Mínima intervención...”*, cit., p. 81.

<sup>499</sup> Tapia, M., *“Aproximación crítica a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales”*, en: Vidal, A.; Severin, G. y Mejías, C. editores, *Estudios de Derecho Civil X*, Thomson Reuters, Santiago, pp. 233-234

<sup>500</sup> Estos en nuestro ordenamiento para el matrimonio se extienden a: la obligación de fidelidad, socorro, vivir en el hogar en común, cohabitación, ayuda mutua en todas circunstancias de la vida, los deberes de respeto y protección recíprocos y el deber de auxilio y expensas para la litis.

*solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos*<sup>501</sup>.

El estatuto del AUC se inclina por consagrar un deber genérico de ayuda mutua, en vez de optar por la descripción específica que se desarrolla para el matrimonio. Según nuestro parecer, esto no implica la inexistencia de los demás deberes, sino solamente la entrega tácita de estos a la voluntad de la pareja y la no implicancia del Estado en esta materia. Se ha indicado que en principio *“esto es favorable para que cada pareja le dé un contenido propio al deber genérico de manera autónoma”*<sup>502</sup>.

Respecto del deber de ayuda mutua introducido en estatuto, este ha sido definido para el matrimonio por la doctrina como aquel que *“consiste en los cuidados personales y constantes que los cónyuges se deben recíprocamente”*<sup>503</sup>. Este materializa aquello que se consagra como la solidaridad familiar que se extiende a todos los ámbitos de la vida común. En el caso del Derecho nacional, este se distingue de su contenido patrimonial asociado al deber de socorro; vinculándose al bien de los individuos que integran la pareja, imponiendo recíprocamente un deber de estar al lado del otro en todas las circunstancias de la vida<sup>504</sup>.

Teniendo presente todo lo anterior, no resulta claro entender cual es el alcance que tiene este deber de ayuda mutua, si bien, se logra comprender su propósito, no ocurre lo mismo con la eficacia de su cumplimiento, es decir, ¿qué ocurre en caso que este no se cumpla por parte de uno de los convivientes? Frente a esta situación en el caso del matrimonio, el cónyuge agraviado puede recurrir a la separación judicial, al divorcio o a solicitar el término de la

---

<sup>501</sup> Esta no modificó sustancialmente la propuesta original del proyecto de AVP, que solo se refería parcialmente al estatuto personal de los convivientes, al establecer en su título II, artículo séptimo lo siguiente: *“Durante la vigencia del Acuerdo de Vida en Pareja, los contratantes se deberán ayuda mutua y deberán contribuir a solventar los gastos generados por su vida en común, atendiendo a sus facultades económicas”*.

<sup>502</sup> Turner, S., *“El Acuerdo de Unión Civil: La Respuesta Legal para las Uniones de Hecho en Chile”*, en Anuario de Derecho Público UDP, 2015, p. 28.

<sup>503</sup> Ramos Pazos R., *“Derecho de Familia...”*, cit., p. 127.

<sup>504</sup> Barrientos y Novales, destacan que en el Derecho nacional previo a la codificación civil este deber tenía gran relevancia, en cunato ningún conyúge podía desistir o desamparar al otro en ninguna circunstancia por grave que parezca. Para tal efecto citan como ejemplo, lo dispuesto en la Ley 4.2.7 de las Siete Partidas en que se regulaba este deber. Barrientos, J. y Novales, A., *Nuevo Derecho...*, cit., p. 288.



sociedad conyugal en el caso de la mujer. Todas estas sanciones carecen de eficacia en el caso del AUC, en cuanto la terminación del vínculo no tiene mayores complejidades y depende exclusivamente de la voluntad unilateral del conviviente. Aun cuando existe cierta doctrina que defiende la subsistencia de estos deberes pese a la disponibilidad de los individuos para poner termino a la relación<sup>505</sup>.

Una situación similar ocurre con el deber de solventar los gastos generados por su vida común incorporado en el AUC. En términos generales toda estructura familiar acogida en el Derecho suele afirmarse sobre tres presupuestos básicos: a) la existencia de cargas familiares; b) la necesidad de poder cubrir estos gastos, como consecuencia del interés de proteger la familia de los individuos; c) una legitimidad para hacerse cargo de ellas, definiendo quien contribuirá y soportará dicha carga<sup>506</sup>.

Es posible deducir a partir de la inserción de este deber, que la intención del legislador no fue que este alcanzara la calidad de obligación alimenticia entre convivientes. Esto se ratifica ya que el catálogo de titulares del derecho de alimentos contenido en el artículo N° 321 del Código Civil no ha sido ampliado para incorporar al conviviente civil. Esto tendrá un carácter limitativo, ya que dicha norma indica que solo se deben alimentos a las personas expresamente señaladas en dicha norma, por lo que para poder ampliarlo se requiere de una modificación expresa a dicha Ley, o bien, otra Ley que expresamente indique una disposición en este sentido.

---

<sup>505</sup> Por ejemplo, para el caso español donde para el matrimonio también existe esta disponibilidad, al incorporarse un divorcio que puede solicitarse en cualquier momento y sin necesidad de alegar causa alguna. Se ha sostenido que estos deberes seguirán subsistiendo en la medida que la calidad de conyúge se mantenga. De manera que pese al cambio de orientación persisten estos deberes y cualquier incumbencia doméstica o familiar es responsabilidad de ambos cónyuges. En esta línea Martínez de Aguirre, C., “El nuevo matrimonio civil», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*”, en Estudios de derecho Judicial N° 130, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 29 – 31. También Lacruz Berdejo, J. L., “*Elementos de Derecho civil I*”V, cit., pp. 66 – 69.

<sup>506</sup> Pastor Álvarez, M, *El Deber de Contribución a las Cargas Familiares Constante Matrimonio*, Editorial Universidad de Murcia, 1998, p. 77.

Esto se condice además con la línea jurisprudencial seguida por nuestros tribunales que asocia el derecho de alimentos únicamente con el deber de socorro. Así se ha indicado que: *“La obligación alimenticia constituye el deber de socorro entre cónyuges, esto es, la ayuda recíproca que éstos se deben mutuamente, que se cumple permanentemente en la vida común casi imperceptiblemente y que adquiere toda su dimensión con la ruptura de convivencia”*<sup>507</sup>. Este mismo criterio se ha sostenido en materia de incumplimiento grave de deberes para conceder el divorcio.

A contrario *censu*, debemos entonces comprender que en el AUC este deber se remite exclusivamente a la obligación de contribuir a los gastos del hogar común distintos a los alimentos a favor del conviviente. Su cumplimiento se encuentra sustentado exclusivamente en la buena fe y la confianza recíproca generada en la vida en común, lo que crea entre ambos miembros una mutua solidaridad mientras dura la relación<sup>508</sup>. En cuanto la certeza que concede la regulación de los alimentos no podría integrarse como medida para garantizar su acatamiento.

Esto resulta a lo menos extraño, ya que históricamente se ha considerado que la naturaleza de los alimentos tiene un carácter vital<sup>509</sup>, siendo la base para la necesidad de otras prestaciones<sup>510</sup>. En esta línea Estrada Alonso sostiene que este aspecto se encontraría cubierto tácitamente por existir entre los convivientes *“una obligación natural, un deber moral y social presumible, que otorgaría el derecho – deber de ser atendido económicamente por su pareja, el cual respondería a principios de equidad, justicia y solidaridad”*<sup>511</sup>.

---

<sup>507</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Chile, causa Rol N° 5334 – 2004, del 21 de septiembre del 2005.

<sup>508</sup> Postula que extinguida la convivencia los convivientes tendrán que acudir a la compensación económica la cual deberá articularse mediante la figura del enriquecimiento injusto. Gaspar S., *“Contradicciones Legales y Oscilaciones...”*, cit., pp. 748 – 749.

<sup>509</sup> Así se ha indicado que el fundamento de esta institución se encuentra en el mismo derecho a la vida que tienen las personas, del que deriva la asistencia como conjunto de prestaciones a que el ser humano tiene derecho, lo que se traduce en el deber de prestar alimentos, y que no debe reducirse a la mera asistencia física, sino que ha de extenderse al cuidado del espíritu del hombre como ser racional. Lledó Yagüe, F. et alii, *Concepto y Fundamento de la Obligación Legal de Alimentos entre Parientes*, en Cuaderno Teórico Bolonia III. Derecho de Familia. Editorial Dykinson, Madrid, 2012, p. 244.

<sup>510</sup> En este sentido se resalta que la decisión estatal de regularlos jurídicamente va encaminada a la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad física de los ciudadanos. Ribot, J., *“El Fundamento de la Obligación Legal de Alimentos entre Parientes”*, en Anuario de Derecho Civil, N° LI-3, 1998, pp. 1108-1109.

<sup>511</sup> Estrada E., *“Las Uniones Extramatrimoniales...”*, cit., pp. 310 y ss.

Desde nuestro enfoque, es posible sostener que la incorporación de este deber hubiera sido la única con alto grado de eficacia al estar dotada de una estructura legal específica para su cumplimiento. No obstante, destacar que gran parte de su eficacia esta dado por su naturaleza dual, esto al tener un carácter de deber personal con posibilidades de apreciación patrimonial aspecto que le entrega una connotación material que facilita la persecución de su cumplimiento<sup>512</sup>.

El sentido de las normas fijados en esta materia en el AUC, ratifica que en la actualidad la inclusión expresa de deberes personales no tiene más que un valor exclusivamente simbólico u orientador, una especie de recordatorio de las funciones naturales que lleva implícito el vivir en familia. En esto tendrían cierta similitud con la función que cumplen los principios como herramientas para la interpretación del Derecho, permitiendo suplir vacíos o colaborar a dar sentido a la norma frente a posibles tensiones, en cuanto manifiestan un fin en la elaboración de la institución.

Para identificar el verdadero sentido de incorporar estos deberes como obligación jurídica, es necesario considerar el Derecho de otra época donde su cumplimiento se encontraba asociado a sanciones efectivas de naturaleza penal, estas en su mayoría fueron atenuadas o derogadas a lo largo del tiempo, como una consecuencia del cambio en los patrones sociales. Así, ocurrirá con la figura penal del adulterio para garantizar la fidelidad, o la figura del abandono de hogar del cónyuge para caucionar el deber de convivencia. Una vez derogadas estas figuras, los deberes personales caerán en un campo exclusivamente sujeto a la conciencia de la pareja, cuestionándose la utilidad de su inclusión<sup>513</sup>.

Concordamos además con la opinión que considera que un espacio importante de la función que cumplía la consagración de estos deberes, se encuentra cubierta en la actualidad por otras instituciones incorporadas a la estructura normativa. Dentro de esta es posible ubicar desde normas legales vinculadas a la sanción de la violencia intrafamiliar hasta la aplicación directa

---

<sup>512</sup> En este sentido veasé: García Rubio, M., *Alimentos entre Conyúges y entre Convivientes de hecho*”, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

<sup>513</sup> En Chile el delito de adulterio fue derogado por el artículo 34 de la Ley N° 19.335, publicada el 23 de septiembre de 1994.

del sistema de protección de los derechos fundamentales de las personas<sup>514</sup>. Otra forma de protección que indirectamente se encuentra asociada es la figura de la injuria atroz establecida en el artículo 968 del Código Civil, la cual declara indigno de suceder como herederos o legatarios, entre otros a las siguientes personas: a) *“El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla”*; b) *“El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada”*. A esta figura podemos asociar además la acción de desheredamiento que la jurisprudencia ha vinculado al incumplimiento grave de deberes<sup>515</sup>.

Esta serie de sanciones específicas asociadas a la protección de la familia, justificarían que no solo para la convivencia resulte innecesaria la inclusión expresa de deberes personales, sino también para el propio matrimonio. Desde esta perspectiva, no resulta extraño que, al momento de regular las estructuras familiares reconocidas en los sistemas jurídicos, la tendencia indique su reducción o simplemente la omisión, no solo por las características de la comunidad en la que descansa la familia. Sino por una cuestión de eficiencia jurídica, en cuanto existen cuestiones que no resulta necesario consagrarlas como normas jurídicas específicas, permitiendo ampliar los espacios de autocontrol de los individuos. Permitiendo al mismo tiempo, dar sentido de manera global al sistema evitando una doble regulación, evitando conflictos como antinomias o espacios de tensión entre normas.

---

<sup>514</sup> Un ejemplo de su aplicación lo encontramos en diversos sistemas jurídicos recientemente reformados. Así ocurre en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino donde se pueden pactar entre convivientes deberes personales, indica su artículo 515 lo siguiente: *“Límites. Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial”*.

<sup>515</sup> Nuestra Corte Suprema ha indicado que *“El desheredamiento es un recurso supremo que tiene el testador contra los legitimarios, para excluir de los derechos hereditarios a los que han faltado gravemente a sus deberes, en los casos especiales que la ley contempla”*. En la misma causa resolvió que: *“En la especie, el acto ejecutado en desdoro del testador, consistente en la denuncia indebida y sin fundamento por violencia familiar de su cónyuge, unido a la infidelidad de la misma, ha debido ser hecha con la intención de deshonorar, afrentar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa la conducta de éste, elementos suficientes para considerarse injuriado”*. Sentencia Corte Suprema, Recurso de Casación, causa Jara con Becker, Rol: 79128-2016, de fecha 21 de septiembre del 2017.

Cabe aclarar que esta regulación de fondo que plantea la aplicación de los derechos fundamentales, operaría a todo evento y en caso de cualquier forma de regulación. Por lo que aún en estructuras como la matrimonial, en la que existe un catálogo detallado de estos deberes, o en aquellos sistemas en que se permite pactar estatutos personales conforme el libre sentir de la pareja, el respeto por estas normas fundamental resultaría limitante como reflejo de la existencia de un estado de Derecho que se vincula a todo el quehacer social.

El camino seguido por el AUC en esta materia, según nuestro parecer contribuye positivamente a la coherencia del ordenamiento jurídico desde dos perspectivas. En primer lugar, desde el enfoque de la técnica legislativa utilizada, aportando a cautelar debidamente la distancia entre estatutos, incorporando un elemento diferenciador con el fin de evitar una sobreposición respecto al matrimonio. Estableciendo una menor intensidad de deberes entre los convivientes, reconociendo que al existir un vínculo jurídico sujeto a la voluntad unilateral, carece de un real de sentido establecer un catálogo de deberes carente de apremios efectivos<sup>516</sup>.

Un segundo aspecto, quizás el más relevante, es que por esta vía protege y reconoce tácitamente la privacidad que gozan los integrantes de una pareja para darle sentido a su vida común. En cuanto en aspectos como la fidelidad y el auxilio recíproco difícilmente el Derecho pueda tener alguna injerencia eficaz en la conciencia de las personas. Restringiéndose su labor a restablecer posteriormente a lo justo situaciones de inequidad mediante elementos de coacción. En definitiva, la relación se sustenta en los lazos de afectividad que voluntariamente vinculan a los individuos, quizás el único factor que puede garantizar la permanencia efectiva y fructífera de un vínculo familiar.

Es posible aludir que esto atentaría contra el principio de igualdad entre todos los modelos familiares. Al respecto, consideramos que esto no resulta sustentable en la medida que no todos los modelos familiares son iguales, y es a partir de dicha diferencia que el Derecho puede plantear diferentes tratamientos. En el caso de las uniones convivenciales, estas se sustentan en un espacio de libertad mucho más extenso que en el matrimonio, prueba de ello,

---

<sup>516</sup> Torres Lana J., “*De nuevo sobre...*”, cit., p.12.

son la existencia de un régimen cuya conclusión está sujeta a la decisión unilateral de sus miembros, sin intervención determinante de la estructura pública. De la misma manera, el establecimiento de una estructura cuyas obligaciones ya sean formales como sustanciales resultan de menor intensidad.

No obstante, consideramos que este camino resulta incompleto, en cuanto al reconocerse una zona de autonomía para que la pareja regule este espacio de intimidad familiar, no basta la simple omisión sino el necesario establecimiento de herramientas eficaces en las cuales plasmar esta intención. Este espacio solo resultaría pleno y efectivamente protegido mediante la incorporación de la facultad de pactar acuerdos entre convivientes, en los que su intención tenga el valor de normas para los pactantes<sup>517</sup>.

### **3.1.1. LOS PACTOS ENTRE CONVIVIENTES COMO ALTERNATIVA EN EL CONTEXTO DE LOS DEBERES PERSONALES.**

Esta alternativa de permitir la inclusión de la autonomía de la voluntad para pactar condiciones respecto a los deberes personales no resulta pacífica. Dentro de la línea en análisis, esta propuesta se encuentra íntimamente asociada a la naturaleza contractual que se le reconoce al AUC. Así, resulta de plena lógica la incorporación de la facultad de los convivientes de poder pactar libremente siempre que no sea contrario a Derecho. Debemos reconocer en todo caso, que esto ocurre igual al margen del Derecho, estableciendo la pareja su propio marco regulador de sus condiciones de vida en común, de tal forma que esto solo consiste en un ajuste de la norma a la realidad.

---

<sup>517</sup> Cabe destacar que esto no resulta novedoso, así en el proyecto del senador Allamad sobre Acuerdo de Vida en Común, se incorporaba respecto al deber de solventar los gastos de la vida en común la posibilidad de que la pareja pudiera pactar términos distintos a lo establecido en la norma. Así el artículo N°7 del proyecto señalaba: *“Las partes del acuerdo se deben, recíprocamente, ayuda mutua.*

*Asimismo, salvo pacto en contrario, ambos contratantes deberán contribuir a solventar los gastos generados por la vida común, según sus posibilidades económicas”.*

De la misma manera durante su tramitación esta idea fue sugerida por el senador Hernán Larrain quien indicó según consta en el Primer Informe de Comisión de Constitución del Senado que *“En todo caso, recalcó que se puede consagrar la posibilidad de que las partes convengan una alternativa distinta para contribuir a pagar los gastos en común”.* Primer Informe de Comisión de Constitución del Senado, en Historia de la Ley N° 20.830, p. 173.

Desde nuestra realidad normativa, cualquier injerencia de la autonomía de la voluntad en la regulación de la convivencia fijada en el AUC se encuentra clausurada. En este sentido, el estatuto tiene una clara orientación imperativa que impide su disponibilidad a los sujetos que se sometan a sus disposiciones. Esto queda claramente consagrado en su artículo N°2 que restringe su valor a lo estrictamente dispuesto en la Ley, así señala: *“El acuerdo generará para los convivientes civiles los derechos y obligaciones que establece la presente ley”*. Por tanto, al no incorporarse la posibilidad de celebrar pactos entre convivientes, los efectos quedan restringidos a lo expresamente señalado en las normas, salvo pequeñas zonas en que la autonomía personal permite optar por espacios preconfigurados. De manera, que cualquier cambio requiere necesariamente de una modificación legislativa que incorpore esta facultad.

Esta posición por ejemplo fue asumida por nuestra Corte Suprema en el caso del matrimonio declarando que existe causa ilícita en los pactos que celebren entre cónyuges que afecten estos deberes personales. El argumento principal conforme sus considerandos se reduce a lo siguiente: *“Que, sin más, si bien se reconoce que el Derecho de Familia es una disciplina perteneciente al Derecho Privado, se reconoce que en él existen normas de Derecho Público que no pueden ser suprimidas o modificadas por los interesados”*<sup>518</sup>.

La propuesta de incluir pactos que favorezcan la disponibilidad de derechos personales en la paareja en general, no resulta pacífica en la doctrina, desde una perspectiva dogmática su inclusión presenta varias tensiones. Esto se encuentra asociado a su naturaleza y su cercanía con la posible vulneración de derechos fundamentales que podría implicar. Al observar las limitaciones que estos deberes imponen, gran parte de estos consisten en restringir aspectos protegidos por garantías individuales como la libertad en su sentido más amplio<sup>519</sup>.

---

<sup>518</sup> Este proceso consistía en la ejecución de un título que emanaba de un convenio o contrato cuya causa para el acreedor consistió en recibir el pago de una determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización por daño moral que atribuía a la deudora por haber incumplido sus deberes matrimoniales, especialmente, el deber de guardarle fe o fidelidad y la causa de la obligación contraída por la deudora, consistió en el silencio o reserva que el acreedor debía guardar en relación con aquellos actos en que sostenía el incumplimiento de obligaciones que pesaban sobre su contraparte. Sentencia Corte Suprema, Recurso de Casación rechazado, Causa Rol N° 711-2011, de fecha 6 de marzo del 2012.

<sup>519</sup> Una Sentencia de un Tribunal provincial español resulta clarificadora en esta se declara la nulidad de determinadas cláusulas por vulnerar derechos fundamentales. El tenor de dichas cláusulas son los siguientes: *“para el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tenga relación de pareja”*, *“el padre también obtendrá la custodia de sus hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de Santiago de Compostela o no pueda pernoctar*

Debiendose determinar ¿si la protección del derecho a la familia, permitiría disponer de otros derechos individuales, matizándolos o restringiéndolos?

Las posiciones contrarias sostiene que los convivientes no pueden afectar por su propia voluntad sus derechos personales, entre las principales razones destacan las siguiente: a) por estar el objeto de dichos pactos fuera del comercio de los hombres, o bien, por que su propuesta implicaría regular servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres; b) por afectarse a la persona de los contratantes, respecto a su cuerpo o a sus derechos de la personalidad; c) por implicar la renuncia de un derecho fundamental, aspecto prohibido en un Estado de Derecho<sup>520</sup>.

Por ejemplo, todo acto entre convivientes que contenga la obligación a un miembro de la pareja de convivir por cierto tiempo o que impida la libre ruptura estaría afecto de nulidad. De tal manera, los acuerdos que creen un posición desigual entre los convivientes, o bien, sometan a uno por sobre el otro, serían nulos por ser contrario a las leyes o buenas costumbres<sup>521</sup>. En este sentido, se ha señalado que la regulación de los aspectos personales se encuentra regida por los principios de libertad e igualdad<sup>522</sup>.

Esta situación de indisponibilidad también estaría presente en el régimen personal del estatuto matrimonial, pero de manera muy particular. Tal como indicamos estos constituyen más bien deberes éticos que jurídicos, siendo claramente excepcionales en la medida que

---

*con sus hijas en esta ciudad*". En la sentencia se afirma al respecto: "*Ciertamente que lo primero supone un claro atentado contra la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, que no se justifica con un hipotético interés de las menores, pues en el caso de que dicha situación llegara a producirse, valorando la incidencia que pueda tener sobre ellas, y el interés de éstas, podrá someterse a decisión un cambio en la guarda y custodia, como también el caso de un eventual traslado de residencia de la madre, sin que pueda condicionarse de antemano la atribución de la guarda y custodia a la permanencia en Santiago sin merma del derecho a la libertad de residencia*". Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 6 de mayo de 2002.

<sup>520</sup> Estruch J., "La Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana", publicado en Revista de Derecho Civil Valenciano, Derecho de familia y sucesiones, 2008, pp. 11-12.

<sup>521</sup> En esta línea Mesa C., "*Las Uniones de Hecho...*", cit., p. 89.

<sup>522</sup> Señala Roca Trias que en el modelo jurídico occidental el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, se halla subordinado a la protección de los derechos fundamentales implicados y en este sentido "*es absolutamente significativa la norma del artículo 1328 CC español, que declara nulas las estipulaciones contenidas en los capítulos matrimoniales que sean limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge*". Roca Trias, E., "*Familia y Constitución...*", cit., pp. 207-228.



aumentan las exigencias del mero cumplimiento de buena fe de los contratos. Estos deberes tampoco encuentran disponibilidad para los cónyuges, sin embargo, esto se ha ido progresivamente atenuando en algunos ordenamientos jurídicos. Un ejemplo, es posible encontrarlo en la figura del *Covenant Marriage* introducida en los Estados Unidos Norteamericanos, mediante esta figura se ha establecido la posibilidad que los cónyuges puedan pactar un matrimonio con acceso restringido al divorcio, afectando la libertad individual y ampliando la autonomía de la voluntad al extremo<sup>523</sup>.

Para este fin, se tiene como base la intensidad de los compromisos asumidos en cada estructura, es decir, a mayor compromiso mayor disponibilidad de los deberes. En esta posición Gavidia señala que sólo en el matrimonio se contrae un compromiso jurídicamente vinculante para crear y mantener -en principio de por vida- una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos con exclusión de otras personas. En cambio en las uniones libres tal comunidad si bien existe, *“no es el resultado de un compromiso jurídicamente vinculante de crearla y mantenerla, ya que cualquiera de los convivientes debe tener la posibilidad de disolverla sin tener que acreditar que concurre otra causa que su decisión ni el transcurso de plazo alguno”*<sup>524</sup>.

De esta manera, solo en el matrimonio tendría sentido una disponibilidad de los deberes personales, esto se justificaría en gran parte en la utilidad que representa dicho compromiso para los cónyuges<sup>525</sup>. Esta facultad se perdería en el caso del AUC por depender la

---

<sup>523</sup> Así ha ocurrido en los Estados de Louisiana, Arkansa y Arizona, en los que sólo se podrá terminar el matrimonio por voluntad de los conyúges en caso severos como maltrato u otro delito, reforzando el concepto de una unión para toda la vida. Un análisis a fondo veasé en: Navarro Valls, R., *“El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses”*, en Revista de Derecho Privado. 1998, págs. 768 y ss. Del mismo autor *“El retorno del matrimonio”*, en *Anales de la RAJL*, 29, 1999, págs. 162 y ss.

<sup>524</sup> Destaca que esta diferencia es de tal entidad que, aunque existen innegables similitudes en la situación de hecho entre el matrimonio y la unión libre, esta impregna el sentido de toda la regulación. Incluso, de aquellas normas que no tienen que ver con su disolución, y sus consecuencias son de relevancia estructural: la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre no es sólo entre casarse y permanecer soltero, sino más concretamente entre constituir uniones en las que quede excluida su libre ruptura u otras en las que ésta sea posible. Sobre este aspecto Gavidia J., *“La Unión Libre...”*, cit., pp.10 - 14.

<sup>525</sup> Esta posición ha asido asumida por los tribunales españoles, el argumento principal es el siguiente: *“disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes de modelos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y cada uno de ellos, siendo así que cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus*

continuidad del vínculo exclusivamente de la voluntad de los convivientes. Esta cuestión cobra sentido, al considerar que sólo en la regulación del matrimonio se observan un catálogo extenso de deberes personales. Sin embargo, esto plantea un problema en aquellos ordenamientos que han equiparado íntegramente ambas instituciones.

Desde esta perspectiva, esta intensidad en el nivel de compromisos que trae aparejada cada estructura, permite identificar con claridad un aspecto tutelar para la funcionalidad democrática del sistema jurídico familiar. A partir de su reconocimiento debiese plantearse una graduación entre la influencia del poder público y el reconocimiento de espacios de autodeterminación. En términos prácticos así sería posible ordenar con armonía la realidad que impone el paradigma del pluralismo jurídico familiar. Así, el matrimonio sería una estructura con menor disponibilidad de los conyúges caracterizadas por normas imperativas, pasando por las uniones jurídicadas como un espacio intermedio, finalizando con las uniones de hecho donde la estructura debiese estar caracterizada por la libre determinación de la pareja.

Este camino de permitir los pactos y la disponibilidad como instrumentos en materia de deberes personales, necesariamente implica definir ciertas limitaciones que surgen de la base del sistema jurídico. Así, se sugiere restringirlos en lo relativo a los deberes de fidelidad y convivencia, pero se acepta su eficacia en los demás deberes como el de respeto, ayuda mutua, de actuación en interés de la familia o de socorro mutuo. Esta limitación nos parece coherente, basta pensar en un acuerdo en el cual se excluya el deber de fidelidad permitiendo recíprocamente a los convivientes mantener relaciones con terceros, o bien, acordar la no convivencia, esto permitiría cuestionar la validez del vínculo por falta de justa causa, incluso su inexistencia por falta de consentimiento.

---

*necesidades, deseos e inquietudes. En este sentido, quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño". SAP Cádiz de fecha 3 de abril del 2008 (Jur 2008\234675).*

Nos parece que la propuesta de distinguir entre los diferentes deberes resulta necesaria, en atención a la diversidad de elementos que estos implican y la imposibilidad de tratarlos de manera homogénea. Respecto a los deberes indicados no resulta extraño su disponibilidad, ajustándose de buena manera a la realidad familiar, sin afectar directamente otros derechos. Sin embargo, esta posición no resuelve el problema de su falta de funcionalidad, al ser compleja la posibilidad de exigir su cumplimiento<sup>526</sup>.

Frente a esto se ha planteado la opción de establecer dentro de los pactos sanciones de carácter patrimonial frente al incumplimiento, tales como cláusulas penales o indemnizatorias<sup>527</sup>. La inclusión de sanciones de naturaleza civil no resulta ajena a la actividad contractual, pudiendo hacerse efectiva al momento de concluir la relación siempre que esta medida responda a una regla de naturaleza dispositiva y no imperativa. Quizás el gran inconveniente, como lo veremos más adelante, resulte en armonizar debidamente este concepto con la existencia de una compensación económica que se concede al conviviente que hubiere sufrido perjuicios por la falta de ayuda en la dedicación exclusiva a los hijos y al hogar.

Una inclusión dentro de un acuerdo de una disposición de esta naturaleza contribuiría a otorgar sentido jurídico a estos deberes, sin afectar según nuestra apreciación su validez a diferencia de lo que ocurre con un acuerdo de supresión. Por lo demás, nos parece que esto encaja plenamente con un Derecho de familia aperturista en que los convivientes acuden en forma voluntaria a moldear conforme sus convicciones personales la intensidad y consecuencias de sus relaciones<sup>528</sup>. No obstante, el gran inconveniente consistiría en entregar a la labor de los jueces y a la incerteza que esto conlleva, el definir cuando se transgreden garantías fundamentales.

---

<sup>526</sup> Estruch J., “*La Ley de Uniones de Hecho...*”, cit., pp. 11-12. En este sentido indica que la falta de coercibilidad, es similar en la institución matrimonial, pero en esta última la falta de cumplimiento trae consigo consecuencias directas como son la separación, el divorcio y las pérdidas de ciertos derechos”.

<sup>527</sup> Martínez De Aguirre C., “*Acuerdos entre Convivientes...*”, cit., pp. 28-29

<sup>528</sup> Gaspar, S., “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, en Anuario de Derecho Civil - Núm. LXIV-III, Julio 2011, pp. 1051-1052.

Desde nuestra perspectiva, consideramos indispensable para encontrar una propuesta a esta discusión, determinar con claridad cuales son los fines fijados en la creación del AUC. Para poder definir que propósito tiene la inclusión de estos deberes, determinando su alcance para lograr que la institución justifique su existencia en el Derecho<sup>529</sup>. Si bien, en el caso del AUC el proyecto no indica expresamente un objetivo principal, este se logra deducir desde el análisis de la estructura del mensaje presidencial con el que se envió el proyecto al Congreso para su tramitación.

El proyecto bajo el epígrafe “*Antecedentes y Fundamentos generales de la modificación*” define tres grandes objetivos del proyecto, estos se expresan en tres numerales que lo integran, estos son: a) proteger a la familia, como pilar fundamental de la sociedad<sup>530</sup>; b) la necesidad de regular la convivencia<sup>531</sup>; y c) proteger el carácter heterosexual del matrimonio. En resumen sus objetivos centrales consisten en reconocer la calidad de familia en las que se asientan estas uniones, contribuyendo luego a otorgarle seguridad jurídica a la convivencia de estas parejas, aspecto que se cumple mediante el establecimiento de un estatuto de deberes y derechos<sup>532</sup>.

A partir de estos principios se desenvuelve su estructura. Primero, su definición donde se reconoce su naturaleza de contrato, fija como elementos esenciales que se trate de dos personas de igual o distinto sexo que conviven afectivamente en un hogar común, con

---

<sup>529</sup> Concordamos en este aspecto con Barrientos y Novales en cuanto a que el fin es la razón que justifica la elaboración y la exigibilidad de estos derechos y deberes recíprocos, en cuanto estos se tienen “*como complementarios para la realización plena y efectiva de sus mismos fines*”. Barrientos, J. y Novales, A., “*Nuevo Derecho...*”, cit., p. 281.

<sup>530</sup> En este apartado aparece expresamente que el proyecto se integra dentro de “*una serie de iniciativas y medidas destinadas a fortalecer y promover la familia*”. Luego se da cuenta de cómo las uniones convivenciales se conforman como una expresión familiar. Mensaje del Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja, Santiago, agosto 08 de 2011, pp. 1-3.

<sup>531</sup> Este fin se traduce en otorgar certeza jurídica a las uniones convivenciales. Así señala que el proyecto “*pone fin al déficit de protección legal de esas parejas y satisface ampliamente el legítimo requerimiento que ellas tienen de ser reconocidas y respetadas*”. Mensaje del Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja, p. 6.

<sup>532</sup> No coincidimos en este sentido con la doctrina que reconoce una diferencia conceptual en los fines del matrimonio y del AUC, reconociendo solo en la primera una institución centrada en la constitución de la familia; mientras en la segunda solo un pacto de convivencia. No cabe duda, que esta discusión está zanjada, basta analizar la historia de la Ley como sus precedentes legislativos y jurisprudenciales. En este sentido véase: Del Picó, J., “*Matrimonio y Acuerdo de Unión Civil: apreciación Comparada Centrada en la Diferencia de los Fines*”, en *Estudios de Derecho Familiar I*, Lepin C. y Gomez De la Torre, M. (coords.), editorial Thompson Reuters - La Ley, Santiago, 2016, p. 50.

características de estabilidad y permanencia. En esto se encuentran los elementos de naturaleza personal que conforman la esencia del estatuto y que lo caracterizan respecto de otros.

De estos se desprende además como único deber esencial el de convivencia afectiva que además debe ser permanente y estable<sup>533</sup>. Sin embargo, paradójicamente este deber no aparece incluido dentro de los deberes personales que señala el estatuto; por tanto, es posible exigir el deber de ayuda mutua aún no existiendo una vida en común que lo justifica.

Consideramos que conforme a la naturaleza de la institución, y teniendo presente su carácter contractual, la única limitación real para la disponibilidad de los deberes personales, consistiría en la imposibilidad de excluir en su totalidad el deber de convivencia, o bien, de tal manera que lo prive de su carácter de permanente o estable<sup>534</sup>. También, es posible a partir de su inclusión excluir la posibilidad de eximir en su totalidad el deber de ayuda mutua y de contribución a los gastos del hogar común. Sin embargo, sería posible matizarlos, o ajustarlos según intereses de los convivientes.

Respecto de los restantes deberes personales desde nuestra perspectiva estos pueden ser plenamente disponibles, encontrando como límite inamovible el respeto por las garantías fundamentales fijadas tanto internamente en normas de orden público como en los tratados internacionales de Derechos Humanos. En este sentido, reconocemos en general en los deberes personales una expresión de lo más privado de la familia, y en la familia uno de los aspectos más privados de los individuos, debiendo como consecuencia su voluntad tener una alta injerencia en su contenido. Al Estado le cabe la obligación de cautelar en todo caso que esto no permita una vulneración de los derechos básicos de las personas.

---

<sup>533</sup> Gete- Alonso, destaca para el matrimonio que este deber es el central o esencial por excelencia, lo que puede interpretarse en el sentido de que sin él no existe matrimonio. Esta alusión es perfectamente aplicable para el AUC conforme el sentido que se la da a la institución. Gete- Alonso y Calera: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*. T.I. Madrid 1984, p. 334.

<sup>534</sup> Esto sin embargo resulta igualmente complejo, según criterio de nuestros tribunales se ha considerado que “el concepto de convivencia dentro del matrimonio no se agota en el acto de cohabitación, sino que se extiende al cúmulo de obligaciones y deberes propias de dicha institución, tales como el deber de socorro, fidelidad, ayuda mutua”. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, causa Rol N° 130-2010, de fecha 11 de noviembre del 2010.

### 3.1.2. LOS DEBERES PERSONALES EN LA CONVIVENCIA Y EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA.

Tal como hemos indicado, los argumentos asociados a la ineficacia en el cumplimiento efectivo de los deberes personales, han influido en que estos pierdan presencia al momento de confeccionar un estatuto regulador en el ámbito familiar. Las razones son multifactoriales, sin embargo, una de las principales esta asociada a su ineficacia, ya que la protección de gran parte de ellos opera a un nivel superior mediante la estructura de garantías individuales y los recursos destinados para este fin<sup>535</sup>. También ha influido en este proceso la circunstancia de que ciertos deberes como el de respeto mutuo, encuentran protección mediante otras disposiciones legales especiales que protegen a la familia<sup>536</sup>.

En la propuesta contenida en el caso del AUC, es posible realzar los argumentos que cuestionan su eficacia, ya que frente al incumplimiento de estos deberes no existe una sanción que pudiera tener un efecto relevante, considerando que la ruptura del vínculo depende de la mera voluntad de uno de los convivientes<sup>537</sup>. No existiendo una medida de mayor alcance, su incorporación no logra la extensión existente hoy en día en el caso del matrimonio, en cuyo caso, la eficacia de incorporar estos deberes se asocia directamente con el establecimiento de causales de terminación.

Sin embargo, actualmente la inclusión de estos deberes podría tener valor a partir de la discusión que se ha planteado respecto a la función que tiene la responsabilidad civil en el Derecho de familia. El centro del debate es determinar si es posible que las normas generales

---

<sup>535</sup> La autora postula al respecto que “*el régimen legal actuaría como un sustrato mínimo que debiera ser llenado por los derechos constitucionales. Sobre ese nuevo piso se construirían, entonces, los distintos modelos familiares posibles. En este sentido, el establecimiento de un régimen personal para la unión de hecho podría considerarse innecesario*”. Turner S., “*La Unión de Hecho...*”, cit., p. 95.

<sup>536</sup> Figueroa G., “*El Pacto de Convivencia...*”, cit., p. 443. Sobre esta materia ver: Viera C., “*El Concepto de Familia...*” cit., pp. 199-205

<sup>537</sup> No obstante, Belluscio cita un fallo de primera instancia de un tribunal francés, el cual, con motivo del pedido de una medida de prueba anticipada, expresó que “*así como los contratos en general deben ser ejecutados de buena fe, el deber de vivir en común resultante del PAC debe ser ejecutado lealmente, lo que justifica la sanción de cualquier infidelidad de las partes con la resolución del PAC por culpa del infiel*”. César Belluscio A., “*Evolución del Pacto Civil de Solidaridad*”, Revista La Ley, Tomo 2009 B, p. 805.

de responsabilidad civil tengan cabida frente al incumplimiento y los perjuicios que se generan al incumplir deberes personales fijados en algún estatuto familiar. El acogimiento de esta tesis permitiría reintegrar plenamente estos deberes a su naturaleza jurídica.

En doctrina se ha señalado que es posible agrupar las situaciones que en el ámbito de las relaciones de pareja representan los mayores espacios de discusión. Estas se resumen de la siguiente manera: a) situaciones que están tipificadas como delito o falta por el Código Penal, por ejemplo, el homicidio o las lesiones; b) las conductas que atentan contra los derechos de la personalidad del otro, por ejemplo, la revelación de secretos o la conducta ultrajante en público o en privado; c) supuestos relacionados con la vida sexual de la pareja, como la reclamación del daño resultante de la infidelidad o la homosexualidad o transexualidad; d) la falta de apoyo al otro, como el abandono frente a problemas de salud, dificultades económicas u otros; e) los casos derivados de la ruptura unilateral del vínculo sin causa imputable al otro cónyuge<sup>538</sup>.

Tal como se ha señalado, pareciera que el vínculo familiar no debiese conformarse como un obstáculo para la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil. Sin embargo, esta tarea presenta un desafío complejo y diversas razones que han justificado su oposición en doctrina<sup>539</sup>. Según nuestro parecer una de las principales críticas consiste en la intención de hacer de las relaciones familiares el fundamento de la responsabilidad en casos en que esa responsabilidad no existiría entre personas sin vínculos familiares, mediante el ejercicio de complementar las reglas del Derecho de familia con las de responsabilidad civil<sup>540</sup>.

Una de las dificultades que esto representa consiste en intentar desarrollar un tratamiento general de todos los deberes personales y su relación con la responsabilidad civil. En esta línea, es muy distinto el deber de fidelidad o de ayuda mutua cuya esencia es de

---

<sup>538</sup> Martín Casals, M. y Ribot, J., “Daños en Derecho de Familia: Un Paso Adelante, Dos Atrás”, en Anuario de Derecho Civil, N° LXIV-II, abril, 2011, pp. 509-511.

<sup>539</sup> Vargas señala dentro de los principales argumentos que se aluden para su rechazo: a) la inmunidad y privilegio conyugal; b) la primacía de la familia patriarcal y su protección por sobre el interés individual; c) la consideración de estos deberes como no jurídicos; d) la aplicación del principio de especialidad en el Derecho de familia. Vargas, D., “Responsabilidad Civil en el Matrimonio”, en Revista de Derecho de Familia, N° 3, 2017, pp. 1-28.

<sup>540</sup> Martín Casals, M. y Ribot, J., “Daños en Derecho...”, cit., pp. 526-527.

cuantificación principalmente ética, a los deberes de socorro o de contribución al hogar común que tienen una connotación patrimonial que facilita su asociación<sup>541</sup>. Por tanto, resulta necesario realizar un desarrollo parcelado, en miras a lograr también respuestas diferenciadas.

En doctrina respecto al primer grupo de deberes de contenido exclusivamente ético, se ha planteado a propósito del deber de fidelidad un conjunto de dificultades que su admisión involucraría<sup>542</sup>. Así, se ha destacado dentro de los inconvenientes que implicaría aceptar las reglas de responsabilidad civil en caso de adulterio, los siguientes: a) problemas en la calificación, en cuanto a la reunión de los requisitos de dolo o culpa, daño y causalidad; b) la imposibilidad de determinar la culpa entre cónyuges o convivientes<sup>543</sup>; c) problemas en la determinación del daño reparable; d) problemas en la determinación del vínculo causal<sup>544</sup>.

Admitir esta responsabilidad se observa como contraria al valor que se le reconoce a la familia en el siglo XXI, en cuanto esta se conforma como una comunidad esencialmente privada destinada a favorecer el desarrollo pleno de las personas. Desde esta perspectiva la autonomía de los individuos para decidir su propio modelo de vida, tendría primacía frente a la existencia de estructuras rígidas o imperativas. En un sentido adverso, De Verda y Beamonte observa que este lugar central que se le reconoce al principio de la autonomía de

---

<sup>541</sup> En contrario, Roca Trias señala que tanto el deber de ayuda mutua como el de socorro tienen una traducción patrimonial que coloca a cada conyúge en una doble posición. Esta consistiría en su calidad de creador y de contribuyente de estas cargas. Respecto de lo primero, ambos generan obligaciones que deben solventarse; de la misma manera, ambos deberán soportar el pago de estas obligaciones. De esta ecuación necesidad – contribución, más la injerencia del principio de igualdad determina la posición de cada uno. Roca Trias, E., *Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia*, Tomo I (artículos 90-101), Madrid, 1984, p. 556.

<sup>542</sup> Por ejemplo, la responsabilidad civil por incumplimientos de deberes personales en el matrimonio ha sido rechazada en España, para el caso de la infidelidad señalando que su única consecuencia jurídica es la de estimar su ruptura sin asignarles otras consecuencias de naturaleza económica. Veasé STS español del 30 de julio de 1999.

<sup>543</sup> En este sentido, tal como indica Barros Bourie la noción de culpa expresa las expectativas normativas objetivas que unos tenemos de respecto de otros en nuestro tráfico recíproco en la sociedad civil. Barros Bourie, E., “La Responsabilidad Civil como Derecho Privado. Notas Sugeridas por la Reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, en *Estudios Públicos* 112, 2008p. 311

<sup>544</sup> Tapia concluye que la aplicación de los requisitos de la responsabilidad civil al incumplimiento de los deberes personales, resultan en extremo complejo tanto desde una perspectiva teórica como práctica que lo hacen irrealizable. En los casos realizables como cuando existen vulneración a la integridad física o psicológica en realidad se aplican las reglas generales, no siendo relevante los deberes personales. Tapia, M., “Contra la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento de Deberes Conyúgales”, en *Estudios de Derecho Familiar I*, Lepin C. y Gomez De la Torre, M. (coords.), editorial Thompson Reuters - La Ley, Santiago, 2016, pp. 170 – 179.



la personalidad en el Derecho de Familia, no implicaría que la condición de miembro de una familia pueda servir como criterio de exención de responsabilidad de los daños causados en la misma<sup>545</sup>.

La jurisprudencia nacional en general ha acogido esta última posición, así una resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago aceptando la aplicación de la normativa general de responsabilidad civil, hace suya entre sus considerandos el siguiente texto: *“En la actualidad, la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto de la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico. El sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar”*<sup>546</sup>.

Así también lo ha reconocido la Corte de Casación italiana en una sentencia del 10 de mayo del 2005, indicando que: *“se asiste a un tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, configurada, como un lugar de comprensión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas....Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar”*.

---

<sup>545</sup> De Verda y Beamonte, J., “La Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares en España”, Revista *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 ter, julio 2016, p. 222.

<sup>546</sup> Esta misma sentencia justifica su posición en los siguientes argumentos: *“el principio clásico del Derecho alterum non loedere (no dañar a los demás), esto es, en el derecho a la integridad personal reconocido por nuestra Carta Fundamental y por los Tratados Internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Por tanto, estiman procedente la reparación del daño que se cause, dado que proclaman la unidad del Derecho Civil, del cual el Derecho de Familia forma parte”*. Sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, en causa por indemnización de perjuicios Rol N° 507 - 2013, considerandos 9, 10 y 11, de fecha 3 de abril del 2014.

De esta manera, no pareciera resultar antagónico el reconocimiento de la familia como un espacio privado y el reconocimiento de responsabilidad por los incumplimientos de los deberes que imponen las estructuras familiares. Entonces, los principales conflictos se asocian al ajuste que significa trasladar reglas desde un espacio como la regulación de las obligaciones, al ámbito familiar el cual se caracteriza no sólo por un contexto diferente asociado a las características de las relaciones propia de familia, sino también una zona blindada por sus propias sanciones.

Estás últimas razones han sido consideradas por el Derecho alemán para establecer una regla en el artículo 1359 del BGB, en esta se introduce un concepto de culpa especial diferente a las reglas generales aplicable a las relaciones de convivencia familiar y otras relaciones que implican vínculos especiales, estableciendo como privilegio una norma atenuada de responsabilidad. En definitiva, los cónyuges responden de un grado de culpa mayor al normal<sup>547</sup>.

Este tratamiento especial se justifica en las características diferentes de la asociatividad familiar, las cuales se sustentan en relaciones mucho más estrechas, con la inclusión de factores subjetivos con alta connotación moral, elementos que hacen la relación permeable a incumplimientos de compleja naturaleza, estableciendo la necesidad de un control especial de la responsabilidad. Estas son las mismas razones han llevado a que el Derecho de familia en su desarrollo fije su propio catálogo de sanciones particulares.

En concreto, las reglas de responsabilidad en las relaciones de familia no pueden ser resultado de una aplicación en bloque de las reglas generales. La posibilidad de lesionar un bien en una

---

<sup>547</sup> Dice Turner que la norma alude al parámetro de la diligencia *quam in suis*, también denominada culpa in concreto, en oposición a la responsabilidad que resulta de la comparación de la conducta del infractor con el parámetro abstracto del diligens pater familias. En el Derecho Romano operaba fundamentalmente como principio atenuante de responsabilidad. En efecto, quien elegía a un deudor desprolijo que en sus propios negocios no aplicaba la mayor diligencia, debía soportar para sí las consecuencias de que también en el negocio específico este deudor actuara con poco cuidado. Así, mientras la regla general indica que actúa negligentemente quien no haya observado la diligencia exigida en el tráfico, en el caso de la diligencia *quam in suis* el reproche de la negligencia se basa en que el deudor no utilizó el cuidado, atención o consideración que usualmente emplea ese mismo deudor en sus asuntos propios.

relación de familia, es mucho mayor porque existen muchos más valores comprometidos que el simple beneficio económico. Asimismo, la libre elección de la pareja y el desarrollo conjunto de las personalidades llevará implícito un nivel mayor de tolerancia para soportar las consecuencias del comportamiento del otro tal como si actuara él mismo. Estos aspectos justificarían una distribución diferente de las responsabilidades. Por lo tanto, un tratamiento especial de las reglas de responsabilidad civil resulta necesario y clarificador.

Desde otra perspectiva, admitida la posibilidad de resarcir los daños causados dentro de la familia, incluida la familia convivencial regulada en el AUC, cobra relevancia la discusión respecto de la naturaleza jurídica de la compensación económica. Esta institución que ha sido incorporada al estatuto, ha sido reconocida tanto en doctrina como en la jurisprudencia como de naturaleza indemnizatoria, este aspecto conlleva varias consecuencias<sup>548</sup>. Entre las más relevante podemos mencionar: a) un reconocimiento expreso a la indemnización por incumplimiento de ciertos deberes personales, según nuestro criterio serían justamente los de ayuda mutua y de socorro en general; b) Esto permitiría a lo menos, cuestionar la admisibilidad de una nueva indemnización por el mismo concepto<sup>549</sup>.

Así, se ha estimado que para poder concluir si la compensación económica es o no compatible con una indemnización, más allá de calificarla jurídicamente se requeriría desentrañar su fundamento, *“lo que implica descubrir porqué la ley otorga este derecho a uno de los ex cónyuges, y porqué dicha prestación debe ser pagada por el otro ex cónyuge”*<sup>550</sup>. Esto

---

<sup>548</sup> Es posible reconocer esta posición en los siguientes autores Turner, Susan. “Las prestaciones entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil”, en Revista de Derecho 16, pp. 95-98. También Corral, H., “Una ley de paradojas. Comentario a la nueva Ley de Matrimonio Civil”, en Revista Chilena de Derecho Privado 2, 2004, p. 266.

<sup>549</sup> En este sentido señala Dominguez que: *“atendido que uno de los requisitos del daño indemnizable es que no debe estar reparado, ello puede plantear algunos problemas derivados de la naturaleza jurídica que se le asigne a la compensación, pues si ella es indemnización del lucro cesante dejado de obtener por el hecho de haberse dedicado al hogar o al cuidado de los hijos, no sería acumulable con una nueva reparación por tal concepto...”*. Domínguez Hidalgo, C., “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en Cuadernos de Extensión Jurídica 11 (Universidad de los Andes, Sección Estudios, 2005), pp. 120-121.

<sup>550</sup> Indica Severin que podríamos pensarse que el fundamento puede hallarse en la reparación de un especial tipo de daño, sin que ello implique reconocer en la compensación un supuesto de responsabilidad civil, y entonces la cuestión deviene en delimitar qué daños pretende resarcir la compensación para que ellos no sean nuevamente considerados en la demanda de responsabilidad civil. Severin, G., “Indemnización entre cónyuges

conlleva delimitar si su función consistiría en resarcir los daños generados por la responsabilidad de la pareja, o por el contrario se trataría de una responsabilidad distinta que permitiría la coexistencia de ambas.

En cuanto a la causa implícita en la necesidad de incorporar la compensación económica, se ha destacado que a partir de la historia de la tramitación de la Ley de matrimonio civil su naturaleza indemnizatoria estuvo siempre presente. Dentro de los argumentos se alude a las expresiones de la ministra del Servicio Nacional de la Mujer en que expresamente se señalaron términos como lucro cesante y pensión compensatoria a favor del cónyuge más débil. A partir de esto, se reconoce como central el fin resarcitorio de ciertos perjuicios ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y del hogar común<sup>551</sup>.

Sin embargo, en caso de acoger la posición de la compensación como equivalente a una indemnización de perjuicios, esto no resolvería el asunto en su totalidad. Debemos pensar que esta no logra cubrir íntegramente la totalidad de los perjuicios derivados del incumplimiento de los deberes personales. Por ejemplo, uno de los deberes que no quedaría integrado sería el de fidelidad, aspecto que ha propiciado el interés de la doctrina por la responsabilidad civil asociada a esta materia<sup>552</sup>.

Otro problema que presentaría la compensación económica en este contexto esta asociado a su oportunidad, ya que esta sólo se hace efectiva dentro del proceso de terminación de la relación. Por tanto, no podría cubrir los posibles perjuicios generados dentro la convivencia cuando esta se mantiene vigente, si bien, esto representa cierta complejidad, no es necesario

---

por los daños causados con ocasión del divorcio” en Estudios de Derecho Civil, Volúmen 3, p. 99. Cita Online: CL/DOC/746/2011.

<sup>551</sup> Resaltan los autores que los conceptos a indemnizar se refieren principalmente a: a) las pérdidas económicas derivadas de no haber podido durante el matrimonio dedicarse a otra actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería; b) los perjuicios derivados del coste de la oportunidad laboral. Barrientos, J. y Novales, A., “*Nuevo Derecho Matrimonial...*”, cit., pp. 418-420.

<sup>552</sup> En este sentido veasé: Corral, H., “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil en la familia”, en Revista Ius et Praxis, Año 23 N°2, 2017, pp. 121-146. También Ragel, L., “Denegación de Indemnización del Daño Moral causado por infidelidad matrimonial”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 52, 2000, pp. 153-164. Sancho, L., “El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción (comentario a la STS de 30 de julio de 1999)”, Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, N°11 (abril), 2001, pp. 77-130.

un elemento para la existencia del otro, quedando un espacio aún abierto que justificaría la existencia simultánea de ambas instituciones.

Consideramos que, asumido el carácter indemnizatorio de la compensación económica este argumento operaría a favor de la idea de acoger la indemnización de otros perjuicios frente al incumplimiento de deberes familiares. En cuanto existiendo la misma causa, resultaría complejo poder discriminar respecto de los demás deberes; sin embargo, resulta indispensable poder distinguir por razones de funcionalidad del sistema jurídico, cuales son estos deberes y que tipo de incumplimientos se incorporan. De manera de no afectar los fines de determinadas instituciones, ni de reforzar compulsivamente aspectos que deben definirse en la intimidad familiar.

Desde esta posición, estimamos que no corresponde trasladar las reglas generales de responsabilidad civil, ya que resulta incompatible con las características propias de la regulación familiar y sus fines. Aún cuando parte de esta complejidad se alivia con el proceso de objetivación de la responsabilidad civil, este según la doctrina ha ocurrido por dos vías: a) mediante la incorporación de Leyes especiales que han suprimido la culpa como herramienta para su determinación; b) mediante la flexibilización de la responsabilidad por culpa por parte de la jurisprudencia<sup>553</sup>. Sin embargo, estos alcancen no logran aplacar plenamente la dificultad de aplicar normas creadas para fines de naturaleza diferente.

La dificultad deriva desde distintas direcciones, un ejercicio de esta naturaleza conllevaría necesariamente a repensar previamente las bases del Derecho de familia moderno. Un aspecto a considerar sería la coherencia respecto al catálogo de sanciones que ya están incorporadas en su estructura, de manera de reforzar por la fuerza del poder público un espacio privado. Considerando además que una apertura desmesurada de las reglas de responsabilidad civil, se observa como una intromisión del Estado en un espacio que ha caminado justamente en una dirección contraria.

---

<sup>553</sup> Gallego Domínguez, I., *Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas*, en Derecho de Daños. Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil, D. Bello Janeiro coord., Editorial Reus, 2009, p. 15.

Al establecer esta área del sistema jurídico como de intensa coacción, se omite que la familia es uno de los pocos espacios de intimidad que existen en el fenómeno jurídico. En último caso, a los únicos que correspondería revestir de estas medidas sus relaciones, es a quienes estarán sujetos a ellas. Esto impediría que la medida se exhiba como una premisa moral para reforzar por la fuerza de manera indirecta la noción de un vínculo indisoluble, volviendo a sancionar conductas que se optó por despenalizar hace mucho tiempo. Por eso, tal como se ha indicado “*una doctrina jurídica de la responsabilidad civil requiere de un formalismo metodológico, que asegure la autonomía necesaria respecto de otros fines, para concentrarse en mirar a las partes como sujetos de una relación que es propiamente de derecho privado*”<sup>554</sup>.

Por otra parte, estimamos que de permitirse un acceso razonado de la responsabilidad civil en la vida privada de las personas en el ejercicio de sus funciones familiares, este debe incorporarse exclusivamente en el Derecho de familia, sin necesidad de acudir al derecho de obligaciones<sup>555</sup>. Aludiendo al principio de especialidad propio de esta rama del Derecho<sup>556</sup>, es posible incorporar expresamente en esta norma -tal como ocurre con la compensación económica- disposiciones coherentes que regulen a fondo sus elementos de procedencia y demás condiciones. Esto permitiría resolver gran parte de las dificultades que su inclusión

---

<sup>554</sup> Barros Bourie, E., “*La Responsabilidad Civil...*”, cit., p. 333.

<sup>555</sup> Esta discusión no es nueva, desde hace algún tiempo la doctrina viene discutiendo cual es la zona del Derecho en la que se debe ubicar las reglas de responsabilidad, o bien el derecho de daños. En esta línea Kemelmajer señala “Se discute si el derecho de daños es un derecho con principios comunes, aplicables a todos los daños causados (tanto por los particulares como por el Estado), o si, por el contrario, cada ambito responde a sus propias reglas, con escasos puntos de contactos entre sí”. Luego se pregunta si la responsabilidad por daños causados en las relaciones familiares, ¿se rige o no por principios comunes; o bien, se le aplica una responsabilidad especial regida por normas específicas? Kemelmajer, A. “ Los Dilemas de la Responsabilidad Civil”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N° 4, Sección Estudios, 2001, pp. 671-677.

<sup>556</sup> Esto desde una esfera positiva, ya que a este principio se ha acudido justamente para desechar la posibilidad de incorporar las reglas de responsabilidad civil frente al incumplimiento de deberes personales, admitiendo exclusivamente el conjunto de sanciones que el Derecho de familia contiene. Así Ferrer señala que la determinación del contenido de las funciones que emanan de la vida familiar y de las consecuencias de su infracción tiene lugar en el plano jurídico, por medio del Derecho de familia, “*cuyas disposiciones prevén remedios específicamente familiares (p. ej., la separación matrimonial o el divorcio, la pérdida de la guarda y custodia sobre un hijo menor, la imposición de medidas de control en el ejercicio de la potestad, la suspensión o la privación de ésta*”. Ferrer I Riba, J., “Relaciones familiares y límites del derecho de daños” , Revista In Dret, N° 4, 2001, p. 14.

representa<sup>557</sup>. Para este fin resulta indispensable poder distinguir respecto a que deberes y cuales incumplimientos son los que resultan admisibles.

Los argumentos principales se asocian a que es en esta sede donde las relaciones familiares se organizan y protegen en cada momento histórico, proporcionando sus reglas criterios acerca de cómo deben ejercerse los roles al interior de la familia. Desde sus bases es posible extraer un contexto fijado en sus principios, aspecto que permitiría definir que cuestiones se conforman como transgresiones graves que ameritan ser protegidas con medidas complementarias, considerando además los remedios específicamente familiares que proporciona el sistema.

Esta cuestión no es nueva, basta reflexionar respecto al régimen de nulidad en el matrimonio el cual responde a una realidad distinta a las reglas generales. A nadie se le ha ocurrido traspasar a la regulación de la familia este marco jurídico, debido a que esto resulta incompatible y atenta con los fines de la propia institución<sup>558</sup>. En contra se indica que esto respondería a una situación únicamente excepcional, postulando que en materia de nulidades sus normas serían suficiente para su autorregulación; mientras que en materia de responsabilidad civil las reglas del Derecho de familia serían insuficiente, aspecto que justificaría la necesidad de aplicar las reglas generales. Entendemos que esto más que justificar el uso de la estructura general de responsabilidad civil se conforma como un fundamento para complementar el Derecho de familia en esta materia.

Mantener las reglas de responsabilidad en la esfera propia de la regulación familiar, contribuye a la coherencia del sistema jurídico permitiendo que cada institución cumpla sus propósitos. El sistema de responsabilidad en la familia se confeccionó para bastarse así mismo dentro de las particularidades de un determinado momento, si las exigencias se modifican es el mismo sistema el que debe acoger normativamente estos cambios. Debemos

---

<sup>557</sup> Entendemos que a esto se refiere Barrientos, cuando expresa que debe hacerse un esfuerzo dogmático de analizar la compensación económica dentro del Derecho de familia, al no ser procedente aplicar las categorías propias del libro IV del Código Civil. Barrientos, J., “La compensación económica como “derecho” de uno de los cónyuges y “obligación” correlativa del otro. De sus caracteres”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 2007, pp. 1-17.

<sup>558</sup> Medina, G., *Daños en el Derecho de Familia*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 53-54.

considerar que las reglas de la responsabilidad civil consisten en un derecho que opera después de producido el daño, antes de su ocurrencia carecen de cualquier relevancia efectiva, esto considerando que su presunto carácter preventivo resulta común a todas las normas jurídicas.

Consideramos, que este aspecto es central al intentar incorporar las reglas generales en el Derecho de familia, ya que, a diferencia de otras asociaciones entre sujetos los vínculos familiares suelen ser vitalicios o perdurables en el tiempo, piénsese lo que ocurre en el caso de una pareja en conflicto y su descendencia. Es por esto que la regulación de los conflictos familiares presenta particularidades, ya que, a diferencia de las demás normas del ordenamiento jurídico, no resulta solamente relevante resolver el conflicto presente, sino instalar condiciones amigables en miras al futuro<sup>559</sup>.

Esto según nuestro parecer no resulta interpretable, ya que deriva de la obligación del Estado de proteger y fortalecer a la familia fijado en nuestra Constitución. Así, difícilmente el aumentar el carácter punitivo de las normas cumpla con la obligación de contribuir a recomponer las relaciones. De manera que asumir una posición al respecto, finalmente es una cuestión vinculada a las reglas de jerarquía del sistema jurídico.

La introducción de normas expresas de responsabilidad civil en el ámbito familiar podría contribuir a dar respuesta a un espacio aún en nieblas. Este es una zona en que la ampliación de la autonomía de la voluntad debiese tener un sitial preferencial. En su defecto, introducir de manera específica reglas en este ámbito del Derecho, permitiría reducir la complejidad de

---

<sup>559</sup> Un reflejo de este mandato de nuestra Constitución, se observa en diversas normas. Por ejemplo, la Ley N° 19.968 que regula el procedimiento para tramitar un divorcio, nulidad o separación. Esta contiene en su artículo 14 como principio que regulan el procedimiento, lo siguiente: “*Colaboración. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas*”. En el mismo sentido el artículo N° 67 de la Ley 19.947 que regula el matrimonio establece: “*Solicitada la separación, sea que la demanda se presente directamente o de conformidad al artículo 29, o el divorcio, el juez, durante la audiencia preparatoria, deberá instar a las partes a una conciliación, examinando las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial*”.



trasladar el Derecho de daños a un espacio con características y fines particulares. Esta particularidad, dificulta su aplicación haciendo oídos sordos a los elementos esenciales de la responsabilidad civil, sino que también se contradice con los principios básicos que sustentan el actual Derecho de familia.

### **3.2.- EL RÉGIMEN PATRIMONIAL PROPUESTO EN EL ESTATUTO. DESDE LA SEPARACIÓN DE BIENES COMO RÉGIMEN LEGAL A LA COMUNIDAD DE BIENES COMO RÉGIMEN PACTADO.**

#### **3.2.1.- EL MARCO REGULATORIO ECONÓMICO PARA LA VIDA EN PAREJA EN EL DERECHO ACTUAL.**

Teniendo toda estructura jurídica familiar como elemento básico la comunidad de vida, su regulación jurídica conlleva como desafío el establecer un modelo acorde a cada tiempo, con miras a satisfacer las necesidades que surgen de su existencia. En términos generales el establecimiento de cualquier régimen económico, nace de la necesidad de responder a ciertos conflictos que se reiteran con ocasión de la vida patrimonial de la pareja y su posible extensión en el patrimonio de terceros. En el caso del Derecho de familia el requerimiento principal consiste en establecer un conducto de reglas para facilitar la resolución de los conflictos presente en el período de crisis y disolución<sup>560</sup>.

Si en el caso de los deberes personales la tendencia actual es que debe predominar la autonomía personal de la pareja; la situación respecto a la administración del patrimonio familiar varía debido a la extensión de sus efectos hacia la sociedad. Esta heteronomía implica entonces tener presente un interés comunitario al momento de definir el estatuto adecuado. Este aspecto se traduce en la relevancia que alcanzan aspectos como la publicidad, la titularidad y administración de los bienes, y la responsabilidad frente a ciertas deudas.

Se ha señalado que gran parte de la necesidad de establecer estructuras para las uniones

---

<sup>560</sup> Esto supondrá necesariamente coordinar y subordinar diferentes intereses en juegos, entre los principales esta el interés individual de cada miembro de la pareja y un interés familiar vinculado a la economía familiar. Según Rams, esta particularidad no presupone que las normas de estos regímenes económicos, ni los acuerdos que se celebren entre los partícipes, tengan una categoría superior a las normas propias de la titularidad y tráfico de bienes. Rams Albesa, J., *La Sociedad de Gananciales*, Madrid, 1992, p. 18.

afectivas – sexuales se encontraría asociada a las funciones que ejercen la jerarquización y la propiedad en la sociedad. Allí donde éstas son relevantes, aparecen normas para diferenciar claramente qué relaciones sexuales darán origen a ciertos derechos. Surgiendo la necesidad de justificar la disolución del matrimonio y de proporcionar motivos para contestar a las objeciones de los parientes. Así las formas pasaban a ser relevantes cuando existían intercambios patrimoniales intersubjetivos<sup>561</sup>.

En la generalidad de los sistemas de Derecho civil del mundo occidental, la vida en familia genera en su existencia una serie de consecuencias patrimoniales en la pareja, estas se denominan comúnmente como régimen económico. Este abarca un conjunto de disposiciones de carácter esencialmente patrimonial, que incluyen derechos y deberes generales con contenido económico.

En la actualidad cualquier intento por regular estas materias, se encuentra delimitado por el respeto a ciertos principios que derivan de las normas superiores existentes en el respeto por los Derechos Humanos. Entre estos se encuentran la igualdad en la pareja, la independencia patrimonial, la elección del deber de información entre los cónyuges respecto de su patrimonio, la responsabilidad común por la subsistencia de la familia, el deber de ayuda recíproca y la protección de la vivienda familiar<sup>562</sup>.

En la discusión sobre la determinación del régimen aplicable a las uniones convivenciales, los factores determinantes para una adecuada respuesta no se distancian a grandes rasgos de los existentes para el régimen matrimonial, sin embargo, la respuesta suele diferenciarse por diversas razones de técnica jurídica. Según Fueyo Lanieri los elementos que deben considerarse para este fin son: a) la unidad o comunidad de intereses entre la pareja; b) la

---

<sup>561</sup> Así, la existencia o no de un matrimonio era indirectamente significativa para el derecho romano cuando se ocupaba de problemas que involucraban la pertenencia o no a uno de los ‘órganos’ del cuerpo político, de cuestiones sucesorias o asociadas con la muerte de alguien, y de la asignación de responsabilidades por daños civiles. Glendon, M., “*Derecho y Familia...*”, cit., pp. 160-162.

<sup>562</sup> Un complemento de los principios básicos sobre los que se constituyen las relaciones patrimoniales en la familia lo encontramos en la Declaración sobre armonización de regímenes económicos que realizó la Comisión de Familia Europea en el año 2013. Esta declaró que con independencia de régimen económico de que ese trate estas relaciones se sustentan en: a) la igualdad de los cónyuges; b) el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica individual; c) la contribución a las necesidades de la familia; c) la protección de la vivienda familiar; d) los derechos de representación inter cónyuges; d) la obligación de información mutua sobre el patrimonio y; e) la libertad para celebrar acuerdos o capitulaciones matrimoniales.

personalidad individual de esta comunidad y, c) el interés legítimo de terceros. Una propuesta apropiada deberá encontrarse en equilibrio recíproco, de modo que todos estos factores concurren armónicamente<sup>563</sup>.

Las respuestas legislativas se sustentan en general en la existencia de dos sistemas cuyo fin es de ordenar la vida económica en la familia. El primero de ellos consiste en el predominio de un sistema imperativo de normas denominado régimen legal. En este la autoridad define un sistema, generalmente flexibilizado por ciertas opciones de elección por parte de la pareja. Esta es la forma más antigua de ordenar la materia. En esta modalidad las alternativas generalmente se reducen a: a) la existencia de un régimen de comunidad con distintos alcances; b) de participación en los gananciales; c) separación de bienes.

La segunda modalidad, a la que podríamos definir como moderna, consiste en mantener un espacio amplio entregado a la autonomía de la pareja para que pacten las condiciones de desarrollo económico de su vida en común. En este conducto la libertad para pactar está sujeta a los límites impuestos por el respeto a los derechos fundamentales de la persona. Es característica común en estos sistemas un intervencionismo escaso de la autoridad y el establecimiento de un piso mínimo obligatorio para restringir los pactos<sup>564</sup>.

En materia de uniones no matrimoniales los conflictos de carácter patrimonial se conforman como el centro de la problemática que justifica la necesidad de regulación. En este sentido,

---

<sup>563</sup> Plantea Fueyo que la unidad o comunidad de intereses. debe formularse como el concepto de beneficio o pérdida recíproca, de manera leal y justa entre los integrantes de la pareja. También de considerarse la personalidad individual. En referencia al trato igualitario entre hombre y mujer. Finalmente, se debe proteger el interés legítimo de los terceros. Con ello se refiere a la titularidad sobre los bienes y a la regulación de la responsabilidad. Fueyo Laneri, F., "Problemática General del Régimen Patrimonial de Matrimonio", publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1985, t. 82., pp. 1-12.

<sup>564</sup> Esta es la situación de la Ley 25/2010 que modifica el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. Este en su artículo 234-3 establece: "*Régimen durante la convivencia. 1. Las relaciones de pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes mientras dura la convivencia. 2. En materia de disposición de la vivienda familiar, se aplica lo establecido por el artículo 231-9. 3. Los convivientes en pareja estable pueden adquirir conjuntamente bienes con pacto de supervivencia. En este caso, se aplican los artículos 231-15 a 231-18, en materia de adquisiciones onerosas con pactos de supervivencia*". También en el Código Civil y Comercial argentino, señala: "*Relaciones patrimoniales. Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella*".

los asuntos más debatidos en el Derecho son: a) la liquidación y titularidad del patrimonio generado mientras duró la convivencia; b) el derecho eventual del conviviente más débil a una pensión o indemnización compensatoria como consecuencia de la ruptura y; c) el destino de la vivienda familiar<sup>565</sup>.

En otras realidades jurídicas donde este asunto ya lleva tiempo con pleno reconocimiento, la necesidad de regular estas materias incluso se ha extendido más allá del ámbito del fuero local. En el caso de Europa existiendo una gran diversidad en la respuesta legal respecto al asunto de las relaciones patrimoniales de las parejas estables o uniones de hecho<sup>566</sup>, su regulación ha sido considerada incluso a nivel supranacional. La propuesta esta contenida en el Reglamento Europeo del Consejo 2016/1104 del 24 de junio del 2016 en el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas<sup>567</sup>.

En relación al régimen aplicable al patrimonio generado para la convivencia en Chile, hemos señalado al analizar la evolución de su tratamiento en el ordenamiento chileno que antes del AUC, la única fuente para resolver estos conflictos se sustentaba en la jurisprudencia<sup>568</sup>. La necesidad de resolver conflictos de naturaleza patrimonial se conformará entonces como el motivo principal para justificar la necesidad de resolución de conflictos de naturaleza

---

<sup>565</sup> Lopez Azcona, A., “Aspectos Jurídicos de la Ruptura de las Parejas de Hecho”, publicado en actas del duodécimo encuentro del foro de derecho aragonés, Zaragoza – Huesca, 2002, p. 201.

<sup>566</sup> Existen países sin regulación sobre la materia, como Lituania y Bulgaria. Otros en lo que existe solo una regulación particular de algunos de sus efectos como el Derecho civil común español que contempla un derecho de subrogación respecto del arrendamiento de la vivienda familiar. Mientras algunos han dotado de un estatuto particular de tipo orgánico en este caso se encuentran por ejemplo las comunidades autónomas españolas, Francia y Alemania.

<sup>567</sup> Este instrumento refleja a lo menos el alcance que existe en nuestro tiempo, respecto a la necesidad de regular esta materia. Este instrumento que entra en vigencia en el año 2019, regula los principales conflictos que existen sobre la materia en el contexto del Derecho internacional privado.

<sup>568</sup> Esta modalidad ha debido buscar en categorías típicas del Derecho patrimonial, el régimen al cual estas relaciones de hecho pudieren quedar sujetas. De esta manera la principal discusión en búsqueda de una solución se ha centrado en considerar si entre quienes han convivido ha podido configurarse: una comunidad de bienes; una sociedad de hecho; o acaso una obligación de remunerar servicios. R. Ramos Pazos, “*Derecho de Familia...*”, cit., pp. 640-643.

judicial<sup>569</sup>. Por cierto, es esta misma necesidad más el requerimiento de seguridad jurídica, la que sostiene la necesidad de legislar en forma orgánica respecto a este fenómeno social<sup>570</sup>.

Con la introducción de un estatuto particular en esta materia se ha venido a sustituir parcialmente el método jurisprudencial, dando una respuesta cierta y global para las uniones convivenciales que manifiesten su intención de sujetarse a esta estructura legal. Siendo el asunto central será el que concentre el debate en cuanto a su definición, y por cierto, uno de los artículos más extensos en su redacción<sup>571</sup>.

En el estatuto de Acuerdo de Unión Civil la respuesta se encuentra fijada en el artículo N° 15 que señala: *“Los convivientes civiles conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste, a menos que se sometan de manera expresa a las reglas que se establecen a continuación, las que deberán ser acordadas por los contrayentes*

---

<sup>569</sup> Como ha señalado nuestra Corte Suprema de Chile: *“La principal consecuencia de la comprobación judicial de dichas circunstancias, es el derecho a solicitar la división de las cosas comunes al tenor del artículo 2313 del Código Civil para el caso de una comunidad y el derecho a requerir que se liquiden las operaciones realizadas durante la sociedad de hecho y a retirar sus aportes, de conformidad al artículo 2057 del citado estatuto legal. En ambos casos, la división de las cosas comunes o del caudal social y de las obligaciones y derechos que resultaren del estado de comunidad o de la sociedad de hecho, se sujetará a las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, según previenen los artículos 2057, 2115 y 2313 del aludido cuerpo normativo”*. Sentencia de la Corte Suprema, en causa Rol N° 337- 2011, considerando décimonoveno.

<sup>570</sup> Así, en el mensaje con que se envía el proyecto al Congreso, se destacaba: *“La necesidad de regular y proteger estas uniones de hecho de manera de dar mayor certeza jurídica a los derechos y obligaciones que de ellas emanan, ha motivado la presentación de al menos siete mociones parlamentarias en el Congreso Nacional en las últimas dos décadas...”*. Mensaje con que se da inicio al proyecto de Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil.

<sup>571</sup> Sobre este punto existió diferencias esenciales en los proyectos legislativos que se consideraron en la discusión legislativa. En el proyecto de AVP su propuesta estaba incluida en su artículo N° 8 que indicaba: *“Para todos los efectos legales, se formará entre los contratantes una comunidad de bienes respecto de todos los bienes muebles adquiridos a título oneroso no sujetos a registro, que hubiesen adquirido durante la vigencia del Acuerdo de Vida en Pareja. La comunidad terminará en los casos señalados en el artículo 5°*. Mientras que en el proyecto denominado AVC, su artículo N° 8 señalaba: *“Ambas partes conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste, a menos que se sometan expresamente e irrevocablemente a las reglas que se establecen a continuación: 1°. Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo, se considerarán indivisos por mitades entre las partes, excepto los muebles de uso personal necesario de la parte que los ha adquirido. 2°. Para efectos de esta ley, por fecha de adquisición de los bienes se entenderá aquélla en que el título haya sido otorgado. 3°. Se aplicarán a la comunidad formada por los bienes a que se refiere este artículo las reglas del párrafo 3° del Título XXXIV Del Libro IV del Código Civil”*.

*al momento de celebrarse el acuerdo de unión civil. De este pacto se dejará constancia en el acta y registro que se indica en el artículo 6°.*

*1ª. Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes civiles, excepto los muebles de uso personal necesario del conviviente que los ha adquirido.*

*2ª. Para efectos de esta ley, se tendrá por fecha de adquisición de los bienes aquella en que el título haya sido otorgado.*

*3ª. Se aplicarán a la comunidad formada por los bienes a que se refiere este artículo las reglas del Párrafo 3° del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil.*

*Si los convivientes civiles hubieren pactado el régimen de comunidad podrán sustituirlo por el de separación total de bienes.*

*El pacto que los convivientes civiles celebren para sustituir el régimen de comunidad deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción del acuerdo de unión civil. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto de cada uno de los convivientes civiles.*

*En la escritura pública de separación total de bienes, los convivientes civiles podrán liquidar la comunidad, celebrar otros pactos lícitos o ambas cosas, pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso anterior.*

*Tratándose de uniones civiles o contratos equivalentes, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero que no se encuentren inscritos en Chile, y que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley, será menester proceder previamente a su inscripción en el registro especial que establece el artículo 6° de esta ley. Mediante el reglamento señalado en el artículo 48 se determinará la forma en que se dará cumplimiento a lo establecido en este inciso.*

*Cualquiera sea el régimen de bienes que exista entre los convivientes civiles, tendrá aplicación lo dispuesto en los artículos 141 a 149 del Código Civil”.*

La propuesta en el ámbito patrimonial es posible reducirla a los siguientes tópicos: a) el establecimiento de un régimen legal de separación de bienes, en el que los convivientes civiles conservan su propiedad, goce y administración de los bienes anteriores a la celebración del contrato y de los que adquieran durante el desarrollo de éste, b) la incorporación de una modalidad de pactos restringida, pudiendo pactar únicamente en el acto de celebración del AUC, de manera exclusiva una comunidad de bienes que comprenderá los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia del AUC, teniendo como excepción los bienes muebles de uso personal necesarios del conviviente que los ha adquirido<sup>572</sup>, c) Se reconoce la facultad de los convivientes que hubieren pactado esta comunidad para sustituirla por la separación de bienes, mediante escritura pública que debe subinscribirse para producir sus efectos y; d) finalmente, hace extensible la institución del bien familiar para proteger la vivienda principal donde reside la familia.<sup>573</sup>.

### **3.2.2. ANÁLISIS CRÍTICO A LA PROPUESTA DE RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL AUC Y SU ESTRUCTURA DE AUTONOMÍAS RESIDUALES.**

Un primer aspecto a destacar desde la perspectiva de la técnica legislativa utilizada, será la cantidad de materias reguladas en un solo artículo, varias de ellas cuestiones centrales en la discusión respecto a un marco adecuado. Esta norma incluye el establecimiento de un estatuto económico y la regulación de los pactos para modificarlo, una regla de Derecho internacional privado respecto a uniones extranjeras y; la incorporación del régimen de bienes familiares a los convivientes. Consideramos que varias de estas materias requerían de un desarrollo adecuado para contribuir a un mejor entendimiento de sus disposiciones, requiriendo de una debida sistematización.

---

<sup>572</sup> En la historia de la Ley, puede observarse que el Senado había aprobado, como régimen legal patrimonial la comunidad de bienes, sin que los convivientes civiles pudieran hacer un cambio. Por su parte, la Cámara de Diputados rechazó la norma y modificó tal criterio contemplando una flexibilidad, es decir, que los convivientes civiles, quienes son los contrayentes, puedan acceder al régimen legal de comunidad de bienes, mas con la opción de sustituirlo, por única vez, por el régimen de separación de bienes, con la tercera alternativa de dejar ello sin efecto. La propuesta definitiva vendrá de la comisión mixta. Historia de la Ley N° 20.830, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5068/> [visitado el 20 de septiembre del 2018]

<sup>573</sup> Turner, S., “*El Acuerdo de Unión Civil...*”, cit., p. 27.

Resulta claro que gran parte de la inspiración de la norma emana del proyecto de AVC, en lo principal se optará como régimen legal por uno de separación de bienes<sup>574</sup>, rechazando la propuesta del AVP de la comunidad de bienes manteniéndola sólo como régimen alternativo. Esta última además proponía reducir el régimen a una comunidad limitada exclusivamente a los bienes muebles adquiridos a título oneroso no sujetos a registros, aspecto que fue objeto de fuertes críticas y eliminado inmediatamente en su tramitación<sup>575</sup>.

Frente al silencio de las partes operará un sistema que no altera la administración y disposición de los bienes de cada conviviente, manteniendo intacta la situación patrimonial de cada conviviente. Por este motivo se ha cuestionado si la separación de bienes se conforma efectivamente como un régimen económico familiar<sup>576</sup>. En contrario, se indica que responde al carácter de régimen económico familiar en cuanto integra todos los elementos principales necesarios<sup>577</sup>.

Un aspecto que consideramos útil es que el camino elegido mantiene la distancia con el estatuto matrimonial, espacio en el que, salvo el matrimonio de extranjeros inscritos en Chile, el régimen legal es de una comunidad restringida. Nos adherimos a la opinión según la cual la estructura de la separación de bienes es la que mejor se ajusta al requerimiento de independencia y libertad en la pareja<sup>578</sup>. Asimismo, esta se encuentra acorde a la realidad

---

<sup>574</sup> Respecto del origen de este régimen se ha situado este en el Derecho Romano de separación combinada con la dote, propio del matrimonio *sine manu*. Luego el sistema dotal romano ingresará en la tradición jurídica castellana por medio de Las Partidas, instrumento con el que influirá en todo el Derecho Latinoamericano, aunque esto ocurrirá tardíamente en el siglo XX. Se ha resaltado que el peso adquirido por la comunidad de gananciales en el Derecho territorial castellano y su compatibilidad con la dote hicieron que nunca existiese un régimen de separación puro. Rams, J. y Moreno, J., *El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil, especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 818.

<sup>575</sup> En este sentido Bascuñán señalaba que “*la reducción de la comunidad de bienes entre los contrayentes a los muebles no sujetos a registro que propone el proyecto hace del acuerdo una institución banal desde el punto de vista patrimonial-familiar*”. Bascuñán, A., “*¿El acuerdo de Vida en Pareja...*” cit., p.4. En el mismo sentido De la Maza se pregunta “*¿Qué sucede entonces con las propiedades inmuebles, que suelen ser el principal activo de las familias chilenas o los vehículos sujetos a registro?* De La Maza, I., “*¿El acuerdo de Vida en Pareja...*”, cit., p.5.

<sup>576</sup> López postula que en la separación de bienes no existiría un régimen, sino la ausencia de él. López, C., “*Tratado de Derecho Familia...*”, cit., p. 421.

<sup>577</sup> Entre estos elementos se consideran factores asociados a su constitución, el contenido de derechos y obligaciones, su extinción o desaparición. Tena, I., “El régimen económico de separación de bienes en Aragón,” en LA LEY Derecho de familia, N° 15, Tercer trimestre de 2017, p.3.

<sup>578</sup> Díez Picazo, L., “*Sistema de Derecho...*”, cit., p. 215.



socio económica del presente, en el que se tiende a la igualdad en la pareja desde la perspectiva económica<sup>579</sup>, y en la que hombres y mujeres ostentan patrimonios independientes<sup>580</sup>.

A lo largo de este trabajo hemos desarrollado como el AUC y la mayoría de los sistemas que han regulado las uniones convivenciales, impregnan estos estatutos de una dosis de libertad mucho mayor que en el matrimonio. En este camino su más alto reflejo es la libre disposición para poner término al vínculo que en nuestro ordenamiento es exclusivo de este espacio. Esto permite plasmar un antagonismo entre ambas instituciones, aspecto que favorece la libre elección entre dos estructuras diversas. No obstante, cabe destacar que la intención del legislador no fue proveer a la convivencia no matrimonial de un régimen de separación de bienes propio, sino es el mismo de la separación absoluta para la institución matrimonial.

Tal como indicamos, la celebración del acuerdo no producirá ningún cambio en la propiedad de los bienes, manteniéndose los bienes adquiridos previamente en el patrimonio que se encontraban e ingresando al patrimonio de cada cónyuge todos los bienes que adquieran durante el vínculo<sup>581</sup>. Esta división de patrimonio se mantendrá tanto en el sistema de gestión como en la responsabilidad frente a terceros.

De esta manera cada cónyuge tiene plena libertad para celebrar actos de administración y disposición sobre los bienes que integran su patrimonio. Su responsabilidad por estos actos no comprometerá al otro por las obligaciones que contraigan frente a terceros acreedores<sup>582</sup>.

---

<sup>579</sup> Montes, M., “El Régimen de Separación de Bienes en la LREMV”, en Revista Boliviana de Derecho, N° 17, 2014, p.65.

<sup>580</sup> Sin embargo, cabe destacar respecto de la participación de la mujer en el mercado laboral nacional, que no obstante su aumento progresivo en los últimos años de 35,7%, en 2002 a 48.0 en el 2016. Las cifras siguen siendo inferior a la de los hombres. Esto se replica al considerar cuantitativamente los ingresos, en estos los de las mujeres continúan siendo muy inferiores a los de los hombres. Así para los periodos 2010 a 2013 la brecha de género en los ingresos consignó los siguientes valores -32,8%, -34,5%, - 32,3% y -33,2%. El 2014 será el primer año caerá bajo la barrera del 30%. Departamento de Estudios Laborales del Instituto Nacional de Estadísticas, Género e Ingreso, Documento de Análisis, 2016, p.8

<sup>581</sup> Los hermanos Mazeaud cuestionan el real alcance de este régimen en la regulación económica familiar, dicen que esa separación nunca puede ser total al existir una comunidad de vida, esto llevaría también a una comunidad de recursos. Nos dicen que la Ley al establecer una contribución a las cargas familiares esto conlleva necesariamente a una comunidad forzosa. Mazeaud, H, y Mazeaud, J., “*Derecho Civil...*”, cit., p. 55.

<sup>582</sup> Sin embargo, Krasnov advierte que en algunas legislaciones respecto a este régimen se mantienen ciertas obligaciones que por responder al interés familiar tienen que ser soportadas por ambos miembros de la pareja. Generalmente estas provienen de los gastos del hogar o de los hijos. Krasnov, A., “El régimen patrimonial del

En definitiva, quedará como como vínculo económico entre ellos el de su convivencia, consumo en común y atención a unas obligaciones familiares que la pareja tiene frente a cada uno y a la prole<sup>583</sup>.

No obstante, debemos resaltar que, pese a esta división absoluta de patrimonio y conforme a las últimas posiciones asumida a nivel jurisprudencial y doctrinal, esta no elude la existencia de un proceso de liquidación al concluir el vínculo. En esta línea, lo ha resaltado un fallo de la Audiencia Provincial de Madrid en España que resulta plenamente aplicable a nuestra realidad, indicando que:

*“ En cuanto al motivo relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes cabe decir que es uno más de entre los previstos por la Ley para que formando parte del denominado Derecho de Familia aplicado, complementar en lo económico al llamado Derecho de Familia puro o lo concerniente a lo derivado de las relaciones personales del marido y la mujer. Es consecuencia de la naturaleza del sistema de separación de bienes que en el cada cónyuge es titular de sus propios bienes y derechos y que no se forma entre los casados ninguna comunidad de carácter conyugal. Si se forma alguna comunidad o algún tipo de comunidad será respecto de algún bien concreto. Así el art. 1440 (LA LEY 1/1889) CC declara de manera terminante que las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad y las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges determinarán una obligación con pluralidad de titulares que seguirá las reglas generales de este especial tipo de fenómenos jurídicos: la mancomunidad, en línea de principio o regla general, y la solidaridad, cuando expresamente se hubiere estipulado o cuando viniere impuesto por la Ley. ...cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho corresponderá a ambos por mitad. Por cuanto antecede, fácil es deducir que como un régimen más del Derecho de familia aplicado y pudiendo existir algún tipo de comunidad respecto de algún bien, así como existir obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges que pueden dar lugar a los tipos jurídicos de la mancomunidad o la solidaridad es procedente la liquidación de*

---

matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino”, en Revista de Derecho Privado Externado, N° 17, 2009, p. 208.

<sup>583</sup> Fernández Soto, C., “El régimen económico matrimonial de separación de bienes en Cataluña”, en Actualidad Civil, N° 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 May. 2006, p. 1031.

*cualquier régimen económico matrimonial, como en el caso es procedente liquidar el régimen de separación de bienes por lo que procede desestimar este motivo del recurso”*<sup>584</sup>.

Serían dos los argumentos que justifican la viabilidad de la liquidación de este régimen, primero, la posible existencia de bienes adquiridos en común y pro indiviso en la pareja y, luego la existencia de deudas contraídas conjuntamente. Este último supuesto, determinará una obligación con pluralidad de deudores que seguirá las reglas generales de la comunidad. No obstante, existe una especialidad derivada de la obligación genérica de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. En este último aspecto la regla general de este régimen es la obligación de contribuir en proporción a sus respectivos recursos económicos<sup>585</sup>.

Por tanto, si bien, el establecimiento de este régimen lleva implícita la noción de que su imposición perturbe en la menor medida la libertad patrimonial de cada conviviente<sup>586</sup>. Esta división absoluta de patrimonios normalmente será atenuada con el efecto que produce la regulación de las cargas familiares que se imponen, ya sea respecto de los hijos comunes como del otro conviviente<sup>587</sup>. Así también estará restringido en la libre disponibilidad del conviviente propietario de la vivienda y los muebles que la guarnecen, al incorporarse el régimen de bienes familiares.

---

<sup>584</sup> Sentencia de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 15 de enero de 2003.

<sup>585</sup> Así se ha señalado que resulta incuestionable de que la propia dinámica de vida familiar nos lleva a la casi imposible separación absoluta de bienes. La vida en común con la consiguiente unidad de fines e intereses, genera una dinámica patrimonial en la que es prácticamente imposible pensar en la absoluta separación de bienes. En este sentido, la modernidad institucional y la realidad socioeconómica han modificado el sentido del régimen económico de separación de bienes, que ya nada tiene que ver con el modelo disociativo clásico de la absoluta separación de patrimonios. Rodríguez Llamas, S., “La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Análisis doctrinal y jurisprudencial” en Diario La Ley, N° 7449, Sección Doctrina, 20 de Julio de 2010, Año XXXI, Ref. D-239, Editorial LA LEY, pp 2-3.

<sup>586</sup> En esta línea Moliner, R., “La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano, Presupuestos, principios y constitucionalidad”, en pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín, M. Atienza y Navarro, R. coords., Valencia, 2009, SPUV, p. 657

<sup>587</sup> Nos dice Schmidt que en aquellos países que adoptan una estructura de separación de bienes como régimen legal y normal como ocurre en Australia, en las provincias canadienses del Common Law, en Inglaterra y en la mayoría de los Estados de la Unión en EE.UU., normalmente estos son atenuados estableciendo medidas que fortalezcan la solidaridad familiar. Señala como como por ejemplo la ley inglesa sobre los bienes de la mujer casada de 1964 que dispuso que, eran comunes las economías hechas sobre las sumas previstas para los gastos del hogar y las inversiones o las adquisiciones hechas gracias a ellas. Schmidt, C., “Los sistemas económicos del matrimonio”, publicado en Gaceta Jurídica, N° 182, Volumen 182, Año 1995, p. 2.

A diferencia del matrimonio en el AUC las cargas son de menor intensidad en la pareja, no existiendo la obligación de otorgar alimentos, pero manteniéndose el derecho a solicitar la declaración de bienes familiares sobre la propiedad principal y el derecho a solicitar una compensación económica. Este aspecto a nuestro parecer refleja un contrasentido, en cuanto el camino correcto indicaría que un sistema de separación de bienes implica acoger a la vez un sistema de mayor independencia económica en la pareja. Sin embargo, en la inclusión de estas figuras salvo los alimentos, no sólo no se observa diferencia respecto del matrimonio, sino que incluso se ha remitido en bloque a las normas ya existentes para esta institución. Nos parece que esto último podría haberse atenuado atendido las especialidades del régimen convivencial.

No obstante, en términos generales la instalación de este régimen según nuestro criterio resulta acorde a la realidad de nuestro sistema jurídico. Primero, por la distancia que conserva con el matrimonio permitiendo el acogimiento de la diversidad de modelos. Aún cuando esto podría haberse profundizado al momento de incorporar las cargas entre convivientes, si bien esto fue atenuado con alguna exclusión, esto no se precia en el resto de las figuras incorporadas. Esto hubiese permitido la coexistencia de la institución matrimonial como una estructura que tiene a la comunidad de patrimonios como sustento para el desarrollo económico familiar, en el que además se encuentran incorporadas un mayor número de cargas familiares. Mientras en el AUC se opta por un mayor grado de independencia económica y una menor carga de deberes económicos familiares entre convivientes.

En resumen, es posible deducir que forman parte de la masa de bienes propios de cada conviviente todos los que existían antes de la celebración del matrimonio, aquellos que se adquieran después, independientemente del título de adquisición y de quien los haya atribuido. También, los frutos y las rentas de los bienes propios, así como los rendimientos del trabajo, de la profesión, etc. La celebración del AUC no producirá ningún efecto sobre la titularidad presente de los bienes, ni condicionará las adquisiciones futuras.

Respecto al régimen alternativo de comunidad de bienes se ha destacado que este sistema de comunidad se conoció en los países civilizados de Europa sólo desde la invasión de los godos

y germanos. Su origen se encuentra en la actividad de los hombres que salían a la guerra y las mujeres que trabajaban en el hogar, que luego se repartían después entre ellos el botín de guerra y la cosecha. Este será adoptado y desarrollado por las leyes del Fuero Real y de Toro, desde donde lo tomará nuestro Código Civil. Esta estructura venía a corregir este sistema el egoísmo del régimen dotal, agregando a él una sociedad de ganancias, a fin de hacer participar a la mujer en los frutos del trabajo y en las economías reunidas durante el matrimonio<sup>588</sup>.

La estructura incorporada corresponde a un sistema de comunidad restringida, a este ingresan los bienes muebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo con excepción de los bienes muebles de uso personal. La estructura se conforma como un sistema de comunidad actual, en cuanto los convivientes tienen la posesión, el uso, goce y disposición de los bienes desde la celebración del acuerdo. También, es un régimen de inicio, en cuanto posible de pactar únicamente al momento de celebración del pacto, y no posteriormente a diferencia de la separación de bienes<sup>589</sup>. En cuanto a su regulación dicha comunidad queda sometidas a las reglas generales establecidas en el Código Civil para toda comunidad.

Este régimen de comunidad presenta ciertas ventajas al momento de fijar las reglas de índole económico al interior de la familia, quizás la principal es su armonía con el requerimiento de solidaridad familiar. Dentro de sus ventajas es posible destacar las siguientes: a) Si bien, se conserva la titularidad de la propiedad en la pareja, permite a cada partícipe una facultad individual de usar las cosas comunes, estableciendo un uso solidario de las mismas a favor de la familia; b) este uso individual, tiene como límite el perjuicio del interés de la

---

<sup>588</sup> Señala Barros que este régimen se funda en la naturaleza misma del matrimonio, de donde nace aquella unión entre los cónyuges, que como dice Ulpiano, implica la comunidad absoluta de existencia, lo que trae consigo la presunción de hacer comunes las rentas de sus trabajos y los frutos de sus bienes. La comunidad de vida y de sacrificios, la necesidad de atender a la familia común y el conjunto de relaciones que se derivan del matrimonio son el fundamento de la sociedad conyugal. Barros Errazuriz, A., *Curso de Derecho Civil*, Cuarta Edición, Volumen IV, Editorial Nascimento, 1931, p.92

<sup>589</sup> Tal como indica Lepin, el Acuerdo de Unión Civil tiene una esfera mucho más restringida que el matrimonio civil en cuanto a la autonomía de la personalidad, ya que las opciones de estructuras jurídicas patrimoniales únicamente se reducen a dos. Mientras que en el matrimonio existen tres alternativas. Lepin, C., “Reflexiones en Torno a los Efectos del Acuerdo de Unión Civil”, en *Estudios de Derecho Familiar I*, Thompson Reuters - La Ley, Lepin, C. y Gomez De La Torre, M., coord., Santiago, 2016, pp. 277 – 279.

comunidad, que en este caso se asemeja al interés familiar; c) ningún comunero puede privar al otro del disfrute de la posesión de la cosa común<sup>590</sup>.

Estas razones han propiciado que en las soluciones planteadas por la jurisprudencia en ausencia de norma específica, se acuda a ella como expresión de los principios generales del Derecho<sup>591</sup>. La regla general respecto del régimen de comunidad de bienes aplicado a las uniones convivenciales, es que permite la copropiedad de los bienes sometidos a ella. De manera que frente a la ruptura de la relación, se deberá proceder a la división de los bienes comunes en proporciones iguales, aún cuando dichos bienes figuren inscritos a nombre de uno de ellos, es decir, se prescinde de la titularidad formal<sup>592</sup>.

El régimen así planteado es considerado por cierta doctrina como el medio adecuado para regular los efectos económicos que surgen desde las uniones no matrimoniales<sup>593</sup>. En cuanto situadas estas uniones dentro del contexto de familia, resulta necesario la existencia de un régimen regido principalmente por el principio de solidaridad propio del Derecho de Familia, cualquier otra alternativa es el resultado de la libertad de los individuos para mover estas condiciones iniciales. Esto tal como ocurre en el régimen de la sociedad conyugal, tiene como base la naturaleza afectivo-familiar del vínculo que une a estos comuneros, lo que permite relevar la necesidad de cuantificar los aportes individuales al patrimonio común para luego repartir proporcionalmente las utilidades, admitiendo de plano la división por partes iguales entre los miembros de la pareja<sup>594</sup>.

---

<sup>590</sup> De Verda Y Veamonte, J, “Qué es lo que un Comunero Puede y no Puede Hacer, Vigente La Comunidad de Bienes”, en Actualidad Jurídica Iberoamericana, N° 2, febrero 2015, p. 535.

<sup>591</sup> En opinión de la doctrina estos regímenes por sus consecuencias en términos generales no son excesivamente perjudiciales para los convivientes, por cuanto no se aleja funcionalmente demasiado de los resultados a que conduce algunos de los regímenes matrimoniales. Díez Picazo, L., “*Sistema de Derecho...*”, cit., p. 46.

<sup>592</sup> Sobre esta materia ver el análisis jurisprudencial desarrollado en Donoso F. y Rioseco A. “*El concubinato ante la jurisprudencia...*”, cit., pp. 82-86.

<sup>593</sup> Estrada, E., “*Las Uniones Extramatrimoniales...*”, cit., pág. 210.

<sup>594</sup> Propone Turner que, al situar las uniones de hecho en el Derecho de familia, la solución a los conflictos suscitados por la terminación de la relación de pareja, la solución debiese tener coherencia con lo que ocurre en el régimen matrimonial, en la división por partes iguales de las ganancias obtenidas durante la vida en común, sin considerar los aportes que cada miembro de la unión haya hecho efectivamente. Turner, S., “*La Unión de Hecho...*”, cit., p.91.

Desde la dogmática jurídica esta opinión se confronta con aquella posición que teniendo como base los principios generales de Derecho Civil, alude a que no resulta viable un pacto de comunidad futura sobre bienes inconcretos aun no adquiridos. Para que esta produzca efectos se debe pactar la comunidad al momento de adquirir cada uno de los bienes, en caso contrario, el bien pertenece exclusivamente al conviviente que lo adquiere. Además, se sostiene que la existencia de un contrato que obligue a poner en común bienes futuros, solo produciría su efecto al momento de su cumplimiento. Es decir, solo si el conviviente cumple la obligación de transferir al otro conviviente su cuota sobre la propiedad de dichos bienes<sup>595</sup>.

Entendemos que, en el caso de la comunidad familiar al tener su origen en un contrato celebrado entre convivientes, resulta posible ya que son los interesados quienes se obligan a someter todos o algunos bienes, aún cuando en términos reales no pertenezcan a los comuneros<sup>596</sup>. En este sentido, operaría la libre voluntad de pactar obligaciones futuras no prohibidas en el ordenamiento, manifestándose como una excepción expresamente permitida por Ley, en atención al deber del Estado de fortalecer el desarrollo de la familia.

De esta manera, la posibilidad de que los convivientes puedan pactar un sistema de comunidad de bienes, parece adecuada en cuanto contribuye a resolver gran parte de los problemas que surgen respecto de la propiedad de los bienes al momento de la liquidación del patrimonio. Por lo demás, las partes que requieran de este régimen como primario pueden acudir a la estructura matrimonial, esto aporta al acogimiento de la diversidad familiar, aún cuando según nuestro criterio resulta insuficiente frente a la libertad que permiten los pactos amplios.

No obstante, su utilidad nos adherimos a la opinión según la cual un aspecto criticable de la propuesta vinculada al régimen de comunidad, es su remisión en bloque a las reglas generales establecidas en el Código Civil para toda comunidad. Tal como se ha indicado esta regulación

---

<sup>595</sup> Martínez De Aguirre, C., “*Acuerdos entre Convivientes...*”, cit., pp. 41 - 434.

<sup>596</sup> Plantea la autora que esto suele constituirse en un problema al momento de la ruptura, ya que el conviviente que no figura como titular de manera formal tendrá que reclamar su derecho de propiedad. Mesa, C., “*Las uniones de hecho...*”, cit., p. 126.

carece de una actualización necesaria, observándose en la jurisprudencia una serie de inconvenientes en ámbitos asociados a su administración y liquidación<sup>597</sup>.

Estas dificultades en general derivan de la base de esta figura jurídica, que se sostiene sobre la noción de formar un derecho común que no está dividido, sino articulado en derechos parciales que son diversos del derecho total. Esto no sólo cuantitativamente, sino también cualitativamente, los cuales permanecen ligados entre sí y en su conjunto representan el derecho total. En el caso del patrimonio común de los convivientes civiles su cotitularidad en el patrimonio total está vinculada entre sí, lo que representa una dificultad mayor cuando este proceso aparece asociado a una etapa de conflicto familiar<sup>598</sup>.

Por esto hubiese resultado pertinente establecer una propuesta en detalle que facilite esta etapa de conformación, administración y liquidación de los bienes que integran esta comunidad, situándolo en los requerimientos propios de una estructura patrimonial familiar en términos similares a la sociedad conyugal en el matrimonio<sup>599</sup>. En este sentido, destaca como elemento coadyuvante para este fin la integración de pactos o acuerdos entre convivientes que fijen las reglas sobre esta materia, estas podrían establecer *a priori* bienes específicos sobre los cuales se puedan realizar las adjudicaciones, o establecer reglas de antemano sobre los procesos de liquidación. Recordemos, que la fijación de este régimen

---

<sup>597</sup> Dentro de las numerosas dificultades Corral señala como ejemplo una serie de interrogantes que resumen cuestiones que quedan inconclusas, así: “¿quién es el administrador?, ¿puede nombrarse un administrador proindiviso que sea un tercero distinto de los convivientes?, ¿pueden los convivientes enajenar la cuota en la comunidad antes de la terminación del acuerdo de unión civil?, ¿puede pedirse la partición antes de esa terminación y sin que los convivientes se separen de bienes conforme al artículo 15 de la Ley N°20.830?, ¿puede pactarse la indivisión conforme con el artículo 1317 del Código Civil? Más aún, ¿cómo se sabrá que un bien que ha sido adquirido por una persona y que ha sido inscrito a su nombre en algún registro público, v. gr. en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, es en realidad común porque lo ha adquirido a título oneroso durante la vigencia del acuerdo de unión civil? El abogado que deba informar los títulos tendrá que pedir alguna constancia de que quien aparece como propietario exclusivo no haya sido conviviente civil a la fecha de adquisición del o los bienes: aquí aparece de nuevo el tema probatorio: ¿cómo se acredita el hecho negativo de no estar o no haber estado unido civilmente, o de estar o haber estado unido civilmente, pero no con comunidad de bienes?”. Corral, H., “Sobre la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil: una primera (y crítica) mirada”, en Revista de Derecho de Familia, Volúmen I - 2016 , N° 9 , Año 2016 , p. 36

<sup>598</sup> González, M., “Comentario al artículo 392 del Código Civil Español”, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo V, vol. 2º, p. 10

<sup>599</sup> Señala Tapia que el régimen así establecido puede conllevar a una desprotección del conviviente más débil; además trae aparejado un régimen con reglas complejas para administrar y disponer de sus bienes en perjuicio de la libre circulación de estos. Tapia, M., “Una Revisión de su justificación...”, cit., p. 39.



requiere necesariamente un acuerdo de voluntad inicial, instancia en la cual se podría fijar reglas para la terminación.

En términos generales, al analizar la propuesta jurídica económica que contiene el estatuto resulta latente la escasa relevancia que nuestro legislador da a la libertad para pactar. Esto responde a un legado histórico que nuestro legislador no logra atravesar en la construcción normativa. Previo a la existencia del AUC, nuestro sistema económico matrimonial se caracterizaba por consagrar una de libertad en exceso restringida, esta contemplaba sólo la posibilidad de que las partes elijan en bloque uno de los tres regímenes existentes, sin grandes posibilidades de incorporar cambios sustanciales. Esta orientación no ha variado, de manera que en el estatuto del AUC las formas están preconstituidas y, solo se contempla la posibilidad de elección, pero no la de incorporar cambios.

Al analizar la realidad comparada en esta materia, es posible constatar como diversos ordenamientos al momento de enfrentar los problemas patrimoniales que se derivan de estas relaciones, han optado por reconocer un régimen de pactos en que somete este asunto a la autonomía de la voluntad de los intervinientes. Estos pactos facilitan la regulación patrimonial pudiendo actuar antes, durante y después de las relaciones de connotación económica familiar, acercando a los involucrados a la construcción de la solución de sus propios problemas.

En los ordenamientos que acogen esta estructura de pactos no se establecen más límites que los fijados para cualquier otro contrato, llegando en algunos de ellos a la elección de un sistema de libertad de forma, de manera que estos pactos pueden constar en instrumento público, privado incluso puede convenirse en forma verbal y pueden regular tanto la convivencia propiamente tal o los efectos al momento de su ruptura<sup>600</sup>.

---

<sup>600</sup> Esta es la situación de gran parte de las comunidades autónomas españolas que han regulado la materia, en este caso la libertad de forma se extiende a la regulación de las relaciones económicas existentes durante la convivencia como al cese de la misma. Estos pactos pueden constar en instrumento público, privado incluso puede convenirse en forma verbal. De Verda Y Beamonte, J., “*Efectos Económicos de las Uniones...*”, cit., p. 156.

En la actualidad, resulta abundante la doctrina que reconoce en la libertad de pactar de los convivientes el sistema de mayor utilidad para regular las relaciones patrimoniales familiares<sup>601</sup>. Resaltándose que estos permiten satisfacer de mejor manera “*los principios sistemáticos de igualdad en la pareja, de actuación en régimen de paridad y de solidaridad en el desenvolvimiento de las potestades domésticas, y en la gestión, administración y disposición de sus patrimonios; lo que funcionarán como una garantía aplicada a los bienes más fundamentales existentes en la economía familiar*”<sup>602</sup>.

Sin embargo, uno de los mayores inconvenientes que presenta esta modalidad de pactos se vincula a su eficacia y al bajo número de parejas que lo celebran. Por lo anterior, es en gran medida el régimen legal supletorio el que pasa a conformarse desde lo cuantitativo como la principal opción. Esta cuestión se complica frente a la ausencia de régimen legal que supla el silencio de la pareja, el efecto será una unión sin estatuto económico<sup>603</sup>. Por tanto, una vuelta atrás, en cuanto necesariamente para resolver los conflictos que se presenten se recurrirá a estructuras fuera del Derecho de familia. Frente a este vacío se ha debido esperar a la creatividad del juez, en espera que el legislador supla dicho vacío<sup>604</sup>.

Los pactos proveen una amplia variedad de herramientas de contenido económico para resolver los conflictos presentes. En este sistema se permite regular íntegramente los efectos económicos de la convivencia; de esta manera podrán igualmente recurrir según la voluntad de los propios convivientes a las figuras patrimoniales comunes como la comunidad de

---

<sup>601</sup> Algunos autores que sostienen esta posición: Cerda Gimeno, J., “*La situación actual de las parejas...*”, cit., pág. 589 y ss.; Gitrama González, M., “*Notas sobre la Problemática Jurídica...*”, cit., pág. 225 y ss.; Mesa Marrero, C., “*Las Uniones de Hecho...*”, cit., pp. 82 y ss.;

<sup>602</sup> Roman García, A., “Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos” en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Llamas Pombo, E. Coord., edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, diciembre 2006, p.3

<sup>603</sup> Esta situación ha ocurrido por ejemplo en la comunidad autónoma de Navarra, luego de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que regulaban los efectos económicos (arts. 5 y 6 de la Ley), por tanto, quedo como única norma la autonomía de la voluntad, sin que exista ningún régimen previsto en defecto de pacto para regir las relaciones patrimoniales ni durante ni a la extinción de la pareja.

<sup>604</sup> Se ha señalado en este sentido la experiencia del artículo 11 de la Ley 5/2002 de Andalucía en España sobre Parejas de Hecho, esta prevé la posibilidad de que la pareja acuda a la administración para conseguir información sobre los aspectos a tratar en el pacto económico. Véase en este sentido Pérez Martín, A., *Tratado de Derecho de Familia, Vol. 2, Regímenes Económicos Matrimoniales, Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Editorial Lex Nova, 2009, pp. 1832-1833.

bienes, la sociedad o un régimen híbrido creado por los propios convivientes<sup>605</sup>. Inclusive, es posible acudir a las figuras que aporta el régimen matrimonial, esto último con mayores divergencias.

La referencia a los regímenes matrimoniales puede ocurrir por pacto expreso o tácito de los propios convivientes, en que convienen en someter su relación a algunos de los regímenes preexistentes para el matrimonio. Esta vía provee de un sistema jurídico concreto para resolver gran parte de los problemas<sup>606</sup>. Sin embargo, esta postura encuentra detractores que consideran que es inaplicable un sistema creado para el matrimonio a las otras uniones por la naturaleza jurídica distinta del matrimonio<sup>607</sup>.

Esta remisión también puede ocurrir indirectamente cuando no existe pacto alguno entre los convivientes, esto ocurre cuando el sistema elegido remite en bloque la regulación al sistema matrimonial, este es el caso en los sistemas nórdicos para las parejas del mismo sexo. Pero también se presenta en aquellos ordenamientos en que no existe un estatuto regulatorio, y los tribunales son llamados a resolver estos conflictos optando por la aplicación por analogía de las reglas de los regímenes matrimoniales a una relación de hecho<sup>608</sup>. En nuestro caso, si bien el régimen legal supletorio es diverso, existen una serie de instituciones similares para ambas instituciones.

---

<sup>605</sup> Sobre la posibilidad de establecer un régimen concreto que se pronuncie caso a caso y en particular sobre cada materia Martínez de Aguirre postula para regular tanto la convivencia como las consecuencias de la ruptura, un sistema de relaciones patrimoniales sencillo y ligero limitado a resolver las cuestiones de mayor relevancia tales como gastos y cargas de la convivencia, gestión de los bienes, aportes y su valoración para la liquidación, reglas de representación, compensaciones económicas y reglas para la ruptura. Martínez De Aguirre, “Acuerdos entre Convivientes...”, cit., pp. 47-49.

<sup>606</sup> De Verda Y Beamonte, R., “Efectos Económicos de las Uniones...”, cit., pp. 102 - 105.

<sup>607</sup> Al respecto se ha indicado: “La aplicación analógica indiscriminado de las normas matrimoniales a las uniones de hecho comporta el riesgo añadido de reinventar a estas alturas el “usus”, es decir, de introducir en el ordenamiento una nueva forma de contraer matrimonio, mediante la valoración de la convivencia como consentimiento tácito o presunto (al modo en que se hace, pero con buenas razones sociológicas, en el Estado de Hidalgo); por último, cuando se habla de analogía en casos como los analizados, se piensa instintivamente en la aplicación de la normativa de regímenes matrimoniales legales de tipo consorcial, únicos útiles para resolver los problemas que se plantean, lo que plantearía un nuevo problema respecto de aquellas regiones en que el régimen legal es el de separación”. Torres Lana, J., “De Nuevo Sobre...”, cit., p. 12.

<sup>608</sup> Ver en este sentido Talavera, P., “El derecho europeo ante el matrimonio...”, cit., pp. 16-20.

Frente a esta situación, es abundante la doctrina que se manifiesta contraria a su aplicación en bloque por analogía<sup>609</sup>, por tratarse de regímenes que no son comparables ni compatibles, fundamentan al mismo tiempo el respeto por el derecho de autodeterminación de los convivientes, respecto a quienes han evitado justamente la aplicación de las reglas del estatuto matrimonial<sup>610</sup>. Así, se indica que no se justifica la aplicación en bloque, ya que mientras en el primero la comunidad se proyecta hacia el futuro por medio de un compromiso jurídico relevante; en el otro esta unión es retrospectiva y solo otorga certeza hacia donde ha existido<sup>611</sup>. No obstante, si bien esta respuesta resulta acertada en relación a las uniones de hecho, no es posible de aplicar respecto a uniones no matrimoniales registradas.

Sin embargo, un criterio más flexible ha tomado fuerza, en cuanto se acepta una aplicación limitada de normas específicas existentes para regular el matrimonio y solo frente a determinados casos<sup>612</sup>. El fundamento central que justifica esta posición es la existencia de la convivencia afectiva entre personas como un elemento común, la que se da tanto en las parejas estables convivenciales como matrimoniales.

Esta aplicación por analogía se limitaría “*a las normas existentes previstas para otro tipo de convivencia y a la semejanza que se da en la convivencia y sus necesidades y consecuencias,*

---

<sup>609</sup> Entre quienes sostienen esta opinión: Mesa, C., “*Uniones de Hecho...*”, cit., p. 169; E. Estrada, E., “*Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*”, Civitas Ediciones, S.L., 1986 ., pp. 172 y ss.; Díez Picazo y Ballesteros, G., “*Sistema de Derecho Civil...*”, cit., pp. 66-67; Gavidia, J., “Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales”, publicado en revista doctrinal Aranzadi, N° 1, 2002 , p. 33; sobre esta materia ver más en Bayod Lopez, M., “*Parejas no casadas...*”, cit., pp. 129-141.

<sup>610</sup> Dentro de las características de las que está dotado el régimen matrimonial y que lo diferencian de las uniones de hecho, se encuentran: 1) la mayor abundancia de normas imperativas en los negocios puramente patrimoniales; 2) el apartamiento de las normas generales de tipo patrimonial en materias tan importantes como la organización de la cotitularidad, la gestión o la responsabilidad; 3) el establecimiento de un sistema de presunciones propio y difícilmente transportable a un ámbito extramatrimonial. Torres Lana, J., “*De Nuevo Sobre...*”, cit., pp. 17 - 19.

<sup>611</sup> Además, sostiene que el régimen matrimonial contiene una serie de reglas que solo la ley puede establecerlas, ya que se encuentra fuera de la autonomía voluntad. Martínez De Aguirre, C., “*Acuerdos entre Convivientes...*”, cit., pp. 33 - 40.

<sup>612</sup> En esta línea Lacruz, J. et alii., “*Elementos de Derecho Civil IV...*”, cit., p. 299; Martínez De Aguirre, C., “*Acuerdos entre Convivientes...*”, cit., p. 33.

*no entre las respectivas instituciones*<sup>613</sup>. En este mismo sentido, otros de los argumentos favorables se sustenta en la similitud del carácter de familia que existe entre las uniones de hecho y las uniones matrimoniales, existiendo semejanza en sus valores y funciones de tal manera que corresponde un trato igualitario por parte del Derecho<sup>614</sup>.

Una jurisprudencia minoritaria en España ha señalado que se debe considerar que las uniones de hecho son relaciones de pareja similares al matrimonio, existiendo las siguientes similitudes: a) libertad en su constitución; b) intereses típicamente familiares; c) proyecto de vida en común; con la diferencia de que se constituyen al margen de los requisitos previstos por la ley. A partir de esto, se concluyen ciertos razonamientos mediante los cuales se pueden extender a las uniones no matrimoniales instituciones cuya finalidad es proteger determinados intereses patrimoniales de la familia matrimonial<sup>615</sup>.

En forma crítica a este argumento, se ha señalado que sólo en el matrimonio se contrae un compromiso jurídicamente vinculante para crear y mantener, en principio, de por vida una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, con exclusión de otras personas. En otras uniones tal comunidad existe, pero no como el resultado de un compromiso

---

<sup>613</sup> Rivero, F., “Comentario a la sentencia de 29 de octubre de 1997”, en CCJC, t. 46, enero - marzo de 1998, pág. 189 y ss. En este mismo sentido se indica como elementos similares: “1.- existencia de una comunidad de vida entre un hombre y una mujer; 2.- convivencia de connotación afectiva y sexual; 3.- convivencia con caracteres de permanencia, singularidad y notoriedad pública y, al menos, una apariencia de fidelidad entre los miembros de la pareja”. Se argumenta que estos elementos dejan en evidencia una misma realidad. Además, resulta ilógico imputarles a las uniones de hecho su naturaleza factual, pues la institución matrimonial tenía la misma característica hasta que el Derecho le asignó determinados efectos jurídicos. Turner S., “Uniones de hecho...”, cit. p. 4.

<sup>614</sup> Proserpi, F., “La famiglia non fondata sul matrimonio”, Napoli, 1980, pp. 287 y sgtes. Citado en Mesa, C., “Las uniones de hecho...”, cit., p. 102.

<sup>615</sup> Dentro de estos fallos destacamos los argumentos de la La STSJ Cataluña de 13 de febrero de 2003 (LA LEY 31726/2003) esta indica en esta línea que: “...Si nos atenemos, pues, a la situación actual nos encontramos ante relaciones que se constituyen por decisión libre y espontánea de los interesados que responden a unos intereses típicamente familiares, aunque se constituyan al margen de los requisitos que establece la ley, como sucede en relación con las uniones de hecho o uniones estables de pareja, que se originan con la finalidad de desarrollar un proyecto de vida en común parecido, aunque no idéntico, al matrimonio. Con la consecuencia de que si las uniones no matrimoniales encajan en el concepto de Familia que se deriva de la Constitución, instituciones pensadas y reguladas para proteger determinados intereses patrimoniales de la Familia matrimonial, pueden hacerse extensivas a la Familia que se deriva de una unión estable de pareja, ya que según el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los organismos jurisdiccionales han de interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y los principios constitucionales, de acuerdo con la interpretación que resulta de las decisiones del Tribunal Constitucional...”

jurídicamente vinculante de crearla y mantenerla, ya que cualquiera de los convivientes debe tener la posibilidad de disolverla sin tener que acreditar que concurre otra causa que su decisión ni el transcurso de plazo alguno<sup>616</sup>.

Esta diferencia sería de tal entidad que, aunque existen innegables similitudes en la situación de hecho entre el matrimonio y la unión libre, impregna el sentido de toda la regulación del matrimonio, incluso, de aquellas normas que no tienen que ver con su disolución, y sus consecuencias son de relevancia estructural. Así, la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre no es sólo entre casarse y permanecer soltero, sino más concretamente entre constituir uniones en las que quede excluida su libre ruptura u otras en las que ésta sea posible.

Consideramos que, de estos aspectos de carácter estructural más el uso de una adecuada técnica legislativa, nace un requerimiento de intentar volver funcional el sistema jurídico, imponiendo la necesidad técnica de diferenciar ambos estatutos, elaborando espacios diferenciados. De manera que, en lo esencial las personas en el ejercicio de su libertad puedan optar por distintas formas de construir familia. Esto restringe que un sistema ingrese a producir efectos no deseados en su libre determinación, favoreciendo la lógica jurídica que pretende darle sentido al sistema jurídico en su conjunto.

La propuesta viene a resolver para las uniones registradas la incerteza jurídica en las que se encontraban, pero mantiene el conflicto en las uniones libres al margen del Derecho. En estas últimas, la respuesta para resolver estos conflictos, se mantendrá mayoritariamente en reconocer la constitución de una sociedad entre los convivientes, la que generalmente suele tener el carácter de civil, particular e irregular<sup>617</sup>.

---

<sup>616</sup> Gavidia, J., “*La Unión Libre. Familia...*”, cit., pp.10 - 14.

<sup>617</sup> La autora señala que esto ocurre así ya que nos encontramos ante sociedades no constituidas expresamente, sino que la voluntad negocial se deriva de actos concluyentes. En segundo término, la doctrina judicial es contraria a constatar la presencia de una sociedad universal de ganancias, ante la falta de prueba de que la voluntad de los convivientes fue la de poner en común todos los bienes y ganancias adquiridos durante la convivencia. La tercera nota distintiva del tipo societario existente en la unión de hecho, de acuerdo con el criterio de la jurisprudencia, viene determinado por su naturaleza civil, y ello con independencia de que la actividad desarrollada conjuntamente por la pareja tenga un objeto mercantil. Lopez Azcona, A., “*Aspectos*

Mediante este conducto se entiende que los convivientes pactaron tácitamente una sociedad durante su convivencia, la cual en la ruptura deberán proceder a liquidar, distribuyendo las ganancias existentes entre los miembros de la pareja. Son mayoritariamente de naturaleza civil, ya que no se exigen requisitos de forma para su constitución, excepto que existan bienes inmuebles u otros derechos sometidos a ciertas formalidades<sup>618</sup>. Se puede llegar a este régimen, mediante pacto entre convivientes, o bien por la aplicación jurisprudencial en ausencia de pacto.

En este caso se requerirá acreditar la existencia de los elementos propios de toda sociedad, esto es el aporte de cada conviviente, la obtención de un lucro y conjuntamente la “*affectio societatis*”. Lo anterior, trae como consecuencia que al no concurrir estos elementos y al no acreditarse en el juicio respectivo se declarará su inexistencia, constituyéndose esta carga probatoria en una difícil tarea a la que deberá dar alcance generalmente el conviviente económicamente más débil a la ruptura<sup>619</sup>. En cuanto a la utilidad que representa el régimen societario para resolver los problemas que presentan las uniones de hecho, se sostiene que frente a los diversos modelos societarios, existe cierta ventaja en el régimen de sociedad de gananciales<sup>620</sup>.

---

*Jurídicos...*”, cit., p. 15. En el mismo sentido se indica que la jurisprudencia, es reacia a establecer la existencia de una sociedad de gananciales, ya que la “*affectio societatis*” debe ser inequívoca en la intención de los convivientes de incorporar la totalidad de los bienes. De Verda Y Beamonte, J., “*Efectos Económicos de las Uniones...*”, cit., p. 163.

<sup>618</sup> La voluntad de crear la sociedad se desprende de hechos inequívocos “*facta concludentia*”, de esta manera el consentimiento de las partes se puede producir en forma verbal y por tanto su constitución es de carácter tácito. Mesa, C., “Las uniones de hecho...”, cit., p. 119

<sup>619</sup> Ibidem, pp. 107 - 124.

<sup>619</sup> De Verda Y Beamonte, J., “*Efectos Económicos de las Uniones...*”, cit., p. 162.

<sup>620</sup> Es aquella que comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad, pero los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular. Ibidem, p. 108.

En este sentido se distingue que es posible pactar este contrato que constituye una sociedad universal de gananciales, pero no el régimen conyugal de gananciales. Martínez De Aguirre, C., “Acuerdos entre Convivientes...”, cit., p. 33.

En aquellos ordenamientos regidos bajo el principio de libertad de forma para la constitución de sociedades civiles, no existen mayores conflictos para entender constituida esta figura<sup>621</sup>. Sin embargo, el régimen no opera de pleno derecho por la sola convivencia y lo que se presume como regla general es la independencia económica de los convivientes. En este sentido la jurisprudencia de los tribunales, ha establecido diversas formas para determinar la acreditación de los elementos constitutiva de la sociedad<sup>622</sup>.

Sin embargo, la viabilidad de la comunidad como régimen aplicable a las relaciones patrimoniales de estas uniones, se dificulta justamente debido a la necesidad de acreditar la existencia de estos elementos. Según Martínez de Aguirre<sup>623</sup> esto deja en evidencia de la falta de aptitud de este régimen al pretender buscar resultados idénticos o cercanos a los establecidos por los estatutos matrimoniales. La situación implica que, al finalizar la convivencia, uno de los convivientes deberá solicitar se liquide el patrimonio y conjuntamente con ello deberá ocuparse de acreditar la existencia de una sociedad entre la pareja durante el periodo de convivencia, con el propósito de que se le restituya su parte en el patrimonio.

Otro de los problemas que se presenta en este régimen es el de la titularidad del patrimonio y la inestabilidad del patrimonio social. Frente a terceros el patrimonio social solo pertenece individualmente a cada uno de los socios, ya que sus efectos solo se producen inter partes; de tal manera que no contribuye a garantizar certeza sobre la obligación con sus acreedores sobre el patrimonio societario. A modo de ejemplo, los comuneros no tendrán inconvenientes en transferir libremente los bienes provenientes del patrimonio social a terceros, ni tampoco podrán asegurar prelación alguna sobre los créditos de los acreedores, ya que la sociedad solo

---

<sup>621</sup> Véase Lacruz, J., “*Elementos de Derecho Civil...*”, cit., p. 300.; Estrada, E., “*Las uniones extramatrimoniales...*”, cit., p. 182.

<sup>622</sup> Se aprecia la existencia de la “*affectio societatis*” cuando ambos convivientes han cooperado con su trabajo en la obtención de ganancias, o bien, han efectuado aportaciones patrimoniales recíprocas al negocio productor de beneficios. Lopez Azcona, A., “*Aspectos Jurídicos...*”, cit., p. 15. Ver ejemplos de sentencias a favor y en contra de la existencia de los elementos constitutivos de sociedad en De Verda Y Beamonte, J., “*Efectos Económicos de las Uniones...*”, cit., pp. 165 - 166.

<sup>623</sup> Martínez De Aguirre, C., “*Acuerdos entre Convivientes...*”, cit., p. 44.



producirá sus efectos en el activo de la sociedad, y respecto del lado pasivo los bienes siguen siendo particulares.

El camino seguido por el AUC nos parece es el correcto en cierto sentido. Primero en cuanto opta por diferenciarse sustancialmente del matrimonio dotándolo de un elemento distintivo. En este sentido, se establece como régimen supletorio legal la separación de bienes, permitiendo que sea la propia voluntad de los convivientes la que transforme en comunidad de bienes el producto de su vida en común<sup>624</sup>. Sin embargo, esto no resulta suficiente en cuanto las alternativas resultan reducidas al mínimo, al no reconocerse en sujetos plenamente capaces la capacidad de pactar la estructura económica que mejor estimen dentro de los cánones permitidos en el Derecho.

Tal como hemos indicado una de las carencias principales que se observa en la propuesta del AUC, es la ausencia casi total de la posibilidad de que los convivientes puedan pactar otras condiciones. El legislador ha optado por un sistema mayoritariamente de carácter imperativo, que excluye absolutamente la voluntad de los convivientes para pactar el contenido de sus relaciones patrimoniales conforme a la autonomía de la voluntad. Esta idea de no admitir un régimen de libertad de pacto, resulta contradictoria en cuanto la esfera del régimen económico salvo la seguridad en él tráfico de bienes y los derechos de terceros, es un asunto que concierne casi exclusivamente a los interesados, siendo ellos quienes deben establecer la reglamentación a la que puedan someter sus intereses<sup>625</sup>.

---

<sup>624</sup> No obstante, parte de la doctrina difiere en este sentido al indicar que lo más coherente resultaría haber fijado como régimen legal el de comunidad, esto en atención a la naturaleza del contrato celebrado entre las partes el cual supone una convivencia afectiva, estable y permanente. Por esto resulta lógico asociar a ella una comunidad, en cuanto resulta contradictorio dotar a las parejas de hecho de un régimen legal para protegerlas patrimonialmente y la consagración de la separación de bienes como régimen supletorio legal. Turner, S., “*El Acuerdo de Unión Civil: ...*”, cit., p. 36.

<sup>625</sup> Díez Picazo, L. y Gullón, B., “*Sistema de Derecho Civil...*”, cit., pp. 134-135.

### **3.2.3. LA INCORPORACIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES AL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL. LOS EFECTOS DE UNA REGULACIÓN A MEDIO CAMINO.**

A lo largo del proceso de elaboración legislativa del Acuerdo de Unión Civil fue posible observar una constante tensión entre dos posiciones. Por un lado, la intención de una parte de diferenciarlo del matrimonio. Mientras en un sentido adverso aparece el discurso de la igualdad entre ambos modelos. Esto llevará a que la discusión respecto a la inclusión de ciertas instituciones al nuevo estuviera centrada en forma exclusiva respecto a si se accedería o no a ella, desplazando la discusión técnica respecto a la forma. Este es el caso de la figura denominada en nuestro Derecho como bien familiar, que en nuestro sistema normativo aparece incorporada en el artículo 141 del Código Civil.

En el contexto de la regulación de la familia en el Derecho, la vivienda familiar constituye el bien máspreciado de cualquier economía doméstica. Esta relevancia unida al deber del Estado de protegerla y fortalecer ha llevado que dentro del régimen económico familiar esta cuestión tenga el carácter de central. El legislador optará por su inclusión en el inciso final del artículo 15 del estatuto de AUC que regula en general los efectos patrimoniales entre los convivientes civiles.

Según nuestro parecer, la técnica legislativa utilizada para su incorporación adolece de una serie de vacíos que dificultan su eficacia. Un primer elemento, que lleva a esta conclusión es la ausencia absoluta de un tratamiento particular a la relación entre uniones convivenciales y la protección al bien familiar<sup>626</sup>. Lo anterior, debido a la decisión del legislador de introducir la figura remitiendo en bloque su regulación a las normas del Código Civil, es decir, en los mismos términos fijados para el matrimonio.

---

<sup>626</sup> En otros modelos, si bien, existe este tratamiento unificado para ambos modelos familiares, se desarrolla un tratamiento exhaustivo de cada uno con sus diferencias. Así las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Según puede leerse en su Preámbulo, se buscaba favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, frente a la ruptura de la convivencia de las parejas matrimoniales o no, incluso estas últimas incorporan a las uniones no institucionalizadas. Si bien, el núcleo esencial de la Ley radicó en el diseño del régimen de guarda y custodia de los hijos comunes tras la ruptura de la convivencia de sus progenitores. El legislador aragonés procedió a regular los demás efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia, abordando temas como la atribución del uso de la vivienda familiar.

Esto se traduce en la ausencia de un régimen adecuado para tutelar la crisis familiar, ya que no se atiende a las particularidades de cada modelo al estandarizar las soluciones. Tampoco favorece a un mejor desarrollo de las diversas instituciones que acogen la manera de organizar la familia en nuestra sociedad. Resulta pacífico que en el Derecho actual que todas las familias merecen la misma atención del Derecho, pero es igual de claro que no todas las estructuras son iguales. Esto responde a un concepto de pluralismo que acoge la diversidad y concede opciones para configurar la vida privada de las personas.

El reconocimiento de esta diferencia es lo que permite la funcionalidad en un mismo sistema de diversos modelos, sin que exista una sobreposición que lleve a la confusión. Sin embargo, este paradigma aparece difuso en la propuesta de nuestro ordenamiento, produciendo una falta de claridad en la que los fines se sumergen frente a conceptos ideológicos<sup>627</sup>. Esta falta de acuciosidad produce otro punto de conflicto en el sistema jurídico, en cuanto determina que el régimen de bien familiar sólo opera para el matrimonio, salvo norma expresa que confiera el derecho a otro régimen<sup>628</sup>. Esto último es lo que ocurre con el inciso final del artículo 15 del AUC para familia convivencial registrada.

Al mismo tiempo, este principio mantiene al margen de este derecho a las familias convivenciales de hecho, medida que a nuestro parecer resulta no sólo discriminatoria, sino también inconstitucional<sup>629</sup>. Esta discusión nos remite directamente al fin que tiene la institución de los bienes familiares. Si bien, del tenor de la norma contenida en el artículo 141 es posible interpretar con claridad que sólo protege a la familia matrimonial. Su inclusión

---

<sup>627</sup> El proyecto de AUC es el resultado de un diálogo, entre aquellos que buscaban mantener a distancia la figura del matrimonio, pero al mismo tiempo pretendían entregar una estructura al colectivo homosexual. Y, por otra parte, aquellos que considerando este factor intentaron rodear de similitudes el estatuto respecto al matrimonio, pero al mismo tiempo lo aplicaron a las parejas heterosexuales. El resultado un debate de logros y derrotas políticas, y de falta de coherencia y armonía en relación al sistema jurídico en general. Lo que se traduce en un fiel reflejo de un Derecho construido por no juristas.

<sup>628</sup> El inciso primero del artículo 141 del C.C. que regula los bienes familiares, indica: “*El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio*”.

<sup>629</sup> En este sentido, se han presentado a tramitación dos proyectos de Ley cuyo objeto es la modificación del artículo 141 del Código Civil. El Primero individualizado con el Boletín N° 3945-07 se encuentra archivado. Un segundo proyecto presentado recientemente individualizado con el Boletín 8456-18 que se encuentra actualmente en trámite.

en el estatuto del AUC pareciera revertir este sentido, pudiendo entonces deducir que su campo de protección se extiende a otros modelos de familia al margen del matrimonio.

Entonces, sería posible comprender que las estructuras familiares protegidas son los modelos formalizados. Si bien, esto es cierto en cuanto las dos estructuras familiares que gozan de esta facultad, tienen esta característica en común, sin embargo, consideramos que el silencio del legislador en esta materia, no permite deducir desde las bases del sistema jurídico una orientación de esta esta naturaleza, en contrario el sentido del sistema en general es la no discriminación en esta materia.

Este espacio de duda es una de las consecuencias de la falta de regulación integral del fenómeno de la convivencia al margen del matrimonio. Que tal como hemos indicado, mantuvo las uniones de hecho fuera del Derecho, poniendo una dificultad para la coherencia del sistema. De incorporar una regulación a esta forma de familia el legislador podría clarificar cual es el sentido que quiere darle al Derecho de familia, ya sea negando expresamente esta facultad atendiendo a la diferencia de compromiso u otros factores en cada modelo, o confiriéndole el mismo derecho luego de tener acreditado el cumplimiento de ciertos requisitos.

Por su parte, si el bien familiar se asocia como en otras legislaciones con la protección al interés superior del menor y su derecho fundamental a la vivienda<sup>630</sup>, resultaría necesario modificar el artículo que contiene la institución ampliándolo en esta dirección. En esta línea carecería de importancia las características de la estructura familiar, ya que lo duradera y estable de la comunidad de vida resulta irrelevante frente a la existencia de descendencia

---

<sup>630</sup> Este aspecto debe ser considerado en atención al criterio jurisprudencial que ha asentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta ha señalado que, si el derecho a la vida implica la existencia, entonces ésta se viola no sólo por acciones que impliquen quitar la vida a otra persona; el contenido de este derecho se viola también cuando no se crean las condiciones que posibiliten la existencia digna, por ejemplo, cuando las personas viven en un contexto social y familiar en el que esas condiciones no estén dadas. Así, el Estado no sólo viola el derecho a la vida cuando sus agentes salen a matar niños que viven en las calles, sino también cuando nada ha realizado para generar las condiciones para que esos niños puedan vivir y desarrollarse, en su contexto familiar o comunitario, con todos los recursos materiales y simbólicos necesarios. Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle [Villagrán Morales y otros] vs. Guatemala", Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N°63, párrs. 144 a 146.

común<sup>631</sup>. Esto debido a que el estado actual de la legislación no otorga al padre o madre de un menor nacido de una convivencia no formalizada la facultad de solicitar la declaración de bien familiar<sup>632</sup>. Permitiendo, deducir una discriminación entre la calidad hijos atendiendo al vínculo de los padres<sup>633</sup>.

En un sentido contrario, durante la tramitación legislativa del AUC el debate se desarrollará exclusivamente sobre la interrogante que planteaba su incorporación, no existiendo un análisis íntegro respecto a la manera adecuada de incorporarla para equilibrar debidamente todos los intereses en juego. De tal forma, que al decidir insertarla para la convivencia no es posible observar un estudio respecto a sus alcances y diferencias en relación al matrimonio. Por el contrario, al incorporarla simplemente se optó por aplicar en bloque el marco regulatorio que tenía para esta institución.

Por otro lado, resulta indispensable fortalecer la institución del bien familiar fijada en nuestro Código Civil mediante una actualización necesaria. Este aspecto ha debido ser suplido por la jurisprudencia nacional que en una serie de aspectos ha dado forma e interpretado el sentido de sus normas. Asimismo, la experiencia comparada, provee de un estándar que resulta

---

<sup>631</sup> Esta tendencia ha sido criticada, debido a que la protección del interés de los hijos menores establecida en el precepto, ha proveído muchas veces soluciones desproporcionadas, contra las que ha comenzado a reaccionarse por la vía jurisprudencial, buscándose una armonización más justa de los todos los intereses considerando la situación del cónyuge en cuya compañía no quedan los hijos menores de edad. De Verda y Behmonte, J., “La Atribución del Uso de la Vivienda Familiar en Casos de Divorcio en el Derecho Español: la Superación del Derecho Positivo por la Práctica Jurisprudencial”, en Actualidad Jurídica Iberoamericana, N° 3 bis, noviembre 2015, p. 14.

<sup>632</sup> Actualmente existe un proyecto en trámite legislativo cuyo propósito es justamente equilibrar la situación de los hijos menores nacidos al amparo de la sola convivencia, los cuales se encuentran en una situación desmejorada respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio, por cuanto, su padre o madre no dueño si puede solicitar la declaración a que hace referencia el actual artículo 141 del Código Civil. Exposición de Motivos del Proyecto Legislativo que incorpora el artículo 141 bis al Código Civil referido a los bienes familiares, Boletín 8456-18.

<sup>633</sup> Son contrario a esta opinión Domínguez, para quien la protección de los hijos no matrimoniales ya existe a través del derecho a alimentos. Indicando además que la institución exige la existencia de un cónyuge como señal de promover vínculos más estables y esta modificación implica privar de los escasos beneficios que tiene la calidad de cónyuge al día de hoy. Por su parte Lepin que una reforma en esta línea, resulta e innecesaria ya que el ordenamiento jurídico protege de igual forma a los niños, independientemente de si nacen de un matrimonio o de una relación de convivencia, proveyendo el sistema de las herramientas para que el juez pueda resolver en caso de conflicto. Dominguez, C. y Lepin, C. en “*Bienes familiares para los hijos no matrimoniales: no todos concuerdan*”, en el Mercurio Legal.

Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901373&Path=/0D/C0/>. [visitado 12/09/2018]

necesario tener presente para mejorar la eficacia de la norma. Debemos considerar que los bienes familiares en nuestro ordenamiento fueron establecidos exclusivamente para un sistema con estructura familiar única basada en el matrimonio, por tanto, como hemos indicado no considera las particularidades de cada modelo para dar sentido a la coexistencia de instituciones diferenciadas.

Desde que fue incorporada esta mediante la Ley N° 19.335 en el año 1994, la jurisprudencia nacional ha configurado esta institución mediante la interpretación de sus normas. Así por ejemplo, dentro de los elementos que han sido definidos podemos destacar que: a) los bienes sobre los cuales puede recaer la declaración pueden ser de uno o de ambos integrantes de la pareja<sup>634</sup>. Esta práctica ha llevado a que se incorpore dentro de la propuesta de modificación legislativa que está actualmente en trámite los bienes en copropiedad; b) la segregación de la familia no faculta a extinguir el derecho, en la medida que este siga estando ocupado por uno de ellos y los hijos comunes<sup>635</sup>; c) su procedencia en familias con o sin descendencia<sup>636</sup>.

En nuestro Derecho se ha reconocido que el fin de la institución es proveer y garantizar un hogar al núcleo familiar<sup>637</sup>. Sin embargo, este aspecto ha sido criticado como restringido, esto a partir de la experiencia que aporta el Derecho comparado donde la realidad como

---

<sup>634</sup> La Corte Suprema ha indicado: “*El instituto en estudio exige que el inmueble sirva de residencia principal de la familia y que sea de propiedad de cualquiera de los cónyuges. Así, si la ley no efectúa distinción alguna, no resulta al intérprete procedente hacerlo, reduciendo el campo de aplicación de la norma, debiendo entenderse entonces comprendidos en la hipótesis discutida tanto los inmuebles que pertenecen a cualquiera de los cónyuges como los que son comunes de éstos...*”. Sentencia de la Corte Suprema, en causa Rol N° 32972-2016, sobre Recurso de Casación en el Fondo de fecha 10 de noviembre, considerandos del 5° al 7°.

<sup>635</sup> Sentencia Corte Suprema, causa Rol: 11514-2015 sobre Recurso de Casación en el Fondo de fecha 4 de mayo del 2016.

<sup>636</sup> Así, la sentencia de la Corte Suprema estableció que para la declaración de bien familiar no es necesaria la existencia de hijos, entendiéndose que para ello basta la sola existencia de matrimonio y que la finalidad de este instituto es proteger al cónyuge no propietario de las eventuales enajenaciones o gravámenes que el dueño pueda hacer del bien que sirve de residencia principal a la familia. Sentencia de la Corte Suprema, causa Rol N° 2800-2003 de fecha de 31 de mayo de 2004.

<sup>637</sup> Se ha señalado que “*la finalidad que la institución de los bienes familiares representa, pues pretende asegurar a la familia mediante la subsistencia en su poder de bienes indispensables para su desarrollo y existencia, proporcionándole un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad, ejerciendo los roles y funciones que les correspondan, con el fin de evitar el desarraigo de la que ha sido su residencia principal*”. Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 12278-2018, sobre Recurso de Casación en el fondo del 20 de agosto del 2018.

demostraremos da cuenta que varias legislaciones extienden su propósito más allá, reconociéndole la capacidad de cubrir además la subsistencia del grupo familiar.

El ejercicio de establecer un estatuto para la familia convivencial podría haber incluido estos paradigmas, permitiendo ampliar los bienes que pueden constituirse como familiares. Un mecanismo eficaz para este objetivo consiste en conceder un derecho de usufructo sobre el inmueble que sirva de residencia principal y los muebles que lo guarnecen, siempre que el juez lo estime necesario conforme las demás condiciones. Si bien, estos aspectos han sido incluidos en la reforma en trámite pudo haberse acelerado su inclusión aprovechando la tramitación del estatuto.

Debemos recordar que tanto el derecho a la vivienda como la protección a la familia están situados en el espacio de protección de derechos fundamentales de las personas, siendo además consagrado como Derechos Humanos en diversos tratados internacionales, por tanto, constituyen un límite para el Estado y una obligación para los jueces en el ejercicio de jurisdicción. Es en esta relación normativa donde se justifica la necesidad de incorporar la protección de la vivienda donde reside la familia.

Paralelamente, desde la experiencia que se aprecia en el Derecho comparado es posible observar una serie de materias que se han sido sometidas a discusión respecto al alcance que debe contener la concesión de este derecho en las convivencias no matrimoniales<sup>638</sup>. En los sistemas más modernos, se observa una clara tendencia a fortalecer la institución de mayores garantías, lo que ha llevado a una segunda etapa que se extiende más allá de la mera protección del inmueble y los muebles que guarnecen el hogar<sup>639</sup>.

---

<sup>638</sup> No obstante, cabe destacar que uno de los asuntos mayormente tratados en la relación entre convivencia more uxorio y el inmueble familiar, se vincula acción de subrogación arrendaticia, cuestión que en nuestra realidad no ha sido tratada. Véase en este sentido: Gallego Domínguez, I., “Las uniones de hecho y la subrogación arrendaticia *mortis causa* en el Derecho italiano”, Revista Opinión y Derecho, 1994, pp. 201-206.

<sup>639</sup> En el caso de la legislación mexicana el patrimonio familiar es una institución de orden público e interés social regulada desde 1917 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Su objetivo principal es proteger económica y jurídicamente a la familia y a sus miembros con una casa habitación, una parcela cultivable y los bienes propios para tener una vida mejor con un valor máximo de \$150,000.00 dólares norteamericanos, siendo ese inmueble copropiedad en tantas partes alicuotas cuantos miembros haya en esa familia. Estos bienes son imprescriptibles, no gravables, no enajenables y su constitución se realiza a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria gratuita. Véase en este sentido: Guitrón, J., “La Vivienda y el

Por ejemplo, en relación a la vivienda familiar y la convivencia afectiva, se ha discutido respecto a las condiciones que debe reunir el vínculo para acceder a este derecho, teniendo presente que la simple disponibilidad para poner fin al pacto de manera unilateral puede conllevar acto de fraude ante la Ley. En cuanto se puede obtener un beneficio mayor a la extensión del vínculo, es por esto que no resulta extraño observar la fijación de un plazo máximo para sus efectos.

En el caso de las uniones convivenciales del Derecho argentino considerando que estas uniones tienen disponibilidad en cuanto a su término, se establece la obligación del juez de fijar un plazo de concesión el cual no puede exceder de dos años computados desde la fecha de cese de la convivencia. Esto sin perjuicio de que los convivientes puedan modificarlos, mediante la incorporación de un plazo diferente en los pactos que pueden celebrar para regular la relación<sup>640</sup>. Este plazo podrá ser prorrogado en la medida que las circunstancias así lo requieran, de tal manera un juez podría nuevamente decretar un plazo similar o inferior.

Al mismo tiempo, se concede este derecho a falta de acuerdo al respecto, así la vivienda que constituyó el último hogar familiar puede ser atribuida a uno de los convivientes siempre que cumpla con ciertos requisitos, entre estos: a) tener a su cargo el cuidado de hijos menores de edad o con discapacidad; b) acreditar la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata por parte del conviviente no propietario<sup>641</sup>.

A partir del reconocimiento al valor que representan los pactos en esta materia, la labor del Estado suele limitarse a fijar condiciones supletorias en forma de previsiones, frente a la ausencia de acuerdos. Estos normalmente se extienden a: a) fijar criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en función del régimen de custodia adoptado; b) en segundo

---

Patrimonio Familiar en México” en Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 247 - 266.

<sup>640</sup> No obstante, las partes no pueden pactar excluir esta figura de su relación, en cuanto esta se incorporará dentro de las materias que no resultan disponibles para voluntad de los convivientes. Como indicamos esto tiene como causa su vinculación con la protección de normas de Derechos Humanos.

<sup>641</sup> Respecto a este último supuesto, se ha sostenido que la situación debe ser “*de extrema gravedad y de allí deriva su carácter excepcional. Parece surgir de dicha exigencia que la única alternativa que se presenta al conviviente es requerir la atribución del uso, pues, de lo contrario, quedaría literalmente en la calle*”. Sambrizzi, E. , “Efectos del Cese de la Unión Convivencial” , en LA LEY, 17/10/2017, 1. Cita Online: AR/DOC/2651/2017



término, articular un sistema judicial de venta de la misma; c) regular el destino del ajuar familiar<sup>642</sup>.

Un elemento relevante a nuestro parecer para el fortalecimiento de esta figura, es situar la protección de la vivienda familiar como un derecho protegido imperativamente que no requiere declaración judicial para producir efectos. En el caso de la legislación chilena, su intento por alcanzar una garantía efectiva de estos derechos fundamentales, no alcanzó este grado de protección. Sin embargo, existe una norma excepcional que permite su consagración “*in limine litis*”<sup>643</sup>.

Su protección *ab initio* es la que garantiza de mejor manera el mandato que la constitución establece al Estado respecto a los derechos fundamentales que la institución protege, permitiendo que no existan intervalos de desprotección. En este camino, si bien, la nueva propuesta de permitir que la constitución de los bienes familiares pueda efectuarse de común acuerdo mediante escritura pública, o a través de un procedimiento sumario a instancia facilita su declaración, mantiene la posibilidad que la simple omisión de los convivientes ponga en riesgo un derecho básico. Entendemos que la intención de desjudicializar la gestión debe alcanzar mayores niveles de reconocimiento; asumiendo incluso el riesgo a la seguridad jurídica que implica debilitar la publicidad respecto de terceros debido los valores jurídicos que están comprometidos.

Como se ha resaltado en doctrina el instituto de los bienes familiares no sólo debe entrar en funcionamiento una vez sobrevenida la crisis familiar, sino debe cumplir con un fin preventivo propio del Derecho. Teniendo prevalencia durante el desarrollo de la convivencia familiar sin necesidad de esperar el período de crisis, “*pues se trata de una institución*”

---

<sup>642</sup> Un ejemplo lo encontramos en el artículo 81 del Código de Derecho Fóral Aragones, este en defecto de pacto de relaciones familiares o si éste no es aprobado por el Juez, corresponde a éste decidir esta cuestión conforme a estos preceptos.

<sup>643</sup> Así el artículo 141 del Código Civil chileno en su inciso tercero señala: Con todo, la sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. En su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia. El Conservador practicará la subscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal.

*encaminada a garantizar la estabilidad de la vivienda familiar y, en definitiva, la incolumidad del grupo familiar*”<sup>644</sup>.

Este paradigma ya ha sido incorporado en algunos sistemas jurídico, un ejemplo es el artículo 522 del Código Civil y Comercial argentino que al momento de consagrar esta institución para las uniones convivenciales, ha establecido una norma de naturaleza prohibitiva indicando que ninguno de los convivientes puede disponer de la vivienda, sin el consentimiento del otro, esto bajo sanción de nulidad que puede reclamar el conviviente no propietario en un plazo de seis meses. A falta de autorización el juez podrá autorizar si estima que el interés familiar no está comprometido.

Otro ejemplo, lo encontramos en la regulación especial de esta institución para las uniones convivenciales incorporado en el Libro II del Código Civil de Cataluña, donde a partir de la distinción entre los fines del matrimonio y de las uniones estables de pareja, se establece una regulación diferenciada de la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar tras el cese de la convivencia de la pareja<sup>645</sup>. Así, mientras para la pareja estable el objetivo principal es proteger los hijos comunes, asociando este aspecto en la jurisprudencia como una expresión de protección del interés superior del menor<sup>646</sup>, en el matrimonio su fin se amplía también al interés del cónyuge más débil, aspecto que es prácticamente ignorado en la convivencia no matrimonial<sup>647</sup>.

---

<sup>644</sup> Para Lathrop el nuevo Proyecto facilita la constitución del bien familiar, en cuanto si los cónyuges están de acuerdo con la gestión, los notarios públicos de turno y conservadores correspondientes, deberán proporcionar a los solicitantes la respectiva escritura pública, y practicar las subinscripciones. Lathrop, F., “Modificaciones en Materia de Bienes Familiares”, en *Leyes y Sentencias*, cita online: CL/DOC/1339/2009.

<sup>645</sup> Así el artículo 234-8 del Código Civil de Cataluña señala: “...*A falta de pacto o si éste no es aprobado, si los convivientes tienen hijos comunes, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta las siguientes reglas:*

*a) Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure ésta.*

*b) Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad.*

*En todo caso, la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando ésta pertenece en todo o en parte al miembro de la pareja no beneficiario se tiene en cuenta para la fijación de los alimentos a los hijos y la prestación alimenticia que eventualmente merite el otro miembro de la pareja”.*

<sup>646</sup> Ver a modo de ejemplo, entre otras SSTs de 29 marzo 2011, SSTs de 10 octubre 2011, STSS de 31 mayo 2012 y, STSS de 15 marzo 2013.

<sup>647</sup> Solé nos indica que, a falta de pacto, si no hay hijos comunes no procederá en ningún caso atribuir al conviviente no titular el uso de la vivienda, cosa que sí podría ocurrir con el cónyuge no titular. Éste es el motivo principal que explica las diferencias entre los arts. 234-8 y 233-20 del Código Civil. El primero, relativo a la convivencia en pareja estable, omite todos los aspectos de protección en esta materia mientras que el segundo

Consideramos, que esto responde a una medida acertada ya que el establecimiento de una estructura adecuada es un elemento coadyuvante para el cumplimiento de los fines que justifican la elaboración de toda norma jurídica. Esto resulta relevante cuando se comprometen derechos fundamentales en diversas direcciones y, por tanto, se debe necesariamente jerarquizar en la protección de derechos que entran en pugna. Recordemos, que si bien esta institución protege los derechos que fortalecen a la familia; desde otra mirada también restringe otros derechos fundamentales, como lo es el derecho del conviviente propietario e incluso su propio derecho a una vida digna.

Frente a esto se ha discutido el derecho a una indemnización compensatoria al propietario de la vivienda que resulta privado de su uso. Esto no resulta simple de definir y dependerá de una serie de factores que deberá tener presente el juez para resolver. Para este alcance se deberá considerar la situación general respecto al levantamiento de las cargas familiares y sus circunstancias. La regulación de esta variable está invisibilizada en nuestro sistema, debiendo cada juez transitar por la interpretación de una serie de elementos tácitos para su correcta aplicación. La incorporación de una norma expresa pareciera un método acertado para facilitar el ejercicio jurisdiccional de estos asuntos<sup>648</sup>.

Su establecimiento otorga al juez mayores herramientas para resolver cada asunto conforme sus circunstancias, pudiendo incluso denegar este derecho. Así ocurrirá, en caso que la atribución del uso de la vivienda tenga como causa el hecho de tener uno de los convivientes a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad, dicha circunstancia podría llegar a condicionar su monto pudiendo incluso a no fijar renta alguna. Esto también podría ocurrir en el supuesto de haberse atribuido el uso de la vivienda cuando el conviviente haya acreditado una extrema necesidad, puesto que la precariedad de la situación posiblemente llevaría a que el juez no fijara renta alguna.

---

ofrece al cónyuge no titular de la vivienda familiar que no tiene atribuida la guarda de los hijos. Solé, J., “La regulación de la convivencia estable en pareja en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, en Actualidad Civil, N° 13-14, 2012., p.8

<sup>648</sup> El artículo 526 del Código Civil y Comercial en su inciso quinto señala: “...*A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral...*”

Otro elemento interesante en materia de vivienda familiar, consiste en dotar al juez de la facultad de poder acordar la venta judicialmente de la vivienda cuando concurren ciertos elementos. Un ejemplo, se encuentra en el artículo 81.4 del Código Foral Aragonés, este establece como precedentes la concurrencia de los siguientes factores para este ejercicio: a) que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores; b) que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares como para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos.

Esta facultad sólo opera en caso de que el bien declarado como bien familiar pertenezca en copropiedad a ambos cónyuges. Lo cual permite adoptar una solución que sitúa el interés del menor y la necesidad de sobrevivencia de la pareja por sobre el derecho de disposición que provee el derecho de propiedad. En este caso, una vez dictada la sentencia que pone término al matrimonio, un juez podrá sin esperar la liquidación del régimen conyugal, acordar la venta del inmueble para garantizar el bienestar de la familia<sup>649</sup>.

No cabe duda, que en nuestra realidad resulta complejo una medida de esta naturaleza en cuanto exista una clara orientación patrimonial de todo el sistema<sup>650</sup>. A esto podemos agregar la existencia de una posición histórica, que no reconoce en los bienes familiares un patrimonio independiente y distinto de aquellos que existen al tiempo de su constitución<sup>651</sup>.

---

<sup>649</sup> Por ejemplo, un tribunal acuerda la inmediata venta de la vivienda familiar, dada la circunstancia que cambio de trabajo y residencia por parte de aquélla con sus hijos a una localidad distinta a aquella donde radica la vivienda familiar. SAP de Zaragoza N° 352 de 7 julio 2015. En otro caso, se acuerda la custodia compartida y deniega el uso de la vivienda familiar a ambos progenitores, para, en su lugar, autorizar su venta, en atención a los importantes gravámenes que soportan ambos y, en especial la madre custodia, quien, por añadidura, no necesita la vivienda familiar, al disponer de otra heredada de su hermana, el pago de cuya hipoteca ha sido asumido por sus padres SAP de Zaragoza N° 156 de 31 marzo 2015.

<sup>650</sup> Indica Cordero que el espíritu de nuestra legislación respecto al derecho de propiedad esta fuertemente influenciado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 16 de agosto de 1789. Así, tanto en el ámbito político, a través de liberalismo, como en el plano jurídico, con las corrientes racionalistas, se construye un derecho a base y en función del individuo, dotado de poderes por el orden jurídico, bajo la forma de derechos subjetivos. De esta forma, la propiedad aparece como un derecho subjetivo, liberado de toda atadura y estrechamente vinculado a la libertad personal. Cordero, E., “La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno”, Revista de Derecho (Universidad Austral), Vol. 1, 2006, pp. 4-5.

<sup>651</sup> Señala Figueroa, que los bienes familiares no constituyen un patrimonio debido a que adolecen de la naturaleza de universalidad jurídica, en cuanto no reconocen un pasivo exclusivo que pueda hacerse efectivo sobre el activo que lo compone. Resalta, que si bien, puede identificarse los bienes que lo integran no es posible asignar a esos bienes obligaciones que puedan cobrarse exclusivamente en los mismos. Figueroa, G., *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 728.

Esta medida resulta útil en aquellos patrimonios donde los bienes son escasos, favoreciendo la reconstitución de un nuevo proyecto familiar para ambos integrantes de la pareja. En términos prácticos el resultado no es diferente a liquidar cualquier comunidad de bienes, pero tiene la ventaja de agilizar el proceso en miras a atender prontamente las necesidades del grupo, sin necesidad de esperar el fin del proceso de liquidación. Esta herramienta no ha sido considerada pese a que se busca incorporar como bien afectable el inmueble en copropiedad de la pareja.

Como es posible observar el devenir de la institución del bien familiar da cuenta de ciertos aspectos que van de la mano con la evolución que el Derecho de familia ha experimentado en el último tiempo. Al analizar nuestra realidad resalta la necesidad de poder incorporar estos cambios los cuales en conjunto fortalecen las garantías para el desarrollo de la familia y permiten al Estado cumplir con los fines encomendados.

Esta orientación establece que la satisfacción de los derechos de familia se impone por sobre otros derechos como el de propiedad, según nuestro parecer esto refleja una jerarquización adecuada de los valores que impregnan el orden social. Lo que se traduce en que la vida y la familia, son la base para la existencia de todos los demás derechos. Esto tiene materialidad en cuanto el artículo N°1 de nuestra Constitución se inicia señalando que la familia es el núcleo de nuestra sociedad. De manera que, el ordenamiento jurídico asigna valores a distintos bienes que protege, frente a un conflicto entre la protección de los intereses que estos bienes representan, el Derecho debe comparar los valores en pugna y proteger a aquel que le parezca más importante. Luego, conminará a los otros intereses a no alterar este orden bajo amenaza de sanción.

En particular respecto a la regulación de la convivencia y la vivienda familiar, es posible resumir su ocupación en el Derecho moderno en dos modalidades. Primero, el establecimiento de una regulación particular y diferenciada para su inserción en el estatuto de la convivencia no matrimonial. Segundo, una regulación común para todo tipo de convivencia familiar sea matrimonial o no. No obstante, en ambos casos se perciben un

tratamiento específico conforme sus propias características, permitiendo la coherencia que justifica la coexistencia de modelos diferentes para regular la familia.

Nuestro modelo está a medio camino entre estas dos opciones. En el estatuto AUC no existe un debido desarrollo ni se reconocen diferencias entre ambas estructuras para este fin. Esto tampoco ha sido incorporado a las nuevas propuestas legislativas, aspecto relevante atendiendo la remisión que el estatuto realiza al régimen general. A esto se agrega, la falta de inclusión en general de un reconocimiento eficaz de la autonomía de la voluntad que favorezca la libre determinación y, con ello la existencia de una solución acorde a las propias proyecciones que cada grupo quiera conferirle a su proyecto de vida. En definitiva, la discusión política – valórica sumergió el uso de una técnica legislativa coherente tanto con el sistema jurídico en general, como con el Derecho de familia vigente en nuestros tiempos.

## CAPÍTULO CUARTO

### RESPECTO A LA EXTINCIÓN DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

#### 4.1. LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN INCORPORADAS AL ESTATUTO DE ACUERDO DE UNIÓN CIVIL.

Uno de los aspectos que distingue cualquier intento de regulación orgánica de la convivencia no matrimonial, respecto de otras estructuras familiares reconocidas en el Derecho descansa en el tratamiento de las formas de extinguir el vínculo. Resulta característico de estos estatutos la consagración de la causal de término por desición unilateral de uno de los convivientes. Su inclusión tiene una alta significancia en el devenir del Derecho de familia, ya que materializa dos ideas propias de la modernidad, esto es la autonomía de la voluntad y la familia como un espacio privado de las personas.

Este factor resulta estructural e impregna el sentido de toda la regulación, alcanzando incluso a aquellas normas que no tienen que ver directamente con su disolución<sup>652</sup>. Consideramos, que la libertad de elección entre el matrimonio y el AUC, no sería sólo entre casarse y permanecer soltero, sino más concretamente entre constituir familia con libre disponibilidad de ruptura u otras en las que ésta decisión involucra el visto bueno del poder público<sup>653</sup>. Como hemos justificado previamente, a esto alude a nuestro parecer el uso del concepto de unión libre para la convivencia regulada.

Este factor otorga suficiencia para postular que no existiría identidad plena con el matrimonio, porque en las uniones no matrimoniales se mantiene por cada uno la facultad de

---

<sup>652</sup> Este factor se exhibe como central en el argumento que alude a que ambas figuras no pueden ser consideradas como supuestos o realidades equivalentes, y por tanto no resultarían aplicables analógicamente a las uniones de hecho las normas específicamente establecidas para el matrimonio. Así lo ha señalado, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo español de 22 de julio de 1993.

<sup>653</sup> Para Lacruz esta forma de convivencia se caracteriza por ir acompañada del ánimo de no casarse y, esto se motiva entre otras cosas por facilitar la disolución del consorcio cuando cesa la voluntad de convivencia y con ello se evitan todas las consecuencias económicas que trae consigo el proceso de divorcio. Lacruz, J. et alii., “*Elementos de Derecho Civil IV...*”, cit., pp. 288 - 289.

romperlas libremente en cualquier momento y con efecto inmediato. Mientras en el matrimonio se contrae un compromiso con libertad altamente restringida, donde las personas entregan a un tercero la facultad de influir en su determinación a lo menos en este contexto. En definitiva, es en el uso de su propia autonomía que trasladan el espacio familiar a un espacio más público.

En las uniones libres existiendo la misma comunidad a partir de su libre disponibilidad, se consagra una zona de mayor autodeterminación, aspecto que deberá reflejarse en toda su estructura. No obstante, siendo un compromiso jurídicamente vinculante cualquier estatuto debiera configurarse a partir del reconocimiento de este factor. Esto en ningún caso, debe involucrar un abandono de los deberes del Estado de proteger a la familia que descansa en su constitución. Este es el desafío que corresponde despejar al legislador, ya que como hemos indicado, la restricción de esta libertad no es un elemento a disposición del Estado, involucrando el respeto por derechos fundamentales de la persona<sup>654</sup>.

La propuesta sobre el cese de la convivencia del estatuto de AUC, se encuentra contenida en el Título VI, *Del Término Del Acuerdo de Unión Civil*, su regulación en lo sustancial será incluida en los artículos 26 y 28, que indican lo siguiente: *Artículo 26.- El acuerdo de unión civil terminará: a) Por muerte natural de uno de los convivientes civiles. b) Por muerte presunta de uno de los convivientes civiles, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la ley N° 19.947, sobre matrimonio civil. Terminará también por la comprobación judicial de la muerte de uno de los convivientes civiles efectuada por el juez del último domicilio que el difunto haya tenido en Chile, en los términos prescritos en los artículos 95 y 96 del Código Civil. c) Por el matrimonio de los convivientes civiles entre sí, cuando proceda. d) Por mutuo acuerdo de los convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil. e) Por voluntad unilateral de uno de los*

---

<sup>654</sup> Debemos matizar esta opinión a partir de la realidad de algunos ordenamientos en que la libre disponibilidad se ha incorporado como un principio general para todas las estructuras familiares. Es el caso del ordenamiento jurídico español, donde a partir de la Ley 15/2005 de 8 de Julio de 2005, se puede solicitar tanto el divorcio como la separación judicial una vez hayan pasado 3 meses desde la celebración del matrimonio, sin necesidad de solicitar previamente la separación para obtener el divorcio, ni alegar causa alguna. Gavidia Sánchez, J., “*La unión libre: ...*”, cit., pp.4- 14.



*convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil.*

*En cualquiera de estos casos, deberá notificarse al otro conviviente civil, mediante gestión voluntaria ante el tribunal con competencia en materias de familia, en la que podrá comparecer personalmente. La notificación deberá practicarse por medio de receptor judicial, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la subinscripción de la referida escritura o acta, al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil, efectuada en el registro especial que establece el artículo 6°.*

*La falta de notificación no afectará el término del acuerdo de unión civil, pero hará responsable al contratante negligente de los perjuicios que la ignorancia de dicho término pueda ocasionar al otro contratante. Quedará relevado de esta obligación si el miembro de la pareja a quien debe notificarse se encuentra desaparecido, o se ignora su paradero o ha dejado de estar en comunicación con los suyos. En todo caso, no podrá alegarse ignorancia transcurridos tres meses de efectuada la subinscripción a que se refiere el inciso precedente.*

*f) Por declaración judicial de nulidad del acuerdo. La sentencia ejecutoriada en que se declare la nulidad del acuerdo de unión civil deberá subinscribirse al margen de la inscripción a que se hace mención en el artículo 6° y no será oponible a terceros sino desde que esta subinscripción se verifique.*

*El acuerdo que no reúna los requisitos establecidos en los artículos 7°, 8° y 9° de esta ley es nulo.*

*La acción de nulidad corresponderá a cualquiera de los presuntos convivientes civiles y sólo podrá ejercitarse mientras ambos vivan, salvo en las excepciones contempladas en los incisos siguientes.*

*Cuando el acuerdo haya sido celebrado por una persona menor de dieciocho años, la acción de nulidad sólo podrá ser intentada por ella o por sus ascendientes. En este caso, la acción de nulidad prescribirá al expirar el término de un año desde que el menor hubiese alcanzado la mayoría de edad.*

*Será también nulo el acuerdo celebrado mediante fuerza ejercida en contra de uno o de ambos contrayentes o cuando se ha incurrido en un error acerca de la identidad de la persona con la que se contrata, caso en el cual la acción sólo podrá ser intentada por el*

*afectado, dentro del plazo de un año contado desde que cese la fuerza o desde la celebración del acuerdo, en caso de error.*

*La muerte de uno de los convivientes civiles extingue la acción de nulidad, salvo cuando el acuerdo de unión civil haya sido celebrado en artículo de muerte, o que la causal que funde la acción sea la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto o de otro acuerdo de unión civil vigente, casos en que la acción podrá ser intentada por los herederos del difunto dentro del plazo de un año contado desde el fallecimiento.*

*La acción de nulidad fundada en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto o de otro acuerdo de unión civil vigente corresponderá, también, al cónyuge o al conviviente civil anterior o a sus herederos.*

*Produciéndose la muerte de uno de los convivientes civiles después de notificada la demanda de nulidad, podrá el tribunal seguir conociendo de la acción y dictar sentencia definitiva sobre el fondo del asunto.*

*El término del acuerdo de unión civil por las causales señaladas en las letras d) y e) producirá efectos desde que la respectiva escritura pública o el acta otorgada ante el oficial del Registro Civil, según corresponda, se anote al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil en el registro especial a que se hace mención en el artículo 6°.*

**Artículo 28.-** *El término del acuerdo de unión civil pondrá fin a todas las obligaciones y derechos cuya titularidad y ejercicio deriven de la vigencia del contrato.*

Es posible resumir las causales de terminación fijadas en el estatuto en tres bloques: a) por muerte natural o presunta de algún integrante de la pareja; b) por la voluntad unilateral o conjunta de ambos convivientes. En el acto unilateral el legislador optó por complementar la norma, requiriendo notificación al otro en caso del acto unilateral, para ambas situaciones se solicita de inscripción al margen del registro inicial; c) por sentencia judicial en que se declare la nulidad por omisión de los requisitos de capacidad o ausencias de solemnidades, la cual deberá ser inscrita respectivamente.

Como reflexión general, es posible sostener que el estatuto opera bajo la lógica del modelo formal de regulación que impregna toda su estructura. En este sentido, *ad initio* se asume que

no basta la simple convivencia para la aplicación de las reglas; esta idea se reitera al término exigiendo una doble formalidad, esto es escritura pública e inscripción en registro especial. De esta manera, no resulta suficiente la simple desición de cese por los convivientes, salvo para aquellas causales como la muerte y el matrimonio posterior, que por su naturaleza llevan implícita otras formalidades.

Este modelo obedece al axioma jurídico de que las cosas se deshacen como se hacen, si bien, trae consigo la garantía de la seguridad y la certeza jurídica, trae aparejado un problema de extensión en su control propio de fenómenos de naturaleza fáctica como la materia en estudio. A esto nos referimos en su oportunidad antes respecto a que los efectos se asignan en base a su término formal y no al cese real de la convivencia, pudiendo seguir produciendo efectos uniones que en la realidad no existen.

Planteado de esta forma, el estatuto permite que existan uniones reguladas sin convivencia y convivencias efectivas no sometidas a regulación. No cabe duda, que esto afecta el nivel de eficacia de la norma, en el segundo caso más que en el primero. Frente a esta situación, con la finalidad de ajustar la norma a la realidad, algunos ordenamientos han incorporado dentro de las causales de terminación el simple cese de la convivencia sin mayores requisitos. Esto implica que en ausencia de la convivencia el vínculo desaparece inmediatamente, para esto será indispensable incorporar cláusulas que den cuenta que las interrupciones por razones fundadas, como las motivadas en razones laborales o de salud no afectan su vigencia<sup>655</sup>.

La incorporación de esta causal por cese efectivo de la convivencia durante un determinado plazo, lleva implícito el reconocimiento esencial de un factor subjetivo como es la “*affectio*”, entendido como la intención positiva de permanecer juntos por parte de los convivientes. Este elemento subjetivo constituye la base sobre la que se asienta este modelo familiar, siendo esta afectividad esencial para distinguir la convivencia de otras uniones. La inexistencia de

---

<sup>655</sup> En esta situación se encuentran el Código Civil y Comercial argentino artículo 523, letra g. Este señala: “*por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común*”.

este elemento altera el escenario propuesto en la norma, en cuanto la relación no puede proyectarse en el contexto familiar<sup>656</sup>.

La propuesta actual tiende a acercar estas uniones al matrimonio donde la simple desaparición de la “*affectio maritalis*”, no extingue el estatuto regulador, sino que debe seguirse un procedimiento formal para su término<sup>657</sup>. De otra manera, las uniones reguladas seguirán existiendo jurídicamente; no obstante en la realidad hayan cesado su vida en común<sup>658</sup>. No cabe duda, que esta es una consecuencia de la constitución también formal que requiere la existencia del acuerdo, por lo que cualquier modificación también debiera recaer necesariamente en la forma inicial de constitución.

Una de las causales de término que se establece es el matrimonio posterior celebrado por uno de los convivientes, sobre esto nos referimos al tratar al impedimento de ligamen anterior no disuelto. En resumen, señalamos que esto encuentra su justificación en la seguridad jurídica que tiende a evitar la confusión entre ambos estatutos. En esta materia la Ley subordina y privilegia la figura matrimonial por sobre el AUC, en cuanto permite que el matrimonio celebrado entre los propios convivientes, extinga de pleno derecho un acuerdo celebrado válidamente. Esta situación, sin embargo no se admite en sentido contrario, ni tampoco permite que un pacto extinga de esta manera a otro pacto previo<sup>659</sup>.

Tal como desarrollamos latamente, consideramos que esta situación privilegiada de la figura matrimonial no tiene un origen que se fundamente en las bases del sistema jurídico. Por esto, no sólo resulta poco armonioso con las exigencias de trato igualitario entre todos los modelos, sino que a nuestro parecer incluso infringe las bases del ordenamiento. Tampoco contribuye a la búsqueda de certeza jurídica tendiente a evitar confusiones<sup>660</sup>. En tanto, podrá existir un

---

<sup>656</sup> Así se puede observar en las comunidades autónomas españolas, en las cuales se ha establecido la causal de cese de la convivencia o suspensión de hecho de la vida en común como vía de extinción siempre que esto ocurra en determinados plazos cuyos criterios varían, por ejemplo: Navarra (un año), Valencia (tres meses), Madrid (seis meses), Cataluña (no establece plazo), Aragón (superior a un año).

<sup>657</sup> Canteros, F., “Uniones de Hecho...”, cit., p.298.

<sup>658</sup> Martínez De Aguirre, C., “*Notas Críticas sobre la Ley Relativa...*”, cit., p.24.

<sup>659</sup> Sobre esta materia recordemos que, en la comunidad autónoma de Cataluña, la ley 10/1998 del 15 de julio permitía para las uniones heterosexuales celebrar un nuevo pacto, no obstante, existiera uno vigente, no estableciendo impedimentos al respecto. Ezquerro, J. et alii., “*Las Uniones de Hecho...*”, cit., p.70.

<sup>660</sup> De La Maza, I., “*Caridad a regañadientes ...*”, cit., p.5.

matrimonio en el papel, mientras en forma simultánea exista una familia de hecho que se conforma como una familia vigente, respecto a la cual el Derecho tiene un deber de protección.

Esta materia representa una dificultad en cuanto el matrimonio únicamente se disuelve mediante causales formales, generalmente asociadas a un procedimiento y una sentencia por parte de un tribunal (con la salvedad de la muerte natural). Sin embargo, el desequilibrio se produce al no asignarle efectos a esta nueva unión, la cual reúne las características propias de una unión juridificable. La noción de nuestro legislador respecto a que no pueden existir dos estructuras familiares simultáneamente, ha quedado atrás, esto en base a la claridad que indica que resulta prioritario la protección de todas las familias, por sobre la presunta claridad legislativa<sup>661</sup>.

Un caso ejemplarizador lo conforma la Ley 18.246 de Uniones Concubinarias promulgada el 2008 en Uruguay, esta ha establecido un estatuto en el cual se reconoce efectos a las uniones de hecho, aún cuando exista un matrimonio previo de uno de los convivientes. Esto permite equiparar ambas instituciones, mejorando la eficacia de la norma en la medida que alcanza a todas las uniones familiares sin distinción. En definitiva, evita una vuelta atrás con el problema que se pretende resolver, estableciendo soluciones en todos los rincones.

Esto necesariamente conlleva tener algunas consideraciones, primero este sólo procede en el modelo factual donde se asigna imperativamente un estatuto bajo ciertas condiciones, luego se debe asumir una posición respecto a la distribución de derechos que se asignará a cada uno de los vínculos, en cuanto siempre existirá sobreposición de sujetos respecto de los mismos derechos. Por ejemplo, en el caso uruguayo el artículo 11 de la Ley, reconoce derechos sucesorios tanto a la viuda como al conviviente supérstite, integrándolas a ambas en la misma parte y en proporción a los años de convivencia.

---

<sup>661</sup> Esto representa una serie de dificultades no sólo en el aspecto estructural sino también en relación con el ordenamiento en general. Por ejemplo, respecto al estado civil a que de lugar esta unión de hecho, la regla general es que los individuos sólo pueden tener un estado en relación al acto que lo funda. Sin embargo, estos aspectos pueden atenuarse manteniendo la distancia entre las diversas estructuras. En este sentido, si bien, la convivencia juridificada genera el estado de conviviente civil, esto no necesariamente debe ocurrir en las simples uniones de hecho.

En el estatuto del AUC el término por voluntad de los convivientes, ha sido reforzado de varias formalidades para efectos de su publicidad, exigiéndose escritura pública, inscripción y notificación por carta notarial. El requerimiento de estos actos representa un elemento conveniente para efectos de la seguridad jurídica, pero genera los conflictos de vacío legal y eficacia de la norma a los que hemos aludido.

Dentro de estos factores, el requerimiento de notificación tendrá un valor solamente simbólico no influyendo en la disolución, produciendo exclusivamente consecuencias respecto de la responsabilidad del conviviente negligente, la cual se extingue transcurridos tres meses. Esta última medida se observa como una reconsideración del elemento afectivo al que nos referimos anteriormente, en cuanto frente a la ausencia de notificación la Ley asume que durante este período no ha existido convivencia, por tanto, se extinguen todos los derechos y responsabilidades asociados al pacto.

En la propuesta inicial la notificación del cese del pacto unilateral estaba entregada a la competencia de los notarios públicos, manteniendo la totalidad de las formalidades a distancia de la actividad jurisdiccional. Este aspecto será criticado por algún sector de la doctrina aludiendo a la efectividad de este tipo de notificación propuesta y la falta de control judicial al finalizar el pacto<sup>662</sup>. Esto se manifestará durante su tramitación parlamentaria al trasladarse dicho trámite a los tribunales de familia.

En esta perspectiva, se reconocen dos posiciones: a) aquella que privilegia la seguridad por sobre la libertad individual; esta promueve la noción de un control jurídico mediante la presencia de los tribunales y el ejercicio de la jurisdicción b) una segunda mirada, que privilegia el carácter privado de las relaciones familiares, esta evita reprimir la libertad de los convivientes presente en estas uniones, respetando con ello garantías fundamentales. Así se fijan las relaciones familiares en el ámbito particular, donde los tribunales solo se reservan para la resolución de los conflictos relevantes, acudiendo a la intervención de otras entidades.

---

<sup>662</sup> Se sostiene que termino unilateral tiene que someterse a un procedimiento que garantice al menos notificación efectiva del otro contrayente y control judicial de las condiciones en que se lo termina. Bascuñán, A., “¿El acuerdo de Vida...”, cit., p. 4.

Este aspecto abre un nuevo espacio de discusión. En lo sustancial, si bien, el establecimiento de las causales no difiere de la propuesta inicial con que se envió el proyecto a su tramitación. Dentro de los pocos cambios que se observan, la mayoría de estos se vinculan a cuestiones procedimentales. En esta línea, por ejemplo, se incorporará una de las pocas cuestiones que involucran actuaciones de los tribunales de familia, asociada al conocimiento del acto de terminación<sup>663</sup>.

Este cambio según nuestro parecer no se ajusta a las tendencias que regulan los actos de familia en la actualidad, respondiendo más a una tradición que a una razón de utilidad. El paradigma que involucra ampliar los espacios de autonomía de las personas en el ámbito privado, ha implicado en general distanciar cada día más los actos que se desarrollen en este contexto del control del Estado. Esto se desprende de la lógica que indica que estas instituciones están asociadas al control de la jurisdicción y uso de *imperium* en su toma de decisiones<sup>664</sup>. Lo anterior, ha llevado a que exista un aumento progresivo en el traslado de competencias a entidades como los notarios públicos u otros estamentos, vinculados por su naturaleza al desarrollo de actos privados.

Por lo demás, al analizar la naturaleza de las actuaciones transferidas a la tutela jurisdiccional, estas no tienen un carácter controversial, sino simplemente se trata de aspectos que requieren la garantía de la fé pública propia del notariado, consistente en hacer constar el conocimiento de un acto a un tercero. En términos globales este es el espacio donde sitúa el Derecho a los contratos, que como sabemos es la naturaleza concedida al acuerdo de unión civil. Siguiendo, el principio general de Derecho de que lo principal sigue la suerte de lo accesorio, si la

---

<sup>663</sup> Indicaba el antiguo artículo 6 letra e de la propuesta de Acuerdo de Vida en Pareja lo siguiente: “e. Por voluntad unilateral de uno de los contratantes, la que deberá constar por escritura pública y anotarse al margen de la escritura pública a la que hace mención el artículo 3º, si existiere.

*Copia de dicha escritura deberá enviarse al otro contratante por carta certificada notarial, dentro del plazo de 10 días hábiles contado desde su otorgamiento. El no envío de la carta no afectará el término del Acuerdo de Vida en Pareja, pero hará responsable al contratante negligente de los perjuicios que la ignorancia de dicho término pueda ocasionar al otro contratante. En todo caso, no podrá alegarse ignorancia transcurrido tres meses de efectuada la anotación marginal en el registro especial”.*

<sup>664</sup> Entre los sistemas jurídicos que han asumido esta posición se encuentran Cuba, Colombia, Ecuador, Brasil y Perú y México. En Europa Portugal, Italia y España que recién lo ha incorporado en el año 2015 por medio de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015. Vease en mayor profundidad: Acuña, M, “Algunas Complejidades del Divorcio ante Notario” en sección Actualidad Jurídica del Mercurio Legal, 15 de febrero del 2016.

decisión de terminar el vínculo no ha sido radicada en los tribunales, resulta innecesario que una cuestión menor si se ubique en esta esfera.

Otros factores de economía procesal relevan la necesidad de atenuar la carga que en la actualidad tienen los tribunales de familia. Esto incluso ha sido motivo de reformas legislativas tendientes a ajustar la extensa competencia que tiene esta magistratura. Esto en ningún caso implicará excluir la totalidad de los asuntos a que de lugar el AUC, ni menos llevarlo a la competencia de un tribunal distinto, por la naturaleza de familia detrás del acuerdo. Sin embargo, esto debiese estar reservado para asuntos que tengan un sentido controversial y de relevancia.

En este sentido, debemos recordar que la propuesta inicial del entonces denominado Acuerdo de Vida en Pareja, abrió espacios amplios de discusión para definir tanto las competencias como los procedimientos asociados a los conflictos en la convivencia no matrimonial regulada. El proyecto original siguiendo la opinión de la Excelentísima Corte Suprema establecía que el conocimiento de los conflictos que suscitará el acuerdo se radicaba en los Juzgados de Letras en lo Civil<sup>665</sup>.

Los Juzgados de Letras son tribunales cuya competencia consiste en la resolución de asuntos principalmente patrimonial. Estos constituyen la base inferior de la estructura jerárquica piramidal de los tribunales de justicia chilenos, su competencia se extiende a todos aquellos negocios que la ley no haya entregado especialmente a otro tribunal. Dentro de las materias que están dentro de su competencia encontramos: asuntos civiles, comerciales, causas de minas, actos no contenciosos, de las causas del trabajo y de familia cuyo conocimiento no corresponda a los Juzgados de Letras del Trabajo, de Cobranza Laboral y Previsional o de Familia, respectivamente y de los demás asuntos que la ley les encomiende<sup>666</sup>.

---

<sup>665</sup> Mediante oficio N° 140 de fecha 13 de septiembre del año 2011 la Corte Suprema de Chile, al informar este proyecto de ley, sugirió que se otorgara competencia para conocer de las controversias de esta naturaleza al juez de letras en lo civil. Veasé también Oficios N° 272, de 1 de diciembre de 2009, N° 89, de 5 de julio de 2010, y N° 105, de 4 de agosto de 2010.

<sup>666</sup> Casarino, M., *Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Orgánico)*, Tomo I sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 82 – 83.



Dentro del proceso de modernización que ha enfrentado la justicia chilena en los últimos años, esta se ha ido especializando en cada una de las materias. Lo anterior, ha llevado a que actualmente la competencia de los Jueces de Letras se encuentra dedicada exclusivamente a asuntos de orden patrimonial, salvo alguna excepción. De esta manera los asuntos situados dentro de su competencia excluyen las materias de carácter familiar, las cuales han sido asumidas por los nuevos Tribunales de Familia<sup>667</sup>.

Estos fundamentos sumados al contexto jurídico en el que encontraba su justificación el proyecto de ley, planteaban las primeras contradicciones frente a su propuesta<sup>668</sup>. En cuanto, reconociendo el carácter de familia a los grupos que suscriban dicho pacto, no se entrega la competencia para el conocimiento de los litigios que surjan de dicha relación al tribunal especializado en materia de familia sino a un tribunal de competencia común<sup>669</sup>.

Durante la tramitación del proyecto de ley que creaba los tribunales de familia se discutió respecto de la idoneidad de los tribunales civiles para conocer de los asuntos de familia, incluso en el mismo mensaje del proyecto se señalaba: "*Los conflictos de naturaleza familiar suelen poseer una naturaleza más bien sistémica. Respecto de ellos, las nociones habituales del derecho privado, como la culpa o las técnicas de responsabilidad, resultan inadecuadas*"<sup>670</sup>.

---

<sup>667</sup> Informe sobre Observaciones al Proyecto de Ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Este fue redactado bajo la dirección de Marcela Ruiz Calderón y Sebastián del Pino Rubio, coordinadores de la comisión de legislación de Fundación Iguales y visado por los académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesores Mauricio Tapia y Pablo Cornejo. Dentro de las aportaciones se manifiesta que la vocación por los asuntos extrafamiliares de los tribunales de letras se ve corroborada en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, cuya tramitación se ha iniciado ya en abril de este año, y que contempla una serie de reformas necesarias para la modernización de la justicia civil, donde las relaciones afectivo-jurídicas no tienen cabida.

<sup>668</sup> En el mensaje se señala que el proyecto de ley encuentra su justificación en el "*deber del Estado de dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta*".

<sup>669</sup> De La Maza, I., "*Caridad a regañadientes...*", cit., p. 5. Quien se pregunta *¿de qué manera, exactamente, una regla de competencia como ésta contribuye a la protección de las familias que provengan de los AVP?* Justifica que del análisis del Mensaje con que se envía el proyecto de ley que creó los Tribunales de Familia, se observan diversas razones que fundamentan las insuficiencias de la judicatura común para enfrentar problemas típicamente familiares.

<sup>670</sup> Mensaje N° 81-336 con que se envía al congreso el proyecto de ley que crea los tribunales de familia.

Dentro de la historia fidedigna de la ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia, se establecieron diversas razones para crear una justicia especializada, entre estas podemos destacar: a) la especialización y la posibilidad de conocer en forma sistémica de todas las materias que puedan afectar a las familias, de manera que aquellas que se encuentran en conflicto no deban iniciar varios procedimientos distintos incluso ante tribunales diversos para resolver los asuntos que los involucran; b) la incorporación de diversas instancias para llegar a soluciones cooperativas. Privilegiando, las vías no controversiales de resolución de conflictos como la mediación y la conciliación- apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar. Reconociendo que, el procedimiento adversarial, hasta ahora predominante en nuestro ordenamiento, resulta inadecuado para resolver los conflictos familiares, c) el carácter interdisciplinario de su jurisdicción para tratar el conflicto en su integralidad, considerando los múltiples aspectos involucrados, a fin de ofrecerles soluciones también integrales<sup>671</sup>; d) debemos agregar la intervención, directa o indirecta, de niños en él<sup>672</sup>.

Todos estos elementos se encuentran incorporados dentro de los elementos que conforman la realidad de cualquier estructura familiar. En el caso particular, del AUC, esto permitirá que en la discusión del proyecto rápidamente este aspecto resulte modificado, situando la resolución de los conflictos en la competencia de los tribunales de familia. Sin embargo, consideramos que los reforzamientos de medidas acertadas para la resolución de los conflictos propios de naturaleza familiar resultan indebidamente aminorados.

Dentro de las características que presenta el conflicto familiar que justifican medidas especiales, podemos destacar: a) la posición de las partes, en cuanto deberán mantener el vínculo luego del juicio, ya que siguen teniendo obligaciones recíprocas y en algunas ocasiones mantienen su vínculo jurídico; b) la naturaleza afectiva - emotiva de las relaciones familiares; c) la presencia de hijos comunes o de uno solo de los miembros de la pareja; e) estas relaciones no siempre son simétricas, existiendo miembros de la familia que pueden

---

<sup>671</sup> Historia de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo\\_norma=XXI&nro\\_ley=19968&anio=2013](http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=19968&anio=2013) [Visitado 03/10/2018]

<sup>672</sup> Turner, S. "Los Tribunales de Familia". Publicado en revista Ius et Praxis, 2002, vol.8, n.2, pp. 413-443.

encontrarse en una situación de inferioridad respecto de otros, lo cual también debe generar ciertos deberes de protección al más débil.

Una posición doctrinal diferente postula la posibilidad de establecer competencias diferenciadas conforme a la naturaleza de la acción en que se incurran, descartando la competencia exclusiva y excluyente de los tribunales de familia. Señala que de esta manera se alza la competencia objetiva especializada y se prefiere una acertada distribución de los asuntos que surgen de las uniones de hecho en periodo de crisis<sup>673</sup>.

Para esta distribución se han postulado diversos criterios. Así, serán competencias del tribunal de familia las acciones relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos para los descendientes y otras asignadas por ley, las restantes como la petición de indemnizaciones u otras de carácter patrimonial deberían atribuirse a los Juzgados de Primera Instancia<sup>674</sup>. Para este argumento se sostiene que para unificar las competencias se debe tener presente la existencia de hijos y la edad de estos<sup>675</sup>.

---

<sup>673</sup> Señala que se deben analizar las posibles reclamaciones entre compañeros al momento de la extinción de la pareja de hecho, así se podrá acudir al juicio declarativo ordinario (art. 249.2 LEC) para aquel tipo de pretensiones donde el interés económico no sea susceptible de cálculo: el uso y disfrute del domicilio que fuera familiar de la pareja. En cambio si se reclama una indemnización o compensación al otro se determinara por la cuantía, para los conflictos sobre la vivienda familiar vuelve a aparecer la justificación pública o intervencionista, bajo el amparo de la protección familiar. Yáñez, R., “Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el Ordenamiento Jurídico balear”, publicado en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 722, pp. 2609 – 2684.

<sup>674</sup> Sobre esta materia ver: De Frutos, F., “*Uniones no matrimoniales. Procedimiento a seguir si existe acuerdo*”, publicado en Revista Jurídica La Ley, núm. 4.118, 1996. En un sentido parecido Bascuñan a propósito del proyecto de ley de AVP, postula que los tribunales competentes debiesen ser los que correspondan conforme a los principios generales del sistema según las características del conflicto y las acciones respectivas: tribunales arbitrales en materias de arbitraje forzoso, tribunales de familia en materias que correspondan a las señaladas por el artículo 8º de la ley Nº 19.968 y juez de letras subsidiariamente. Bascuñán, A., “*¿El acuerdo de Vida en Pareja: ...*”, cit., p.4.

<sup>675</sup> Se destaca como precedente una reunión celebrada en el mes de octubre de 1993, en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, con participación de Jueces de Familia de Madrid, representante del Ministerio Fiscal, un abogado y un representante de la Asociación Española de Abogados de Familia, a fin de unificar criterios con relación al trámite procedimental a seguir en cuanto a las separaciones de las uniones de hecho en que se acordó que los Juzgados de Familia conocerían de la ruptura de estas parejas cuando existieran hijos menores. Magro, V., “*¿Parejas de hecho o de derecho? (Sobre la proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil que se está tramitando en el Parlamento)*”, publicado en Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-67, tomo 1, p. 4.

Sin embargo, esta posición parece no ser aceptada mayoritariamente, indicando que la necesidad de integrar los procedimientos judiciales que afecten a las parejas de hecho, con o sin hijos, en los procesos de familia es difícilmente discutible. En este sentido destaca la Proposición de Ley 122/000014 (BOCG de 23 de abril de 2004) presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para proceder a la creación de la jurisdicción de familia, que incluye entre las cuestiones atribuidas al nuevo

La doctrina crítica con esta posición sostiene que el proceso debe ser un instrumento que permita a los ciudadanos obtener la tutela judicial de sus derechos y en el Derecho de Familia, de forma especial, por la propia naturaleza de los conflictos que en dicha sede se propician, esto permite no solo dar solución a los problemas que se susciten, sino establecer mecanismos “*que sirvan a la pacificación del conflicto familiar y promuevan soluciones más satisfactorias para los miembros integrantes de la familia*”<sup>676</sup>.

De esta manera, una regulación procesal poco clara, propicia todo lo contrario, en tanto insta a distintos procedimientos para satisfacer sus pretensiones, fomentando de esta manera que se incremente la litigiosidad, se aumente tanto el costo de los procesos como su impacto emocional para las partes, todo lo cual influirá negativamente, reflejándose en la calidad de las resoluciones judiciales y en definitiva en la administración de justicia.

En esta misma línea, algunas de las críticas que se realizan a la idoneidad de los juzgados de letras como órganos competentes para conocer asuntos de familia se sustentan en que la naturaleza de los procedimientos que se tramitan ante estos tribunales, privilegian el litigio por sobre el acuerdo porque se trata, en último término, de defender derechos individuales afectados, relegando a un segundo plano el interés de la familia como unidad. De esta manera se reducen las posibilidades de que tomen los litigantes intervengan con sus propias decisiones, las cuales serán ahora reemplazadas por la sentencia del Juez. Por ello que dentro de los procedimientos que se tramitan ante los Tribunales de Familia se trata de favorecer la intermediación entre las partes y los jueces, estableciendo procedimientos en los que primarán

---

“orden de familia” el conocimiento de los procesos que versen “[...] sobre las consecuencias de la ruptura de las uniones de hecho, con o sin hijos”. García Rubio, M, “*Las Uniones en España*”, cit., p.124.

<sup>676</sup> Se ha señalado que la ley catalana ha reducido a dos los procedimientos para ventilar las pretensiones que ejercitan los miembros de una unión de hecho en el momento de la ruptura, el juicio verbal especial de familia para ventilar las pretensiones relativas a los hijos menores y mayores de edad, en sentido amplio y el juicio ordinario para ventilar las pretensiones de contenido económico entre convivientes. De la misma manera señala como dato que en las Conclusiones del I Encuentro Nacional de Jueces y Abogados de Familia, celebrado en Barcelona, en noviembre de 2003 (EDO 2004/1449) se recogió como conclusión número 28 la que sigue: “se acuerda instar de los poderes públicos para que se regulen las parejas de hecho a nivel del Estado. La competencia objetiva de los Juzgados de Familia se deberá ampliar a las cuestiones derivadas de la ruptura de estas uniones, con o sin hijos, tramitándose los procesos por los mismos cauces, provisionales y definitivos, de las rupturas matrimoniales”. Viñas, D., “Uniones Estables de Pareja, Regulación procesal y uso del domicilio”, publicado en Revista In Dret, Revista para el análisis del Derecho, 1/2007, Barcelona, pp. 2-18.

los principios de la intermediación, de la oficialidad y la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes.

Asociado a este tema, se encuentra la definición de las vías procedimentales para resolver los conflictos que se producen al concluir la relación. En la conclusión del matrimonio la Ley establece un proceso especial íntegramente reglado de principio a fin. Este se encuentra asociado a los procesos de separación, divorcio y nulidad, los cuales se hallan confeccionados conforme a medios adecuados para el contexto familiar. Así, el proceso dispone de instancias de conciliación judicial, de la obligación de presentar acuerdos frente a determinadas causales, finalmente la resolución judicial como instancia de clausura. Estos medios no se limitan sólo a ponerle fin al vínculo, sino que además permite adoptar diversas decisiones respecto a la liquidación del régimen económico matrimonial, indemnizaciones entre cónyuges incluso respecto de los hijos.

Por el contrario, en el caso del AUC la norma sólo se limita a establecer causales de terminación, la asignación de algunos derechos que corresponderá a cada uno de los convivientes, sin necesidad *a priori* de solicitar un pronunciamiento judicial que establezca que su relación se ha extinguido. En términos simples, no precisan un acto de autoridad para la disolución, favoreciendo la libre determinación de los individuos en el campo afectivo personal. Cuestión distinta es que los interesados recaben voluntariamente la intervención judicial, para cuestiones minoritaria como la notificación al otro, o bien, para que se fijen las medidas aplicables a su nueva situación de no convivencia, lo último sólo será necesario únicamente en caso de conflictos.

Esta realidad resulta coincidente con el principio general que establece el predominio de la libertad individual, para quienes conforman esta forma de convivencia. De esta manera, se prefiere la disolución voluntaria e independiente, sin expresión de causas ni otros elementos<sup>677</sup>. Si bien, estas uniones presuponen una convivencia con rasgos de estabilidad y permanencia, la libertad de ruptura la convierte en una situación potencialmente inestable,

---

<sup>677</sup> Mesa, C., “*Las Uniones de Hecho...*”, cit., p. 221; De la misma manera Lacruz, J., “*Elementos de Derecho Civil IV...*”, cit., p. 295.

elemento asumido voluntariamente como un riesgo inherente a la forma de organizar la vida que han escogido<sup>678</sup>.

Esto se encuentra asociado a otro de los elementos que marcaron posiciones diferentes durante su tramitación, esto es la decisión de requerir en caso de terminación por mutuo acuerdo la presentación de un acuerdo completo y suficiente para regular sus relaciones mutuas y con respecto a los hijos comunes semejante al del divorcio<sup>679</sup>. Este aspecto será rechazado, cuestión que tiene una doble lectura, primero, se manifiesta como expresión en la línea del estatuto, respecto a la poca acogida que tiene en general la autonomía de la voluntad. Desde la otra mirada, es coherente con la búsqueda de un distanciamiento del régimen matrimonial, considerando además la existencia de un régimen legal de separación de bienes (aún cuando esto no necesariamente mantiene al margen un proceso de liquidación de bienes), y la existencia de obligaciones reguladas al margen respecto de los hijos<sup>680</sup>.

Estimamos que el requerimiento del acuerdo para regular las relaciones mutuas, resulta una herramienta eficaz en el caso de aquellas uniones con descendencia común, su principal utilidad reside en que se evita la judicialización de estos asuntos, facilitando que se resuelva el asunto dentro de la órbita privada. Al mismo tiempo, evita la sobrecarga en nuestros tribunales en asuntos que competen exclusivamente al núcleo familiar. En contra, algunos

---

<sup>678</sup> Rodríguez Guitián, A., “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, publicado en Revista de Derecho Patrimonial, N°10, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 65 a 94.

<sup>679</sup> Esto fue sugerido por la cámara revisora, pero finalmente no será incorporado en el texto definitivo, así se señalaba: “Respecto de este punto, quiero hacer referencia a un tema que no fue resuelto por la comisión -pido excusas por ello y respecto del cual en su momento se pedirá la unanimidad para incorporar una indicación que, desde el punto de vista de sus autores, soluciona un tema que es fundamental resolver. Es necesaria la unanimidad de la Sala para incorporar una indicación en cuanto a que el tribunal de familia que haya practicado la notificación a que he hecho referencia del acta o escritura, deberá, además, regular las relaciones con respecto a los hijos comunes en la forma prevista en el artículo 23 de la ley N° 19.947. Esto se refiere, fundamentalmente, al derecho de alimentos. A nuestro juicio, es una omisión que la Sala debe corregir”. Veasé en Historia de la tramitación de la Ley, Discusión en la cámara revisora, pp. 6-7.

<sup>680</sup> Esto es lo que en el Derecho español se denomina el contenido mínimo u obligatorio del convenio regulador, es decir, se trata de aquellas materias que se deben regular en forma obligatoria. Veasé en este sentido: Cordero Cutillas, I., *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Editorial Aranzandi, Navarra, 2004.

ordenamientos jurídicos interpretan que cuando hay hijos menores siempre se requiere judicializar dicho procedimiento<sup>681</sup>.

Sin embargo, consideramos acertada la circunstancia de no incorporarla como un requisito *per se* cuando no existen hijos, ya que en este caso se transforma en un obstáculo para la libre disolución del vínculo, teniendo en consideración que la línea del AUC es en general la independencia económica. Consideramos que esto podría complementarse, incorporando este requerimiento únicamente cuando los convivientes hubieren pactado el régimen de comunidad de bienes.

En definitiva, resulta coherente que no se aplique a quienes no contrajeron matrimonio un procedimiento previsto para encauzar la pretensión de cese o extinción de la relación matrimonial. Sin embargo, se debe resaltar que estos procesos no tienen como única pretensión la declaración de separación o divorcio, sino una pluralidad de pretensiones de muy distinta naturaleza. En nuestro sistema estas pretensiones no poseen precisamente carácter accesorio, muchas veces resultando el *quid* de estos procesos, siendo en la práctica, esta respuesta judicial sobre las medidas aplicables a los hijos y a las otras pretensiones sobre el futuro lo que adquiere más importancia para las partes.

Respecto de esta materia, cobra valor los acuerdos o pactos celebrados por los convivientes, en cuanto permiten suplir la ausencia de un futuro proceso judicial en un espacio de autodeterminación. Esto representa beneficios tanto en lo puramente controversial como desde la perspectiva de la economía procesal, esto en la medida que aliviana la carga de los tribunales. Además, cobra mayor valor al considerar que las uniones en el AUC, precisan

---

<sup>681</sup> Por ejemplo, en la comunidad de Cataluña tratándose de materias que afecten a menores resulta indispensable la aprobación judicial. Esto se ha interpretado como un control de respeto por el orden público familiar que incorpora dentro sus ámbitos el interés superior del menor, conformándose esta aprobación como un requisito de eficacia para dicho instrumento. En este sentido, señala el artículo 233.2 del Código Civil de Cataluña que: “*Si los cónyuges tienen hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependen de ellos, deben presentar el convenio a la autoridad judicial para que sea aprobado. También deben hacerlo, en todo caso, si se trata de un convenio regulador de las consecuencias de la nulidad del matrimonio*”.

para su terminación como único requisito material la simple voluntad de uno de los convivientes, sin necesidad de recurrir para su eficacia a otras instancias.

Lamentablemente, como hemos reiterado en el estatuto del AUC, no se estableció un reconocimiento real de la autonomía de la voluntad, por tanto, los convivientes deberán iniciar distintos procedimientos para resolver los asuntos que genera la ruptura de la pareja. Este aspecto permite ampliar la discusión respecto a cuál es el mejor momento para resolver estos asuntos y liquidar los aspectos patrimoniales entre convivientes, la respuesta tránsito entre aquellos que promueven la inmediatez y otros que aceptan que esto se desarrolle con posterioridad al término.

Cabe destacar que, si bien, los conflictos que surgen posterior a la ruptura son similares en todas las estructuras familiares, las maneras de resolverlos no resultan necesariamente coincidentes. En el caso del AUC, no obstante haberse seguido una estructura muy cercana al matrimonio, con la incorporación de instituciones como la compensación económica o los bienes familiares, los conductos establecidos para regular los conflictos que surjan en esta etapa serán completamente diferentes.

En este sentido, si bien, no compartimos la posición que sugiere la equiparación de cauces procesales entre las parejas casadas y las no matrimoniales para ejercitar sus pretensiones que se derivan de su ruptura<sup>682</sup>. Tampoco consideramos adecuado el silencio sobre la materia que contiene el AUC, el cual no se encuentra acorde a los paradigmas actuales que regulan los procesos de familia.

Nuestra propuesta sugiere su complementación, mediante la exigibilidad de un acuerdo completo y suficiente únicamente cuando de dicho vínculo existieren hijos en común, o cuando sin este requisito se hubiere pactado el régimen de comunidad de bienes entre los convivientes. En este último caso, incluso pudiese exigirse de manera simultánea a la

---

<sup>682</sup> Moreno- Torres, concluye que las diferencias establecidas entre las leyes deben ser eliminadas en cuanto no se justifica dicha diferenciación entre uno y otro estatuto. Moreno-Torres Herrera, M. “*La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho*”, en Indret Revista para el análisis del Derecho, N°4, 2015, p. 33.



declaración de voluntad que modifica el régimen legal, quedando en el espacio de aquello que la doctrina denomina como pactos previos entre convivientes<sup>683</sup>.

Una de las grandes ventajas de acudir a estos acuerdos que anteceden al conflicto, consiste justamente en la disposición de la pareja para alcanzar conciliaciones equilibradas. Entre las materias que es posible desarrollar en estos acuerdos previos, es posible incluir todos los aspectos conflictivos propios de las relaciones familiares, tales como la indemnización compensatoria u otras indemnizaciones que pudieran incorporar; incluso el contenido del convenio regulador que se aplicará en caso de ruptura matrimonial, todo con independencia de cualquier control judicial. Respecto a esto último, consideramos que el control judicial no resulta necesario que se realice siempre al momento de celebración, por el contrario, este puede realizarse en cualquier momento a solicitud de uno de los convivientes para resguardar que el acuerdo no sea contrario a la moral, las leyes o el orden público, ni ser contrario al interés superior del menor.

En contrario, nuestro legislador ha optado por un camino muy distinto, así en términos generales la disolución del AUC pondrá fin a una serie de derechos y deberes que tienen como fuente la vigencia del vínculo. Esta regla de clausura fue incorporada en el artículo 28, indicando que el fin del acuerdo de unión civil pondrá fin a todas las obligaciones cuya titularidad y ejercicio deriven de la vigencia del contrato. Esta norma clarifica el sentido de los efectos y sirve como preventiva en caso de vacíos legales. No obstante, destacar que esto emana de una ficción legal que se proyecta a futuro, debido a que el legislador no considera la voluntad de los propios afectados, como tampoco responde a una perspectiva de realidad, espacio donde los conflictos generalmente tienen continuidad.

---

<sup>683</sup> Indica García Rubio que la existencia de estos pactos genera argumentos a favor y en contra. Dentro de la posición que defiende su inclusión se destaca que a través de ellos la pareja enfrenta de manera realista su relación e imponen sus propios intereses y aspiraciones los cuales pueden no coincidir con los intereses del legislador. En contra, se destaca la condición de desigualdad económica incluso psicológica en la que se encuentran las partes al momento de su negociación, instancia en la generalmente la mujer se ubica en una posición más débil. García Rubio, M. Acuerdos prematrimoniales. “De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de Familia”, Segona ponència les relacions econòmiques en la crisi familiar, XIII Jornades de Dret Català A Tossa, p.1.

Finalmente, esta extinción del AUC es condición necesaria para el surgimiento de otros derechos como la compensación económica y los derechos sucesorios en su caso. Ambos espacios, se sitúan en la actualidad como instituciones generales del Derecho de familia, en cuanto se encuentran presente en todas las estructuras familiares acogidas en nuestro sistema. La decisión del legislador de incorporarlas en bloque desde la institución matrimonial al estatuto del AUC, representa aciertos y desventuras las cuales desarrollaremos a continuación por separado.

#### **4.2. LA INSERCIÓN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y EL PROBLEMA DE SU AUSENCIA EN LAS UNIONES LIBRES NO JURIDIFICADAS.**

Uno de los problemas que plantean las uniones de hecho, en relación con la libertad que tienen los miembros de la pareja para poner término unilateralmente a la convivencia, tiene relación con la situación patrimonial de los convivientes al momento de la ruptura y la admisibilidad de alguna modalidad indemnizatoria al momento del término. En este sentido, es posible plantearse ¿si el conviviente en una unión no juridificada que ha sufrido un desequilibrio económico producto de la relación, debiera tener acceso a alguna forma de compensación?<sup>684</sup>.

La interrogante resulta pertinente debido al contraste de factores que influyen en la búsqueda de una respuesta coherente con el planteamiento actual de nuestro ordenamiento jurídico. Entre los factores que debemos tener presente, a lo menos identificamos los siguientes: a) la naturaleza jurídica de esta institución en nuestro Derecho; b) la respuesta de la jurisprudencia en forma previa a la regulación orgánica de la convivencia no matrimonial; c) la regulación de la compensación económica en el estatuto del AUC para la unión juridificada y; d) la influencia del AUC en la situación de vacío legal en la que se encuentran las uniones de hecho.

---

<sup>684</sup> Según Lacruz esta tiene lugar, cuando con ocasión de una ruptura intempestiva, es decir, aquella que deja a un conviviente que no ha dado causa para ello en estado de necesidad, habiéndose consagrado exclusivamente al hogar y al cuidado integral de los hijos, sacrificando con ello sus ingresos y su formación personal, por el hecho de esa ruptura se genera un daño cuyo responsable es quien abandona el hogar común. Lacruz, J., et alii., “*Elementos de Derecho Civil...*”, cit., p.303.

La doctrina ha formulado diversas posiciones sobre esta materia, en todas ellas es posible observar la conjugación de derechos subjetivos fundamentales de la persona para plantear una respuesta armónica con el sistema jurídico. Dentro de estos derechos, dos generan un contrapunto elemental; por un lado, el derecho a formar familia en un plano de igualdad entre todas las expresiones familiares; en el otro, el derecho a la libertad individual, asociado al derecho a mantenerse soltero y no establecer trabas a la libre desición de concluir el vínculo.

Parte de la doctrina postula que el factor de libertad presente en estas uniones, excluiría toda posibilidad de derecho a indemnización con ocasión de dicha ruptura, en cuanto son los propios convivientes quienes han optado por mantenerse al margen de todo estatuto que otorgue el beneficio de esta compensación. En esto se manifestaría el derecho a elección entre todas las estructuras familiares que el ordenamiento pone a disposición, como también del derecho a elegir entre a estar soltero o casado<sup>685</sup>.

Otro sector doctrinal ve en la compensación económica u otras indemnizaciones compensatorias un punto en común con el matrimonio, en cuanto detrás de esta figura se encuentra el propósito de proteger a la familia. Este argumento promueve la fuerza expansiva de la norma, lo que permitirá la aplicación por analogía entre las diferentes figuras como instituciones comprendidas dentro del Derecho de Familia<sup>686</sup>. Así, se indica que la compensación económica es una obligación de origen legal y de contenido patrimonial, la cual se sustenta en el principio de solidaridad familiar para reparar las consecuencias económicas de la ruptura<sup>687</sup>.

En contrario, se destacan como los argumentos más relevantes para eludir esta solución que su aplicación comporta inevitablemente una sanción a la libre ruptura de la pareja, elemento esencial en las uniones libres. De manera, que su inclusión se constituye a la vez como una

---

<sup>685</sup> Ver los autores citados en Mesa, C., “*Las Uniones de hecho...*”, cit., p. 203. En este sentido ver: Gavidia, J., “Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales”, publicado en Diario La Ley, N° 6512, Sección Doctrina, 26 junio, 2006.

<sup>686</sup> Martínez Gallego, E., “*Compensación patrimonial por ruptura de uniones de hecho*”, publicado en Actualidad Civil, N° 20, Sección Informe de Jurisprudencia, Quincena del 16 al 30 nov. 2007, tomo 2, Editorial LA LEY, p. 5.

<sup>687</sup> Vidal Olivares, A., “*La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial*”, publicado en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, segundo semestre 2008, p. 289.

sanción al integrante de la pareja que no desea su continuidad, imponiendo una obligación frente a la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación<sup>688</sup>.

En aquellos sistemas que han permitido la posibilidad de pactar los términos en que se desarrolla la convivencia conforme al principio de autonomía de la voluntad, se admite que se pueda incorporar la procedencia de algún tipo de compensación a favor del conviviente económicamente más débil, e incluso con mayor conflicto se ha acogido la renuncia anticipada de dicha compensación<sup>689</sup>. Mientras en otros ordenamientos se ha legislado directamente sobre la materia, estableciendo el derecho a compensación económica o pensiones para el mantenimiento del otro conviviente<sup>690</sup>.

Nuestro sistema ha optado por incorporar expresamente este derecho para las uniones no matrimoniales juridificadas, su inserción en el estatuto del AUC se realiza en el artículo 27, este señala lo siguiente: “*Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los convivientes civiles no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del acuerdo de unión civil, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el término del acuerdo por las causales señaladas en las letras d), e) y f) del artículo precedente, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.*”

*Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los artículos 62 a 66 de la ley N° 19.947.*

*Con todo, si el acuerdo terminare por aplicación de lo previsto en la letra e) del artículo 26 de esta ley, la notificación de la terminación unilateral deberá contener mención de la*

---

<sup>688</sup> Sobre esta materia Gavidia señala que si la exclusión de la libre ruptura es el principio clave organizador de la institución matrimonial, ya que es lo que permite apreciar la creación de un auténtico vínculo jurídico, consistente en el deber de constituir y continuar una comunidad de vida como la indicada, la consecuencia no puede ser otra que la inaplicabilidad por analogía a las uniones libres de cualquier norma específica del matrimonio, sin excepciones, por no existir identidad de razón, aunque puedan existir lagunas, menos aun cuando se trate de normas que prevean compensaciones o indemnizaciones para el caso de rupturas matrimoniales. Gavidia, J., “*Enriquecimiento injusto entre convivientes...*”, cit., p.3.

<sup>689</sup> Este sistema ha sido seguido en el Código Civil y Comercial argentino artículo 524; en el mismo sentido, los artículos 233.16, 231.20 y 234.5 del Código Civil de Cataluña. También en gran parte de las comunidades autónomas españolas que han legislado sobre la materia.

<sup>690</sup> Esta situación es posible observarla en Francia, Italia, Canadá, Australia.

*existencia de este derecho, así como la constancia de la fecha en la que fue subinscrita la terminación. En este caso, la compensación económica podrá demandarse ante el tribunal de familia competente, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de subinscripción de la terminación del acuerdo de unión civil en el registro a que hace referencia el artículo 6°”.*

En términos generales existe una remisión en bloque a la figura de la compensación económica establecida en la institución matrimonial, algunas salvedades marcan un breve espacio de diferenciación, casi meramente simbólico en general se trata de la misma institucionalidad. El único elemento distintivo consiste en la reducción de los plazos para su reclamación el cual se fija en seis meses contados desde la terminación del vínculo; mientras que para el matrimonio no existe esta restricción, estando únicamente limitado a su requerimiento en una instancia procesal dentro del juicio de divorcio.

Debemos destacar que esta discusión cobra un valor especial en el caso del AUC, en cuanto el legislador no ha incorporado al estatuto otra forma de pensión o contribución económica, optándose por adoptar un camino diferente al existente en la institución matrimonial<sup>691</sup>. Recordemos que en el matrimonio existe la posibilidad de solicitar ayuda económica mediante dos instituciones, una indemnización por conceptos de alimentos a favor del conyúge durante el matrimonio y una indemnización compensatoria al momento de su conclusión. Mientras en el AUC la compensación económica se conforma como la única manera de indemnizar los desequilibrios económicos derivados de la convivencia.

Esto marca un camino distinto respecto de otros ordenamientos, en los que se incorporan distintas indemnizaciones, distinguiendo entre aquello que se ha denominado como “pensión periódica” o “prestación alimentaria”, que opera en favor de uno de los convivientes cuando la necesita para su sustentación, y el estado de necesidad en el que se halla deriva

---

<sup>691</sup> Dentro de la discusión parlamentaria el profesor de la Universidad de Chile manifestó su opinión favorable por establecer el derecho de socorro que en nuestro Derecho se traduce en el derecho a una pensión alimenticia. En este sentido, resaltaba que, al reconocerse la naturaleza de institución familiar al acuerdo, no es posible que el derecho no reconozca este deber personal de connotación patrimonial. En Informe Legislativo que contiene la Historia de la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, con fecha 26 de junio del 2018.

precisamente, directa o indirectamente, de la propia existencia de la convivencia por cuya causa se ha visto minorada la capacidad del solicitante de obtener ingresos, o cuando existen hijos comunes que quedan a su cargo en circunstancias en que se reduce su capacidad de obtener ingresos. Esta se caracteriza en la mayoría de los casos, por su temporalidad limitada, estableciéndose además supuestos especiales de pérdida de este derecho<sup>692</sup>.

Paralelamente, se regula la compensación económica por razón del trabajo prestado a favor de aquel de los convivientes que ha trabajado, vigente la unión, para el hogar común o para el otro conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, en el caso que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre los patrimonios<sup>693</sup>.

La incorporación de la compensación económica en el ordenamiento jurídico chileno, tiene su origen en la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 del año 2004, esta inserta por primera vez una figura compensatoria a propósito del establecimiento del divorcio por voluntad unilateral de los cónyuges. En esta institución su finalidad será aminorar las consecuencias económicas adversas que traía consigo la extinción del estatuto protector del matrimonio para los cónyuges, en especial la pérdida del derecho de alimentos para su subsistencia<sup>694</sup>.

---

<sup>692</sup> Una circunstancia que implica la pérdida es, por ejemplo, cuando quien la percibe contrae matrimonio o convive maritalmente con otra persona, y cuando por cualquier motivo cesa la atención a los hijos o estos llegan a la mayoría de edad o son emancipados (art. 234-10 CCCat; art. 5.4 y 6 Ley Navarra; y arts. 9.1 y 10 Ley Islas Baleares. No establece un término máximo la ley del País Vasco (art. 6.2). Las leyes de Asturias, Madrid, Extremadura, Andalucía, Cantabria y Canarias, en cambio, no reconocen, a falta de pacto, este efecto de la extinción de la relación.

<sup>693</sup> Respecto a la compensación económica, esta aparece incorporada en las siguientes normas (art. 234-9 CCCat; art. 5.5 Ley Navarra; art. 9.2. Ley Islas Baleares; art. 9 Ley cántabra; y art. 310.1 Ley Aragón). Las leyes del Principado de Asturias, de las Comunidades de Madrid, Extremadura, Andalucía y Canarias, tampoco reconocen, a falta de pacto, el derecho a la compensación económica por razón del trabajo prestado. Ambas prestaciones son compatibles, aunque se advierte que la reclamación habrá de hacerse conjuntamente para que se puedan ponderar adecuadamente. Veasé para mayor profundidad: Solé, J., *Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 2013 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013. La constitucionalidad de las leyes autonómicas reguladoras de las uniones de hecho*”, en *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, dir. Martínez Vazquez de Castro, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 212 – 213.

<sup>694</sup> Corral, H., “*Adaptación de la responsabilidad civil en los procesos de familia. la experiencia chilena de la "compensación económica" en caso de nulidad matrimonial y divorcio*”, publicado en revista *Ars Boni et Aequi* 4, 02/01/2008, pp. 81-90.

Desde la perspectiva de la propuesta contenida en el AUC, debemos destacar que nuestro ordenamiento ha optado por una posición intermedia, ya que, no obstante haberse incorporado expresamente este derecho, se mantiene la situación de incerteza jurídica respecto a las uniones no formalizadas respecto a las cuales la situación no ha variado. En el caso de estas uniones la situación actual es de vacío legal, por tanto, los tribunales deberán resolver acudiendo a diversas alternativas asociadas a la integración del Derecho y con ello a la situación de variabilidad de criterios.

Frente a esta situación de laguna legal, cobra sentido definir la naturaleza y el fundamento de la compensación económica en nuestro Derecho. Una vez definidos estos aspectos, será posible determinar su contexto jurídico para luego proceder a integrar y aplicarla conforme el sentido de integración de nuestro sistema jurídico. Esto además permitirá la posibilidad de que sea compatible o no con otras prestaciones económicas, cuestión analizada al estudiar los deberes personales en el AUC<sup>695</sup>.

Para determinar dicha naturaleza jurídica hay que prestar especial atención a los requisitos que se establecen para el nacimiento de la compensación. A partir de esto, es posible reconocer en todas las propuestas normativas una relación entre los elementos de enriquecimiento injusto y desigualdad patrimonial. Respecto a esta materia existen diversas posiciones, las cuales es posible reducirlas a las siguientes posiciones: a) se postula que su justificación dogmática se encuentra en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa<sup>696</sup>; b) se le reconoce un carácter indemnizatorio o reparatorio, es decir, una naturaleza compensatoria de la inequidad patrimonial al momento de la ruptura; y c) otros la acercan a

---

<sup>695</sup> Por ello, para dar una acertada respuesta a esta cuestión y que nos sirva a estos fines, no basta desentrañar su naturaleza jurídica, sino que es necesario adentrarnos también en su fundamento. Parece de más advertir que la naturaleza jurídica de una institución no es lo mismo que su fundamento. Tales aspectos están en relación, pues el fundamento de un determinado derecho generalmente determina su naturaleza, pero ello no permite confundirlos. Mientras la naturaleza jurídica apunta a saber qué es una determinada institución, a qué género pertenece, el fundamento implica preguntarse su razón o motivo principal. Severín, G., "*Lo mejor de tu vida me lo he llevado yo*". *Revisión y propuesta sobre el fundamento de la compensación económica en la ley de matrimonio civil*", en *Revista de Derechos Fundamentales*, vol. 1, 2017, p. 27.

<sup>696</sup> Solé, destaca que el uso del principio general del enriquecimiento injusto, tiene como fundamento poder compensar la sobrecontribución de uno de los cónyuges a las cargas familiares, en referencia a la desigualdad patrimonial al momento de la liquidación. Solé, J., "La quarta domèstica o crèdit de participació reduït. *La nova formulació de la compensació econòmica per raó del treball al Projecte de Llibre. II del Codi Civil de Catalunya*", revista *In Dret*, abril, 2010, pp. 15-18.

una naturaleza alimenticia, en el sentido del derecho de alimentos propio del Derecho de familia<sup>697</sup>.

Debemos destacar que en su texto original el proyecto de ley sobre AVP no establecía el derecho a compensación económica u otra indemnización frente a la ruptura de los convivientes, esto será modificado durante la tramitación del proyecto. Sin embargo, la formulación incompleta del estatuto mantendrá abierta esta y otros problemas respecto a las uniones de hecho, es decir, uniones no juridificadas por falta de declaración de los propios convivientes.

Pese a todo, previo a la existencia de regulación de la convivencia no matrimonial, este vacío fue suplido en forma positiva por la jurisprudencia. De esta manera, la Corte Suprema ya había admitido la aplicación de una compensación económica a los convivientes recurriendo a los fundamentos de la equidad<sup>698</sup>. Dentro de los argumentos el tribunal superior esbozará una serie de elementos respecto a los cuales es posible cuestionarse, si la existencia de un nuevo estatuto para la convivencia regulada significará algún cambio en los lineamientos, o por el contrario, se mantendrá esta situación de apertura.

Dentro de los principales argumentos de la sentencia en comento, es posible destacar los siguientes. Primero, se indica que el sentenciador no puede extender al concubinato soluciones que se consagran para los cónyuges, puesto que justamente ello comporta la aplicación de normas que suponen un presupuesto fáctico con efectos jurídicos diversos. En definitiva, cierra toda posibilidad a la aplicación por analogía, esto pese a que la solicitud de la demandante se fundamentaba en las normas de la Ley de matrimonio que contienen la compensación económica.

---

<sup>697</sup> Sobre esta materia para ver el estado de la discusión doctrinal en Chile ver: Novalés Alquézar, A., “*La Compensación Económica como Derecho de Familia Matrimonial ¿Cuál es el Objeto de la Compensación?*”, publicado en *Revista Chilena de Derecho de Familia* 1, 04/1/2010, p. 35.

<sup>698</sup> Ver en este sentido: Corte suprema de Chile. Recurso de casación en el fondo, “*Sánchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino*”, causa rol N° 377-2011, siete de marzo de 2012.



Esta posición resulta equivalente a la realidad de otros ordenamientos jurídicos que reconocen en el matrimonio y en las uniones convivenciales realidades diferentes no equiparables, fundamentando la falta de identidad de razón para rechazar este argumento. Sin embargo, esto no ha sido absoluto, si bien, en materia de compensación esto resulta mayoritario, si se ha acudido a la analogía para otras materias<sup>699</sup>.

Hasta antes del AUC quedaba claro que la aplicación de la compensación económica por desequilibrio económico a la ruptura de las uniones no matrimoniales, implica la utilización de una figura creada exclusivamente para el estatuto matrimonial<sup>700</sup>. En forma crítica, Barrientos postulaba que los derechos que surgen de la compensación económica se fundan en el derecho matrimonial, y tanto su titularidad como ejercicio requieren de la existencia de este vínculo para su aplicación<sup>701</sup>.

Sin embargo, este escenario ha cambiado a partir de su inclusión como derecho en la convivencia no matrimonial. Entonces, el fundamento que sostiene la existencia de este derecho como exclusivamente matrimonial, ya no resulta llevadero, debiendo ampliarse dicho razonamiento también a la familia convivencial juridificada. Por tanto, se ratifica el carácter familiar del derecho de compensación económica, lo que trae como consecuencia su

---

<sup>699</sup> Por ejemplo, en el caso español la jurisprudencia ha justificado el uso de la analogía en diversas materias, por ejemplo, para la atribución de la vivienda familiar fijada para los conyúges en el artículo 96 del Código Civil, cuestión admitida por el tribunal superior, aludiendo a son normas que: “*se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada entre un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquellas valen también en este último caso*”. STS español, de fecha 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020). Véase más ejemplos en: Amunátegui, C., *Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas*, en libro de homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, J.M. Gonzales et alii. (Coords.), Volumen I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 227.

<sup>700</sup> Según Gavidia esta doctrina es plenamente respetuosa con la libre ruptura de las uniones no matrimoniales, como exigencia de la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre, que es manifestación del libre desarrollo de la personalidad, en su concreción de derecho a no ser tratado como casado cuando no se ha prestado consentimiento matrimonial en alguna de las formas previstas por la ley. Gavidia, J., “*Enriquecimiento injusto entre convivientes...*”, cit., p. 2.

<sup>701</sup> Barrientos, J., “*La compensación económica como "derecho" de uno de los cónyuges y "obligación" correlativa del otro de sus caracteres*”, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado 9, 01/12/2007, p. 9 y sgtes. Paradojicamente, el autor sitúa los derechos que emanan de la compensación económica y a su obligación correlativa en sede familiar, es decir, “*se trata, en definitiva, de un derecho personal u obligación de familia, así como también lo son, por ejemplo, los derechos y obligaciones que existen entre los padres e hijos sujetos a patria potestad (art. 1.437 del CC) o entre los guardadores y sus pupilos*”.

aplicación a otras situaciones familiares, entre ellas a las familias no matrimoniales al margen del Derecho.

Al respecto, consideramos, que la vía más expedita para lograr su aplicación es mediante el uso de la integración por analogía *legis*, abriendo un nuevo escenario amplio de discusión, a lo cual ya nos hemos referido al tratar los efectos patrimoniales de las uniones de hecho. Este recurso ya ha sido utilizado en otros ordenamientos jurídicos en este sentido, con clara oposición de una parte importante de la doctrina<sup>702</sup>.

Un segundo elemento que ha reconocido esta jurisprudencia del tribunal superior, consiste en el reconocimiento del derecho a una indemnización reparatoria a favor del conviviente de hecho, fundamentado la existencia de un perjuicio personal y un nexo causal con el obrar imputado al demandado. Esto lleva a sostener incluso que, en el caso de la indemnización para la concubina, la legitimación para efectuar el reclamo no se funda en su carácter de tal, sino en su condición simple de perjudicada por el hecho que origina la reparación, es decir, una asociación a las reglas generales de responsabilidad civil.

Tercer elemento, se reconoce en la equidad la herramienta central para proceder a integrar la laguna legal existente. Esta se sitúa como un instrumento que permite determinar daños resarcibles, que no derivan de los derechos subjetivos expresamente reconocidos por la ley. Consideramos determinate este reconocimiento, ya que es la misma herramienta a la que se deberá acudir frente a las uniones no juridificadas actuales, con la salvedad que la equidad en este caso nos permitirá acudir a las reglas del AUC para conceder el derecho a

---

<sup>702</sup> En España existen sentencias del tribunal supremo (5/7/2001; 16/7/2002) en que se han aplicado la compensación económica a las uniones de hecho, haciendo uso del recurso de la analogía con las normas del derecho matrimonial. Parte de la doctrina opina que no resulta procedente la aplicación de la compensación económica, en cuanto se requiere de la existencia de un matrimonio. Además, en las sentencias referidas concurrían los requisitos para aplicar el principio de prohibición de enriquecimiento injusto, por lo que era innecesario el recurso a la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil en orden a compensar económicamente al conviviente abandonado. La aplicación de la pensión compensatoria al conviviente al que la ruptura de la vida en común produzca un desequilibrio económico, “*prescindiendo de la circunstancia de si el obligado a pagar dicha indemnización se ha enriquecido, o no*”, hace injustificada dicha aplicación. De Verda Y Beamonte, J., “Tendencias Actuales del Derecho de Familia en España”, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado 7, 01/12/2006,159, pp. 16-17.

compensación en los términos fijados para una situación de naturaleza equivalente, salvo la ausencia de formalidad.

Cuarto elemento, se reconoce que el concubinato constituye título más que suficiente sobre la base de la equidad y de la solidaridad social para legitimar a la concubina a fin de que pueda efectuar una reclamación indemnizatoria que le ha causado un daño. Este factor contribuye al análisis anterior, por tanto, si se puede lo más también lo menos, en relación a que si esto justificó la aplicación de las reglas de la indemnización cuyo fin principal son las relaciones patrimoniales con mayor razón justificará el uso de las reglas para una situación de mayor cercanía.

Finalmente, el último factor que reconoce es que la gestión patrimonial de los concubinos, derivada de su larga convivencia, configuran una realidad que no pueden soslayarse bajo el mecanismo judicial de la ausencia de ley, que hace necesario e impone al juez la obligación de buscar soluciones jurisprudenciales basadas en la equidad, con miras a evitar injusticias tras la culminación de una vida en común.

Este criterio ha sido apoyado por Lacruz, quien comparte estas razones al sostener que la equidad es el medio para colmar los vacíos existentes en esta materia. Señala que esto permitiría otorgar una apreciación onerosa a la contribución que los convivientes realicen mediante su trabajo en el hogar o en sus labores e incluso por los cuidados extraordinarios por uno de los convivientes al otro durante una enfermedad. Advierte que esto debe realizarse cuidadosamente, valorando adecuadamente la intención de las partes de mantener su independencia económica sin consecuencia alguna<sup>703</sup>.

Desde un análisis de Derecho comparado es posible observar que los tribunales de justicia en su búsqueda por proveer de una solución al problema que se plantea, y principalmente para evitar los perjuicios injustos que pueda sufrir un integrante de la pareja, como por la necesidad de proteger a la familia existente detrás de estas uniones, han debido recurrir a

---

<sup>703</sup> Lacruz J. et alii., “*Elementos de Derecho Civil...*”, cit., p.301.

distintas estrategias jurídicas, las cuales pueden servirnos como parámetro respecto de la realidad descrita.

En este sentido, se ha destacado que dentro de los sistemas jurídicos más moderno el sistema más recurrente es permitir la autodeterminación mediante la celebración de pactos entre los propios convivientes, esta posición se asume como prioritaria, siendo la principal fuente de resolución de conflictos<sup>704</sup>. De la misma manera, resulta coincidente los bajos índices en la celebración de estos acuerdos y la necesidad de establecer medidas supletorias.

Frente a la ausencia de acuerdos entre convivientes los tribunales deberán confrontar todo el ordenamiento jurídico, primero para establecer la norma conforme a la cual pueden resolver el vacío legal, y una vez determinado el método para integrar el Derecho, deberán fijar cual es la norma específica en base a la cual resolverán el asunto. Respecto al primer factor, ya nos hemos referido anteriormente, destacándose tres vías: a) la equidad; b) los principios generales del Derecho, dentro estos uno al que se ha acudido comúnmente es al enriquecimiento sin causa del conviviente; c) finalmente el sistema de analogías.<sup>705</sup>

Dentro de la doctrina quienes han equiparado la naturaleza de la compensación económica a esta institución suelen justificarla en la pérdida de uno de los cónyuges de las condiciones de vida a la cual accedía durante la vigencia del vínculo, esto por haberse dedicado a la crianza de los hijos o al cuidado del hogar. Así, uno de los miembros de la pareja resulta beneficiado, en virtud del sacrificio del otro durante el desarrollo de la vida marital produciéndose un enriquecimiento injusto. Este enriquecimiento y empobrecimiento del otro, deben evaluarse para compensar al más débil, el cual se ve expuesto a vivir una situación de precariedad futura.

---

<sup>704</sup> Amunátegui, destaca que existe coincidencia en que este se conforma como el mejor método tanto en las leyes que regulan la materia, en la doctrina, como en la jurisprudencia. Destacando que, el gran problema es la constante ausencia de estos acuerdos. Amunátegui, C., “*Reconocimiento de pensiones...*”, cit., p. 226. En el mismo sentido, Cordero Cutillas, I., “Comentarios a la STS de 17 de enero del 2003: Disolución por voluntad unilateral de la convivencia *more uxorio*”, en AC, N° 30, 2003, p. 831.

<sup>705</sup> Sobre el principio de enriquecimiento sin causa véase: Peñailillo, D., “*El enriquecimiento sin causa. Principio de Derecho y fuente de obligaciones*”, publicado en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 200, año LXIV (Jul – Dic 1996).

Entonces el enriquecimiento corresponde entenderlo no sólo como el incremento patrimonial, sino que también comprende la exclusión de un pasivo en el patrimonio del enriquecido. Por lo mismo, el empobrecimiento del cónyuge beneficiario puede consistir en una merma económica o en la ausencia de ingresos a su patrimonio<sup>706</sup>.

Esta figura ha sido aceptada en algunos sistemas jurídicos que han legislado sobre la materia<sup>707</sup>; como también por la jurisprudencia comparada<sup>708</sup>. Los principales argumentos aluden a su utilidad para compensar al conviviente que se hubiese dedicado al trabajo doméstico o cuidado de los hijos, o también para establecer una pensión periódica que cumpla la misma finalidad de restablecer el equilibrio patrimonial entre los convivientes.

En este sentido, se destaca que estas indemnizaciones tienen dos propósitos: a) constituir una pensión de reinserción, cuyo objeto es facilitar que el ex conviviente pueda adaptarse económicamente a la nueva situación producida tras la ruptura, para *“facilitarle una reinserción menos brusca en el mercado laboral y contribuir así a reducir los costes de oportunidad que le generó la convivencia”*; b) el segundo, pensión por atención a los hijos, cuando el ex-conviviente tenga a su cargo hijos comunes cuyo cuidado *“le impidiera la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente”*<sup>709</sup>.

En la línea que hemos sostenido, en cuanto a diferenciar las diversas estructuras familiares que provee el ordenamiento jurídico, en relación a una posible asignación de efectos a las

---

<sup>706</sup> Pizarro Wilson, C., *“La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”*, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado 3, 01/07/2004, 83, p.3.

<sup>707</sup> Un número importante de comunidades autónomas españolas que han legislado sobre uniones de hecho, han establecido diversas compensaciones a favor de los convivientes bajo el fundamento del enriquecimiento injusto. Así ocurre con: Cataluña, Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, que será derogada por la ley 25/2010. En Aragón, Ley 6/ 1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo y Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón. Baleares, Ley 18/2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables y Decreto 112/2002, de 30 de agosto. País Vasco, Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho y Decreto 124 /2004, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho.

<sup>708</sup> Una sentencia del Tribunal Superior español de fecha de 17 de junio de 2003 (LA LEY 2417/2003), señalaba al respecto: *“que la compensación del enriquecimiento injustamente obtenido por uno de los convivientes a costa del empobrecimiento del otro y la indemnización de daños por la mala fe en la ruptura eran las únicas vías por las que, en defecto de ley o de pacto, podían compensarse los desequilibrios originados por la convivencia en unión libre o los perjuicios causados por su ruptura, respectivamente, por ser los únicos compatibles con el derecho a la libre ruptura de tales uniones”*

<sup>709</sup> Martín Casals, M., *“El derecho a la “convivencia anómica en pareja...”*, cit., p. 31.

uniones de hecho. Somos partidarios como se indicó en su momento, en primer lugar, entregar estos aspectos a los convivientes de hecho para que puedan pactar conforme a Derecho dichos aspectos. Luego, en caso de no existir pactos que regulen la materia, postulamos reducir la asignación de efectos compensatorios únicamente cuando existe descendencia común, esto se justifica en la supremacía del interés superior de la menor regla que se impone por sobre la libertad de los padres, encontrando una justificación necesaria para su inclusión.

Este recurso permitiría incluso proteger al perjudicado por la ruptura de la unión de hecho cuando de los “*facta concludentia*” de los convivientes, no puedan deducirse una voluntad tácita de constituir una comunidad de bienes o una sociedad irregular, su propósito es compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento injusto de su pareja, en razón de favorecer el cuidado de los menores y el sacrificio necesario que esto conlleva<sup>710</sup>.

Extender las reglas que favorecen la compensación a las uniones de hecho en general en los mismos términos que el matrimonio y las uniones estables reguladas, consideramos que conlleva una vulneración a la libertad que representa esta estructura familiar e implícitamente a la garantía fundamental del ius connubi, en cuanto al derecho a mantenerse soltero trabando la libertad para disolver libremente el vínculo. La indemnización para la reinserción o para compensar el trabajo efectuado a favor de la pareja, se debe enmarcar dentro del coste libremente asumido, en caso contrario nuestra realidad jurídica provee de dos estructuras que conceden este beneficio por dichas causales reduciendo los ámbitos de libertad.

Así, con carácter general se afirma que la ruptura de la unión de hecho no implica por sí sola el deber de indemnizar los perjuicios, ya que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, que sí crea derechos y obligaciones durante su vigencia, así como al término de la misma<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> De Verda Y Beamonte, J., “*Tendencias Actuales...*”, cit., pp. 16-17.

<sup>711</sup> Martínez Gallego, E., “*Compensación patrimonial...*”, cit., p. 5.

Por su parte, el principio general de enriquecimiento injusto o sin causas solo podrá aplicarse, siempre que se acredite el cumplimiento de los elementos que lo hacen procedente, estos son: a) enriquecimiento de los convivientes; b) el empobrecimiento del otro durante la convivencia; c) inexistencia de causa que justifique en el enriquecimiento de uno a costa del empobrecimiento del otro. Apreciamos que esta causa justamente es la que no se encontraría presente en aquellas parejas que eligen libremente los riesgos que conlleva una mayor libertad de autordenarse<sup>712</sup>.

Estos elementos han sido complementados con otros que deben estar presente, por ejemplo: a) que la colaboración prestada por el otro conviviente, sea determinante para la consecución de ese aumento patrimonial.; b) que no exista precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa. La ausencia de reglas respecto a la compensación en las uniones de hecho, permitiría en este caso la utilización de los principios generales por parte de nuestros tribunales<sup>713</sup>. A estos podríamos agregar la existencia de descendencia común como elemento central que justifique todas las causales.

Como indicamos, en todo caso esta propuesta sólo resulta coherente en la medida que se reconozca la autonomía de la voluntad como principio rector de las relaciones familiares, pasando este criterio a tener un carácter subsidiario, aplicandose cuando no exista pacto que regule la convivencia, o bien, cuando no hay ley que se pronuncie respecto de la materia<sup>714</sup>. Sin embargo, algunos autores rechazan este carácter subsidiario, bajo el argumento de que sólo compete a los sujetos optar por el camino que resulte favorable a sus intereses, ya sea

---

<sup>712</sup> Véase el análisis jurisprudencial y la serie de sentencias que se mencionan en De Verda Y Beamonte, J., “*Efectos económicos de la ruptura...*”, cit., p. 173 y ss.

<sup>713</sup> Esta colaboración no queda limitada tan sólo a la atención doméstica, sino que se extiende también al cuidado de las relaciones sociales y profesionales del conviviente enriquecido, tema nada trivial en una época como la actual, marcada por el cultivo de la imagen y la capitalización de las relaciones. Torres Lana, “*De nuevo sobre relaciones patrimoniales...*”, cit., p. 20.

<sup>714</sup> En nuestro caso dentro de la remisión que se hace a la compensación económica matrimonial, esta incorpora la posibilidad de que los propios convivientes pacten previamente los términos, los tribunales sólo actuarán a falta de pacto. Así el artículo 63 de la Ley N° 19.947, señala lo siguiente: “*La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal*”.

acudiendo a la acción común establecida en las reglas específicas, o bien, a la regla del enriquecimiento sin causa<sup>715</sup>.

Este último argumento fundamenta el rechazo de aplicar analógicamente las reglas del matrimonio que reconocen el derecho a una compensación económica, aludiendo a que sólo en el matrimonio se mantiene una comunidad de vida, que va más allá del hecho de compartir un hogar. Justificando esta diferencia de trato en el principio de libre ruptura que regula las uniones de tal manera que no resulta aplicable analógicamente el estatuto matrimonial. Sin embargo, como indicamos este argumento adolece de aplicación cuando lo que se aplica son normas de la convivencia no matrimonial regulada<sup>716</sup>.

Otra alternativa que resulta interesante por su armonía con el sistema jurídico en general consiste en una aplicación del principio de realidad para todas las expresiones familiares. Este lo encontramos en la propuesta contenida en la Ley de Uniones Concubinarias uruguaya, la cual concede una compensación bajo el concepto de auxilios recíprocos sólo durante un período que no podrá ser mayor al tiempo de convivencia efectiva, y siempre que resulte necesaria para la subsistencia de uno de los convivientes. Esta medida permite proteger a la familia detrás de esta unión, con una menor intensidad acorde al compromiso asumido, conservando la distancia con los estatutos formales.

Como hemos resaltado, si bien, en el caso del AUC resulta acertada la incorporación de la figura de la compensación económica a la convivencia regulada, las herramientas jurídicas no son las adecuadas, en cuanto se ha optado por remitir en bloque a la regulación existente para el matrimonio, no atendiendo debidamente las diferencias entre las distintas estructuras familiares, y en definitiva a la funcionalidad del sistema.

Tampoco resulta acertada la falta de inclusión de las uniones no registradas, respecto a las cuales, se mantiene la situación de incerteza jurídica. No obstante, en este escenario postulamos que la inserción del estatuto establecido para el AUC al sistema legal, contribuye

---

<sup>715</sup> Peñailillo, D., “*El enriquecimiento sin causa...*”, cit., p. 24.

<sup>716</sup> Gavidia, J., “*Analogía entre el matrimonio y la unión libre...*”, cit., p. 2401.



a ampliar las herramientas a la que los jueces podrán acudir frente a la laguna legal que existe en esta materia.

No reconocer este derecho a compensación en las uniones de hecho a priori, a nuestro parecer resultaría discriminatorio, en especial cuando se trata de convivencias que generan una comunidad de vida similar no al matrimonio sino a la convivencia regulada. Los elementos que la conforman resultan coincidentes salvo la formalidad, existen aportes personales y pérdidas de oportunidades, cuya causa es la dedicación al hogar, cuidado del otro conviviente, o al resto de los parientes comunes. Por ello Gavidia se pregunta “*¿Por qué penalizar a las uniones libres, como comunidades de vida, respecto a otro tipo de relaciones convivenciales?*”.

Las únicas razones que justificarían un trato diferente, son aquellas que se amparan en razones de técnica jurídica y coherencia con el sistema general, favoreciendo el respeto por los derechos fundamentales como regla esencial. El horizonte es un sistema que favorezca la libre determinación en un espacio privado como lo es la familia, para este fin sólo la diversidad de estructuras favorece este propósito. La sola ausencia de formalidades, no justifica en clave democrática el incumplimiento del mandato constitucional de proteger jurídica y económicamente a todas las familias.

Se debe tener presente que la libertad de ruptura que llevan consigo las uniones de hecho, provoca que el tema no sea fácil de zanjar, en cuanto estas convivencias no deben otorgar automáticamente derechos para el tiempo posterior a la relación que traben o hagan más dificultosa de alguna manera su libre extinción. No obstante, en un régimen como el propuesto en el estatuto del AUC, nada impide que pueda recurrirse a principios generales del derecho como el enriquecimiento sin causa, frente al vacío legal que ha conservado la norma y las situaciones de injusticia que pudieren generarse con ocasión de la convivencia anómica<sup>717</sup>.

---

<sup>717</sup> Según el autor el respeto a la libertad de elección de los convivientes impide que la ley se puedan prever compensaciones por ruptura de uniones libres por cuantía superior a la que resulte de compensar dicho enriquecimiento y sólo en la medida del empobrecimiento correlativo o, si se prefiere, de compensar este

Pudiendo incluso en este vacío, producirse la paradoja de concederse mayores derechos a las uniones no reguladas que aquellas que si lo están. Recordemos que la única limitante es un principio: “*nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro*” y, en consecuencia, toda atribución patrimonial debe obedecer a una justa causa, el cual debe bajar a la realidad según criterio del tribunal de turno<sup>718</sup>. Esto como consecuencia de un Derecho que no cumple sus fines.

### **4.3. ANÁLISIS A LAS REGLAS QUE REGULAN LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE INCORPORADAS AL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL.**

Las reglas que regulan la sucesión por causa de muerte en cualquiera de sus formas, complementan la tarea de dar cobertura a los principios de asistencia, socorro o ayuda, todas estas ideas asociadas a la solidaridad sobre la que descansan las relaciones familiares, respecto de las cuales el Derecho no hace más que ordenarlas otorgando la debida certeza jurídica<sup>719</sup>.

La discusión sobre la concesión de derechos hereditarios a la pareja no matrimonial no es algo nuevo, siendo posible observar el reconocimiento de derechos sucesorios al conviviente superviviente desde tiempos remotos. En el Derecho Romano justiniano se constata la afirmación de estos derechos sucesorios en la concubina.; mientras en el Derecho ibérico tanto en los Fueros Municipales como en las Partidas se establecían disposiciones en este sentido<sup>720</sup>.

---

empobrecimiento sólo en la medida en que haya generado un enriquecimiento correlativo. Gavidia, J., “*Enriquecimiento injusto entre convivientes...*”, cit., p.2.

<sup>718</sup> Gallego Domínguez, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España. Centro de estudios registrales, Madrid, 1995, p. 216.

<sup>719</sup> Córdoba, M., “Utilidad social de la sucesión —asistencia— mejora específica”, en *El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Leonardo B. Pérez Gallardo coord., Madrid, Editorial Reus, 2010, p.155.

<sup>720</sup> Se ha indicado que en la época justiniana se concibe el concubinato como un matrimonio inferior *-inequale coniugium-*, pero con una clara tendencia a equiparlo a la realidad matrimonial. Prueba de ello, es el reconocimiento de derechos sucesorios a la concubina tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. Así en la Novela 18,5, se observa la introduciendo de derechos sucesorios *abintestato*, puesto que los derechos en la sucesión testamentaria, señalados en el texto, habían sido previamente establecidos, pero como se indica en la novela, “*estos parecían ser insuficientes ante las insistentes y frecuentes súplicas, por lo que se hacia del todo necesario una ley que amparase la concesión de estos derechos en la sucesión legal*”. En este sentido veasé Alemán Monterreal, “Panorama actual y antecedentes históricos sobre los derechos sucesorios

Dentro de las diversas problemáticas que plantea la regulación de la convivencia no matrimonial, el reconocimiento de estos derechos al conviviente superviviente es uno de los asuntos que presenta menor homogeneidad. Las propuestas suelen estar entre el no reconocimiento de derechos hereditarios<sup>721</sup>, y la aplicación en términos similares a lo establecido para el cónyuge superviviente<sup>722</sup>. En el primer caso, suele aludirse a la libertad para testar como complemento para compensar la ausencia de regulación.

En nuestro ordenamiento jurídico previo a la regulación orgánica de la convivencia no matrimonial mediante el AUC, nuestra jurisprudencia debió enfrentar varios conflictos vinculados a la solicitud de derechos sucesorios en uniones de hecho<sup>723</sup>. Respecto a estos requerimientos las soluciones serán dispares, estableciendo un panorama de incerteza jurídica, y con ello la necesidad de pronunciamiento por parte del legislador frente a la recurrencia del problema.

Previo al AUC es posible sostener que en la convivencia no matrimonial no existía para efectos del derecho sucesorio nacional<sup>724</sup>. En la sucesión intestada el conviviente no llevaba parte alguna de los bienes del causante; mientras en la sucesión testada al no disponer de un régimen pleno de libre disponibilidad, sólo podía dejarse al conviviente la cuarta de libre disposición. Esto último, no por su condición sino como parte de las reglas generales con las que se puede beneficiar a cualquier sujeto, todos aspectos que se mantienen vigente en cuanto subsisten relaciones al margen del Derecho.

---

abintestato del conviviente superviviente de una pareja de hecho”, Actualidad Civil, N° 2, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Ene. 2005, tomo 1, Editorial LA LEY 2782/2004, p. 161.

<sup>721</sup> En este caso el Código Civil Foral Aragonés del año 2011; también las uniones convivenciales del Código Civil y Comercial argentino.

<sup>722</sup> En este caso los artículos 442 y 452 del Código Civil de la Comunidad de Cataluña.

<sup>723</sup> Por ejemplo, en situaciones en que se solicitó reconocimiento de derechos existiendo un matrimonio previo de uno de los cónyuges nuestra Corte Suprema, no reconoció derecho alguno al conviviente solicitante, asignando derechos únicamente al cónyuge superviviente. Ver Sentencia de la Corte Suprema, Grez con Alvarez, 12 de mayo del 2005. En el mismo sentido Turner Saelzer, S., "*Sentencia sobre los efectos de la terminación...*", cit., pp. 233 a 244.

<sup>724</sup> En otro caso se debió recurrir a otras figuras como la indemnización para reconocer al conviviente derechos sobre la sucesión, teniendo como base de la equidad y de la solidaridad social para legitimar al conviviente a fin de que pueda efectuar una reclamación indemnizatoria. Sentencia Corte Suprema, en Recurso de Casación en el Fondo, causa Sanchez con Sucesión Parada Merino, Rol: 337-2011, de fecha 7 de marzo del 2012.

Debemos destacar que la propuesta inicial presentada en el inicial proyecto de AVP variaba sustancialmente respecto del producto final, en su texto se incorporaba en sus artículos 9 y 10 un requisito de plazo previo de convivencia para reconocer derechos hereditarios. Esto requería que el acuerdo haya tenido una vigencia mínima de un año al momento de la muerte de una de las partes, durante la tramitación del proyecto esta será eliminada aludiéndose como factores a la discriminación entre uno y otro modelo familiar.

Según nuestro parecer, resulta acertada la eliminación del plazo ya que la medida establecía una diferencia entre estatutos familiares en un espacio donde la diferenciación no resulta útil. En este sentido, cabe considerar que al incorporarse en el AUC la libre disponibilidad para poner término al vínculo de manera unilateral, cualquier presunción debiera operar a favor del grupo familiar para asumir la continuidad patrimonial del causante. Esto es posible deducirlo a partir de la obligación que recae en el Estado de fortalecer y proteger a la familia, pero principalmente del modelo formal asumido en el AUC el cual necesariamente implica un acto de voluntad del causante en cuanto a conformar un nuevo estado familiar.

Finalmente, luego de la discusión parlamentaria el texto definitivo fijado en el estatuto de AUC se insertó en el *Título IV De Los Efectos Del Acuerdo de Unión Civil*, este se encuentra desarrollado en cuatro artículos vinculados a los derechos hereditarios, estos son los siguientes: *“Artículo 16.- Cada conviviente civil será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente. El conviviente civil podrá también ser asignatario de la cuarta de mejoras.*

*Artículo 17.- El conviviente civil sobreviviente podrá ser desheredado por cualquiera de las tres primeras causas de desheredamiento indicadas en el artículo 1208 del Código Civil.*

*Artículo 18.- Los derechos sucesorios y la condición de legitimario que esta ley otorga al conviviente civil sobreviviente sólo tendrán lugar si el acuerdo de unión civil celebrado con el difunto no ha expirado a la fecha de la delación de la herencia.*

*Artículo 19.- El conviviente civil sobreviviente tendrá también el derecho de adjudicación preferente que la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil otorga al cónyuge sobreviviente. Tendrá, asimismo, en iguales condiciones que las prescritas en esta regla, los derechos de habitación y de uso, que la misma concede al cónyuge sobreviviente para el caso en que el valor total del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, excedan su cuota hereditaria”.*

En términos generales es posible destacar que se optó por desarrollar cada uno de los derechos que se conceden, aun siendo perfectamente posible su remisión en bloque a los beneficios del cónyuge en el matrimonio debido a su plena similitud entre ambas instituciones.

Esta asimilación la consideramos como factor favorable por razones de justicia social, si bien, a lo largo de este trabajo hemos propiciado la diferenciación entre estatutos con miras a la funcionalidad del sistema jurídico en general. Sin embargo, consideramos que esta necesidad carece de valor cuando corresponde reconocer la importancia que tiene la contribución de cada individuo en el resultado de la vida patrimonial del causante. En esto las reglas de retribución implican reconocer la vida en conjunto, aspecto que sólo puede ser modificado por la propia voluntad mediante las reglas testamentarias<sup>725</sup>.

Esto se encuentra en coherencia con el principio rector de nuestro sistema sucesorio, el cual se inspira en la noción de que los bienes que componen el patrimonio de una persona están destinados tanto a su sustento como al de su familia. Esta finalidad no concluye con la muerte, de tal forma que el Derecho deberá velar más que por la garantía del interés individual por el beneficio de la familia<sup>726</sup>. Esto es un reflejo del aporte que la familia realiza en los logros

---

<sup>725</sup> Borda, indica respecto a los fundamentos de las reglas de sucesión por causa de muerte que esta responde a la necesidad de defender y fortificar la familia. Resalta que, con gran frecuencia, el patrimonio de una persona no es el resultado exclusivo del trabajo personal, sino también el fruto de la colaboración del cónyuge y de los hijos. Este trabajo común carecería de estímulo si al morir el padre, los bienes fueran a parar a manos del Estado. “Y aunque no haya una colaboración efectiva en la producción de los bienes, aquellas personas lo estimulan con su afecto, lo auxilian en la medida de sus fuerzas. La herencia será la justa recompensa de todo esto”. Borda, G., *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*, Tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1987, pp. 10 y 11.

<sup>726</sup> Tal como se ha indicado esto implica asumir una idea de tipo ideológica, esta resutará determinante para definir el rol del testamento, la libertad para testar, los órdenes sucesorios y las asignaciones forzosas.

individuales, pero también es una expresión del deber constitucional del Estado por proteger y fortalecer a este grupo prioritario<sup>727</sup>.

Estas circunstancias en el caso de las normas que regulan nuestro sistema sucesorio se materializan en una libertad testamentaria limitada por las reglas de las legítimas<sup>728</sup>. Las que se conforman como asignaciones preferentes y privilegiadas a favor de las personas más próximas y entrañables del causante, entre estas ocupan un lugar preferencial el cónyuge y, a partir del AUC también el conviviente civil. La institución de la legítima impone una limitación a la facultad de disposición del patrimonio propio por causa de muerte. Tal como se ha indicado, esto responde a una función propia de las leyes naturales para favorecer a quienes son las personas más ligadas al *de cuius*<sup>729</sup>.

Debemos manifestar que estas ideas del fortalecimiento de la familia mediante la legítima, se han ido debilitando progresivamente en la doctrina. Al respecto se ha señalado que el contexto de la familia se ha modificado, y con ello han desaparecido las ideas históricas que la justificaron, las que tenían su base en la cohesión y solidaridad familiar. Según esta opinión, en la actualidad esta cohesión familiar ya no es posible presumirla, por el contrario,

---

Domínguez Benavente, R. y Domínguez Aguila, R., *Derecho Sucesorio*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica, 1998, p.26.

<sup>727</sup> Cabe resaltar como ejemplo de este principio, el caso de aquellos ordenamientos como el uruguayo en que se reconocen efectos sucesorios a la familia convivencial; no obstante, la existencia de un matrimonio previo. De esta manera, se asignan efectos a ambos grupos familiares en proporción a su extensión en el tiempo. Así el artículo 11 de la Ley de Uniones concubinarias señala: “*Artículo 11. (Derechos sucesorios).- Disuelto el concubinato por fallecimiento de uno de sus integrantes, el concubino sobreviviente tendrá los derechos sucesorios que el artículo 1026 del Código Civil consagra para el cónyuge. Existiendo cónyuge supérstite, concurrirá con el concubino, integrando la misma parte, y en proporción a los años de convivencia*”.

<sup>728</sup> Previo a la existencia del AUC, desde la doctrina se proponía como solución para mejorar los derechos sucesorios del conviviente en uniones de hecho una modificación de las normas del Derecho sucesorio ampliando este espacio de libertad para testar respecto a solteros sin hijos, lo cual permitiría favorecer al conviviente, esta consistía en suprimir a los ascendientes como legitimarios o, al menos, como asignatarios forzosos de mejoras. De esta manera, se reducían obstáculos para disponer libremente de todo el patrimonio a favor del conviviente supérstite. Vease: Varas, J., “Uniones de Hecho y Derecho Sucesorio (Libertad para Testar para Solteros sin Hijos)”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol.23 no.2, dic. 2010, pp. 9-22.

<sup>729</sup> No obstante, Rodríguez destaca que esta tradición arraigada representa una concepción sucesorial anacrónica que sólo se justifican en ciertas circunstancias de la vida, pero no en todas; limitando considerablemente el derecho a disponer de sus bienes como mejor le parezca. Rodríguez, P., *Instituciones de Derecho Sucesorio*, Volumen I, Tercera Edición, Editorial Jurídica, pp. 306-307.

es necesario su comprobación, a partir de este argumento se promueve ampliar los espacios destinados a la libertad para testar<sup>730</sup>.

No compartimos el argumento señalado, ya que no cabe duda que la familia no sólo ha mantiene su lugar de privilegio en el Derecho, sino que incluso ha ampliado su margen incorporando expresiones marginadas durante mucho tiempo. La circunstancia de acreditar los vínculos existentes nace como una necesidad frente a la diversidad de modelos, realidad muy distinta a antaño donde el matrimonio se imponía como única estructura.

Según nuestro parecer en tiempos en que la tendencia es a privilegiar la autonomía privada en el espacio familiar, cuestión que se ha traducido en la flexibilización de las causales de terminación, de manera que no resulta extraño que el mantenimiento de un vínculo dependa exclusivamente de la voluntad unilateral. Incluso, en la misma tendencia se han facilitado las vías de conclusión alejándolas de la necesidad de acudir a tribunales. Todos estos elementos operarían a favor de la presunción de continuidad del patrimonio en la familia más cercana, en cuanto a *contrario censu* el causante dispone de todos los medios para finalizar el vínculo, alterando las reglas de atribución.

En el Derecho nacional el espacio de libre disponibilidad sobre el patrimonio hereditario se limita a dos instituciones, el cuarto de libre disposición y el cuarto de mejoras. De estos, sólo el primero de ellos refleja efectivamente una libre disposición; mientras el segundo establece una libertad limitada para favorecer a determinados sujetos a quienes la Ley le asigna una situación especial favorable. Hasta la incorporación del AUC en nuestra legislación estas personas se limitaban a los descendientes, ascendientes y al cónyuge sobreviviente, a partir de su inserción se agrega también al conviviente supérstite.

De la misma manera, en el estatuto del AUC se han replicado los otros beneficios preferenciales que el sistema asignaba al cónyuge sobreviviente. Estos son el derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la

---

<sup>730</sup> Se indica en este sentido, que en el contexto actual la familia más que una comunidad es un simple grupo humano, se resalta que mientras el Derecho de familia ha ido acogiendo estos cambios, las reglas del Derecho sucesorio no se han modificado de manera significativa. Luna Serrano, A., “*Unas Breves Reflexiones para la Reforma del Derecho Sucesorio en el Contexto de la Actual Realidad Social*”, en *El Patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un Debate Reformista*, Lledó Yagüe, F. et alii coords., Editorial Dyckinson, p.7.

propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia y su mobiliario. También el derecho de habitación y de uso en iguales condiciones que el cónyuge, esto último en caso en que el valor total del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, excedan su cuota hereditaria<sup>731</sup>.

Tal como indicamos, a diferencia de la propuesta inicial que establecía un plazo mínimo de vigencia de la convivencia al momento de la muerte, el estatuto optó solamente por exigir que el acuerdo de unión civil entre el conviviente sobreviviente y el difunto se encontrare vigente a la fecha de la delación de la herencia; el sentido de la norma se remite a la vigencia de la inscripción de dicho pacto. Esto pone de manifiesto el carácter central de las formalidades que reconoce nuestro legislador, la forma por sobre la realidad, aspecto que no nos parece acertado, aun cuando facilita enormemente la concesión de estos derechos.

En este sentido, consideramos acertada la posición que destaca como fundamento central en materia sucesoria para conceder derechos tanto al conyúge como al conviviente supérstite, la existencia de una convivencia afectiva cierta, esto permite establecer como requisito esencial para otorgar derechos hereditarios, la existencia del vínculo desde una perspectiva de realidad más que desde lo formal. Esto ha llevado a que algunos ordenamientos jurídicos establezcan este factor como parámetro<sup>732</sup>.

La doctrina ha indicado que es justamente la existencia real del vínculo la que permitiría presumir la voluntad del causante respecto al destino de su patrimonio a favor de las personas más próximas. En esto se justificaría el sentimiento de deber en el que sustentan las normas sucesorias; sobre esta base existiría identidad de razón entre el matrimonio y otras formas convivenciales, no existiendo una verdadera razón que fundamente su negativa<sup>733</sup>.

---

<sup>731</sup> Del Pico, J., “El acuerdo de unión civil: concepto, elementos y efectos del régimen civil de las uniones afectivas de convivencia en la Ley N° 20.830”, en Revista de Derecho de Familia , Volúmen I - 2016 , N° 9 , Año 2016 , pp. 13-15.

<sup>732</sup> Así en el Derecho español en el caso de las reglas de sucesión para el conyúge superstite el artículo 945 del Código Civil, excluye al conyúge de la sucesión intestada en los supuestos de separación judicial o de hecho. En la misma línea, el artículo 834 del mismo cuerpo legal, establece como condición para conceder las legítimas al conyúge sobreviviente que no exista separación al momento de la muerte.

<sup>733</sup> Gete-Alonso y Calera, M. et alii, *Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia*, en Derecho de Sucesiones: Presente y Futuro, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, p. 346.



No obstante, apreciamos que el camino seguido en el AUC es parcialmente acertado, en cuanto resulta más respetuoso de la voluntad del causante como de la tradición de nuestro ordenamiento. Debemos recordar que nuestro sistema sucesorio es de origen romanista, lo que se plasma en el llamado criterio de la voluntad presunta del causante. Esta regla presupone, en la consideración de lo que una persona media o típica hubiera querido en relación con el destino post mortem de su patrimonio. De manera que, de haberse manifestado en este sentido o haberse realizado válidamente dicha manifestación de voluntad hubiese operado en dicho sentido<sup>734</sup>. Por lo demás, resulta un principio asentado que la decisión de conformar familia, no puede estar sujeta a plazo, condición ni modo, de manera que los efectos asignados debiesen seguir la suerte de lo principal.

Asimismo, al conviviente civil sobreviviente se le aplicarán las reglas generales sobre indignidad y desheredamiento establecidas en el Código Civil. Así podrá ser desheredado por haber cometido injuria grave contra el testador o cualquiera de sus ascendientes y descendientes, por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución pudiendo, o por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar.

Este conjunto de normas responde a la lógica jurídica de reconocer un principio de igualdad a todas las expresiones familiares, ya que el vínculo se ha extinguido por tanto lo funcional de la estructura deja de ser relevante, siendo esta igualdad la que debe preponderar al momento de evaluar el sentido de las normas. Debemos considerar además que, al existir la libre disponibilidad para poner término al vínculo de manera unilateral sin mayores trabas, se refuerza la presunción tácita respecto a la intención del causante de dar continuidad a su patrimonio transfiriéndolo a su familia como unidad afectiva más cercana.

La gran carencia que presenta la propuesta que contiene el estatuto del AUC, es la falta de regulación del fenómeno de la convivencia en toda su extensión. Hemos resaltado que como consecuencia del modelo escogido que requiere de una declaración de voluntad de los interesados, un número importante de uniones quedará en la situación de incerteza. Esto en

---

<sup>734</sup> Sobre el fundamento filosófico-jurídico de la sucesión intestada, puede verse Pérez Escolar, M., *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, Dykinson. Madrid, 2003, pp. 59 ss.

el espacio de los derechos hereditarios implica intentar comprender como se resolverá la situación de estas parejas, entendiendo que la falta de regulación no debe comprenderse como una negativa a asignar derechos al conviviente supérstite.

En los capítulos anteriores, hemos desarrollado las prácticas jurisprudenciales de nuestros tribunales previo al AUC, estas se encuentran justificadas en el uso de instituciones derivadas del Derecho patrimonial tales como la sociedad de hecho y mayoritariamente la comunidad. Consideramos necesario agregar a este escenario el uso de indemnizaciones compensatorias como un reconocimiento indirecto de los derechos hereditarios. A estas medidas se ha acudido como efecto del principio de inexcusabilidad que regula la actividad jurisdiccional, el uso de la equidad y los principios generales del Derecho.

Esta situación no resulta distinta a la realidad de otros sistemas jurídicos del mundo occidental, por ejemplo, en el caso del ordenamiento español la situación no varía en este aspecto, en cuanto pese a la existencia de regulación específica en diversas comunidades autónomas, la falta de una normativa estatal sobre uniones no matrimoniales los tribunales superiores han debido recurrir a las mismas reglas generales para resolver los asuntos que se suscitan en este espacio. Así, dentro del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observa la aplicación de las doctrinas de la comunidad o sociedad<sup>735</sup>, del enriquecimiento injusto y de la protección del conviviente más débil<sup>736</sup>.

En este nuevo escenario vale preguntarse si la existencia del estatuto de AUC marcará alguna diferencia en lo sucesivo en la forma de resolver los conflictos que se presenten en las uniones de hecho en materia sucesoria. Al respecto, consideramos que su presencia incorpora directamente principios generales respecto a la respuesta que concede el ordenamiento jurídico a las situaciones de convivencia afectiva, esto permite encontrar reglas estructurales para una situación específica, ampliando las herramientas a las que pueda acudir la magistratura para resolver materias que se encuentran en estado de anomia jurídica<sup>737</sup>.

---

<sup>735</sup> STS de 27 de mayo de 2004.

<sup>736</sup> STS de 13 de junio de 2003 y ; STS del 23 de noviembre de 2004.

<sup>737</sup> Esta línea ha sido rechazada por la jurisprudencia del Tribunal Superior Español, señalando al respecto: *“La comunidad de bienes de la pareja no supone la atribución exclusiva y vitalicia del disfrute de la vivienda: el*

La presencia de una Ley aplicable a una situación de características muy similares, como la laguna legal que existe en materia de derechos hereditarios para las uniones hecho, permitiría cumplir los requerimientos para el uso de la analogía legal pudiendo acudir a ella para resolver los diversos conflictos que se puedan plantear. En cuanto, a diferencia del matrimonio las convivencias de hecho presentan un nivel mayor de similitud respecto de lo que ocurre con el matrimonio, aún cuando llegaremos a la misma solución.

Estimamos que en materia de derechos hereditarios no se justifica una desigualdad entre una y otra realidad, por el simple hecho de la no formalización de la unión. Si bien, es cierto que a *priori*, puede resultar paradójico que quienes voluntariamente rehúyen la aplicación del sistema legal pretendan luego hacer efectivos derechos por él reconocidos. La realidad es que, esta decisión no siempre tendrá como finalidad excluir todos sus efectos. Coincidimos, en que parece más razonable presumir que esté guiada por la voluntad de rechazar algunos de ellos, particularmente los que atañen a la necesidad de contraer y disolver un vínculo jurídicamente frente a la posibilidad de hacerlo libremente<sup>738</sup>.

Tampoco estamos de acuerdo con el argumento que indica que se trataría de realidades distintas, sin identidad de razón y, por tanto, sólo estaría facultado el legislador para aproximar o equiparar ambos escenarios. Como hemos demostrado, el fenómeno de las uniones libres se manifiesta de diferentes maneras, esto no sólo responde a un comportamiento sociológico del individuo en sociedad, por el contrario, influyen factores ideológicos o morales e incluso culturales como veremos en el capítulo siguiente. De esta manera, es muy diferente la causa de una convivencia entre personas casadas previamente con un tercero, a las uniones de personas que lo mueven aspectos de identidad cultural, o el simple rechazo al matrimonio.

---

*conviviente falleció sin testamento y sin favorecer al conviviente superstite, no se justifica un D° de esta naturaleza a partir de una convivencia extramatrimonial que no permite trasladar la normativa extramatrimonial, como tampoco la existencia de un enriquecimiento injusto del otro copropietario a costa de su pareja, ya sea de valores patrimoniales, pérdidas de expectativas y de abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del otro o la posible debilidad económica derivada del fallecimiento de su compañero.....". STS. Sala Primera de lo civil, 6-3-2014.*

<sup>738</sup> Perez Escolar, M., "Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003", en Actualidad Civil, N° 7, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Abril, 2004, p. 743.

Esta diversidad debe ser considerada para resolver caso a caso, la falta de homogeneidad en este sentido, nos impide establecer una regla general de clausura aplicable a todos los casos. Por lo demás, frente a la situación de vacío legal en que se encuentran las uniones de hecho será necesario acudir a la historia de la Ley y de manera específica a sus fines<sup>739</sup>.

A partir de esta interpretación teleológica de la norma en comento, llegaremos a la conclusión que su propósito principal consistía en terminar con la incertidumbre jurídica que la anomía causaba, en ningún caso del proceso legislativo se observa la finalidad de descartar ciertas uniones en relación a otras de las mismas características. Por esta razón postulamos que esto responde a una deficiencia en la técnica legislativa aplicada a la construcción de la norma<sup>740</sup>.

Al interpretar sistemáticamente la creación legislativa, nos resulta posible concluir que la intención o voluntad del legislador traducido en el fin práctico que la ley se propone conseguir, nos permitía alcanzar una mayor eficacia en sus objetivos. Para saber exactamente de qué se trata, se deberá acudir no sólo al texto sino también a sus antecedentes primarios de forma de poder tener una visión global de la intención común en aquel momento. Esta circunstancia, es una excepción motivada por vacío legal que ha dejado la construcción de la norma, porque el paradigma es claro, en el sentido que no se podría acudir a medios extratextuales frente a una construcción legislativa clara y eficiente<sup>741</sup>.

Tal como hemos resaltado, todas estas vicisitudes son consecuencia de la falta de una mirada global a todo el fenómeno, aspecto que dificulta no sólo la situación de los propios involucrados, sino que también complejiza la dinámica del sistema jurídico en general, abriendo espacios de conflicto en su aplicación, aspecto en el que una buena construcción legislativa debiese operar en un sentido contrario.

---

<sup>739</sup> Serrano, J., “Matrimonio, Pareja Estable no Casada y Derecho de Sucesiones”, en Revista Aequalitas, N°2, 1999, pp. 27-29.

<sup>740</sup> Con igual motivo de las normas de interpretación de la Ley, en específico de lo indicado en el artículo 22 de nuestro Código Civil nos indica que: “*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto*”.

<sup>741</sup> Al respecto se ha señalado que el momento teleológico plantea cuáles son los intereses en juego y cuáles son los valores y su jerarquía que debe atender por medio del criterio de valoración. De Villamor, E, “*El Elemento Valorativo en la Interpretación Del Derecho*”, Ediciones Universidad de Extraemadura, 2001, p.96.

A lo anterior, debemos adicionar que tal como indica Guastini la equivocidad de los textos normativos no depende solamente de ciertos defectos objetivos de sus formulaciones, sino también de otras cosas, como intereses en conflicto, distintas ideas de justicia, multiplicidad de métodos interpretativos, y distintas construcciones dogmáticas. *“Es decir: los juristas pueden volver equívocos textos que no lo serían en absoluto en la conversación”*<sup>742</sup>. Por cierto, estos espacios se amplifican al tratar aspectos sobre la familia en que las ideologías debaten a la par con la técnica jurídica-legislativa.

---

<sup>742</sup> Guastini, R., “Interpretación y Construcción Jurídica”, en Revista Isonomía, N° 43, Octubre, 2015, pp. 23-24.

## CAPITULO QUINTO

### LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES LIBRES EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INDÍGENA CHILENO. UNA ZONA DE NO DERECHO

#### 5.1- LA FAMILIA INDIGENA COMO HERRAMIENTA PARA EL PLURALISMO JURÍDICO. LA NECESIDAD DE SU INCORPORACIÓN EN LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES.

En el primer capítulo hemos desarrollado latamente la relación entre cultura y familia, concluyendo que existe una relación directa entre la expresión social y el Derecho de cada tiempo. Esto en el Derecho de familia suele materializarse en determinados patrones que la colectividad asume como aceptables. Sin embargo, el Derecho es una expresión de las mayorías y así se asume en los sistemas democráticos. Desde finales del siglo pasado ha comenzado a validarse la expresión normativa de los grupos diferenciados, esto en la actualidad se encuentra incorporado en normas jurídicas de mayor jerarquía, imponiendo en el horizonte el concepto de pluralismo jurídico familiar.

Debemos recordar que el tema de las estructuras familiares, no sólo resulta previo a cualquier formación del Derecho positivo, sino que es lo esencial para cualquier concepto de sociedad civil y su orden. De esto es posible deducir que, en esta materia el Derecho le cabe – como ejercicio de legitimidad- reconocer los órdenes dados que anteceden a toda expresión jurídica. Así, se ha señalado que el concepto mismo de sociedad civil está asociado a la unión de familias con aspiraciones comunes para obrar de consuno en búsqueda de un bien común<sup>743</sup>.

---

<sup>743</sup> Llovera, destaca como factor elemental para el nacimiento de la sociedad civil el consentimiento de unas familias para sujetarse a otras familias y a su orden. Sin embargo, este consentimiento en ningún caso alcanza en ningún estado histórico a la forma de constitución familiar. Esto se da en un estado muy posterior y, siempre supondrá a lo menos la existencia de un consentimiento tácito. Llovera, J., *Tratado de Sociología*, Editorial Fides, Madrid, 1823, p. 47.

Desde esta perspectiva, hemos considerado necesario desarrollar en específico el tema de las uniones libres en contextos indígenas, por encontrarse relacionado directamente a la problemática en estudio en un contexto de particularidad. Este predominio de una noción pluralista en el Derecho de familia actual, nos permite postular que dentro de su extensión es posible abarcar no solamente modelos diferentes en base a la orientación sexual de los sujetos, sino también modelos estructurales distintos por razones culturales. Esto no resulta antojadizo, la realidad nos permitirá justificar su necesidad.

Actualmente el Derecho familiar de las comunidades indígenas se conforma como una cuestión invisibilizada en lo jurídico. Sin embargo, esto ha comenzado a cobrar relevancia debido a la estructura jurídica internacional de los Derechos Humanos, siendo posible observarlo como una materia en transición con una clara orientación a su inserción en la estructura normativa.

Desde esta perspectiva es posible postular el siguiente escenario en cuanto a su situación actual. Primero, en Chile no existe un reconocimiento específico de carácter orgánico a la familia indígena, sólo normas aisladas que establecen algunos principios generales. En segundo lugar, en Chile se encuentra vigente la obligación de respetar y reconocer el valor del Derecho propio de las comunidades indígenas, entre ellos sus normas que regulan sus estructuras familiares. Finalmente, frente a este escenario los tribunales nacionales han comenzado a resolver asuntos asociados a las estructuras familiares, siendo aún incipiente la aplicación del Derecho indígena familiar.

Esta cuestión resulta relevante al considerar que este grupo de la población es el que exhibe mayores índices de estructuras familiares desvinculada de la institución matrimonial. Las estadísticas nos muestran datos significativos sobre la manera cómo la población indígena en Chile estructura su vida familiar<sup>744</sup>. Según el Censo del año 2002, más de la mitad de la

---

<sup>744</sup> Este dato resulta relevante en cuanto pareciera un común denominador de las poblaciones marginadas en Latinoamérica. Por ejemplo, en Argentina según el último censo del total de población casada y en pareja de 14 años y más (16.703.000), el 61,20%- son personas unidas en matrimonio; mientras que el 38,80%- conviven pero sin haber celebrado nupcias. En las provincias con índices de pobreza más alto, la cantidad de habitantes que viven en pareja sin haber contraído matrimonio se eleva por sobre la media, llegando incluso a ser mayor que el número de las casadas. Datos disponibles en Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Censo*

población indígena chilena de 15 años y más, no asume la institución matrimonial como estructura familiar. Por el contrario, para el mismo segmento asociado a la población no indígena, la adhesión al régimen matrimonial es mucho mayor, alcanzando un 46,4%; mientras que la población indígena sólo llega al 41,4%. Respecto al porcentaje de la población no indígena que declara conformar su familia al margen del matrimonio, este alcanza solo un 8,7%, mientras que en la población indígena este porcentaje se eleva a un 12,1%<sup>745</sup>.

Otro elemento que resulta destacable es que las comunidades andinas son las que presentan las tasas más altas de familias no matrimoniales entre las poblaciones indígenas chilenas. En efecto, la población quechua se conforma como el grupo étnico que lidera las estadísticas con un 15.1 % de hombres y 13.9 en el caso de las mujeres. En el caso de los aymaras estos alcanzan para hombres un 13.2% y, en las mujeres un 13%.

Respecto de estos antecedentes proponemos que en conjunto evidencian un puente con un legado histórico, el cual ha traspasado el umbral de la imposición y el aculturamiento. Toda vez que las costumbres de las comunidades andinas han mantenido este patrón cultural en forma continua mediante instituciones reguladas en su propio Derecho consuetudinario. Estos aspectos relevan la necesidad de un estudio específico respecto de las uniones libres en el contexto indígena, esto frente a su escaso desarrollo doctrinario.

Esta disgregación presente en nuestra realidad social nos exhibe un desafío de carácter jurídico-cultural, en el cual al Derecho le corresponde ejercer el control social garantizando los derechos fundamentales de todas las personas. No cabe duda que el concepto asimilacionista no dialoga adecuadamente con esta exigencia. Tal como se pregunta Zanoni *¿se gana realmente con ello si la eficacia del orden jurídico descansa, en última instancia, en la asimilación general de sus valores en la vivencia colectiva?* Sin embargo, al Derecho le corresponde otorgar seguridad jurídica, para ello debe asignar efectos e imputar deberes,

---

Nacional, de Población, Hogares Vivienda 2010. Censo del Bicentenario. Resultados Definitivos, serie B, N° 2, Tomo I, Buenos Aires, 2012.

<sup>745</sup> Estadísticas Sociales de los Pueblos Indígenas en Chile, Censo 2002, Instituto Nacional de Estadísticas – Programa Orígenes (MIDEPLAN), Santiago de Chile, 2005, pp. 47 – 55.



por una vía distinta a la que emana de los principios de organización familiar basados en el matrimonio<sup>746</sup>.

Parte de la doctrina desconociendo la base cultural que este hecho representa, suele asociar desde una mirada occidental este fenómeno y las altas cifras de convivencia supramatrimonial como factores accidentales, asociados exclusivamente a marginalidad, pobreza, subdesarrollo y al alejamiento de los centros urbanos. Mirando el fenómeno de manera parcial y descontextualizada sobre una base exclusivamente monista que desde largo tiempo resulta excluida del Derecho de nuestros días<sup>747</sup>.

En lo general, este asunto se englobaba como un asunto de marginalidad y discriminación del Derecho de familia chileno, asociado a la falta de regulación integral de las uniones de libres. Si bien, esta materia ha sido tratada por el instituto en estudio, mediante la dictación de la Ley N° 20.830 que establece el Acuerdo de Unión Civil, la modalidad asumida en este cuerpo legal mantiene la invisibilidad jurídica en que se encuentran estas uniones indígenas por diversas razones que desarrollaremos en este apartado.

Al mismo tiempo, esto se integra dentro de una falta de consideración endógena del Derecho chileno respecto a los pueblos indígenas, sólo a modo de ejemplo, durante la tramitación del proyecto de ley del AUC se escucharon las voces de diversas entidades intermedias asociadas principalmente a colectivos por la diversidad sexual e instituciones religiosas<sup>748</sup>. En este

---

<sup>746</sup> Zanoni, E. "Control Institucional y Familia en America Latina. La Ilegitimidad Conyugal", Revista de Estudios Políticos, N° 158, 1968, pp. 199-200.

<sup>747</sup> En esta línea García Cantero indica que se trata "*en realidad, de un fenómeno antiguo y endémico, unido a determinados factores sociales (subdesarrollo, incultura, falta de estructuras administrativas, etc.)*". García Cantero, G., "Familia, Matrimonio y "Uniones de Hecho" (en el Documento de 26 de Julio 2000, del Consejo Pontificio para la Familia)", en Revista Verbo de formación cívica y de acción cultural, según derecho natural y cristiano, 2001, p. 300.

<sup>748</sup> En este proceso intervinieron en una o más de las sesiones de audiencia que celebró la Comisión, el Obispo de San Bernardo, el coordinador del equipo jurídico estable de la Conferencia Episcopal de la Iglesia Católica, investigadores de la Pontificia Universidad Católica de Chile, representantes de las Iglesias Evangélicas, el Capellán Evangélico de la Cámara de Diputados, el Director de la Comisión Legal Evangélica, el abogado del Concilio Nacional de Iglesias Evangélicas, el Coordinador Nacional de la Comisión Nacional Evangélica por la Familia (Pro-Familia), representantes de la Fundación Iguales, representantes del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), representantes de la Corporación Humanas, representantes del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, representantes de Amnistía Internacional de Chile, representantes del Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), representantes del Instituto Nacional de

escenario, no se tuvieron presente los modelos familiares indígenas dato no menor, considerando que a nivel porcentual es en este segmento de la población donde se exhiben los mayores porcentajes de convivencias al margen de la norma. Esta falta de integridad respecto a los sujetos, al igual que la ausencia de una mirada integral del fenómeno afectan la eficacia de la norma e indirecta a su legitimidad.

La realidad de la propuesta jurídica para la organización de la familia en nuestros tiempos, nos permite vincular esta materia al cambio general que ha tenido el Derecho de familia desde finales del siglo XX. En particular respecto al cambio de timón, el cual ha modificando su orientación para adaptarse a un contexto más democrático, pluralista y multicultural. Dentro de esta línea, aún existen espacios oscuros en los que el Derecho no ha logrado armonizar debidamente los cánones provenientes desde dos vertientes: a) por un lado, la orientación de los principios asentados por la vieja legislación decimonónica y; b) las actuales premisas provenientes de la estructura internacional de los Derechos Humanos<sup>749</sup>.

En este ámbito un espacio de interés para los sistemas jurídicos latinoamericanos es la relación entre las comunidades originarias que aún habitan sus territorios, y el Derecho heredado desde la conquista. Dentro de la contingencia político – jurídica moderna, esto origina tensión entre los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la normativa interna. Este aspecto se presenta con ciertas particularidades en el Derecho de familia, que pese a las últimas reformas mantiene en el contexto cultural una posición monista, contradiciendo el sentido pluralista vigente.

---

Derechos Humanos, y un sacerdote de la Compañía de Jesús en representación del Centro de Ética de la Universidad Alberto Hurtado.

<sup>749</sup> Recientemente la Corte Suprema de Chile ha ratificado la supremacía jerárquica del “*ius conubii*” en su calidad de Derechos Humanos consagrado en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, conforme a ello ha declarado la derogación tácita de la ley de extranjería, la cual establece elementos restrictivos para el ejercicio de este derecho respecto de los extranjeros, así ha señalado: “*Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho. Por su parte la norma legal, indirectamente y por vía interpretativa de la autoridad administrativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio al ciudadano extranjero por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile*”. Corte Suprema de Chile, sobre recurso de protección de las garantías constitucionales, Rol 4732-2017, de fecha 4/05/2017.

Como consecuencia de lo precedente la regulación jurídica de la familia, mantiene al margen la expresión jurídica – familiar de las minorías étnicas<sup>750</sup>. Cabe recordar que todo sistema jurídico de una determinada colectividad o grupo humano, incluido la de un Estado, se encuentra determinado en forma continua por la cultura en la que emerge, como efecto el Derecho puede dirigir de manera determinante las expresiones del colectivo, las que luego se asumirán como fenómenos sociales o consuetudinarios.

De la misma manera, los esquemas culturales determinarán en gran medida la expresión jurídica de cada época. En este sentido, Savigny señalaba que la base de todo Derecho positivo tiene su existencia y realidad en la conciencia general del pueblo, aspecto que se materializa en nuestros sentidos en los usos y costumbres, como una expresión contraria a la arbitrariedad y el acaso<sup>751</sup>.

Me parece pertinente traer en esta sección las palabras de Kemelmajer, cuando señala: “*la familia puede tener origen en un hecho biológico (por ej., lazos que unen a un niño con su progenitora), pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a "la naturaleza"; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.*”<sup>752</sup>. Es por esto que en la historia de las sociedades las nociones sobre la familia son creaciones culturales, sujetas a permanentes cambios.

---

<sup>750</sup> Sobre Pluralismo Jurídico véase: “Los Derechos Individuales y Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina”, Konrad Adenauer Stiftung compilador Eddie Cóndor Chuquiruna, La Paz, Bolivia, 2011.

<sup>751</sup> En este sentido Savigny cita a Puchta quien postulaba que “*la costumbre para el pueblo que la establece, es un espejo donde él se reconoce*”. Savigny, Sistema de Derecho Romano..., cit., p. 41.

<sup>752</sup> La autora destaca en cuanto a la vinculación de la Familia con la cultura y características de los grupos humanos, la Declaración del XVII Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mar del Plata del año 2012, que bajo el título “*Declaración universal de los Derechos humanos de las familias*”, señalaba: “*Aceptando desde la vigencia del principio humanitario de multiculturalidad, que la familia es una estructura natural y cultural que evoluciona, y que no existe un tipo único de familia sino múltiples modelos de familia, conformados al amparo de las creencias particulares, legislaciones y reconocimiento sociales diversos, los que merecen su amplia consideración...*”. Kemelmajer de Carlucci, A., “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de octubre de 2014”, en Revista de Derecho de Familia, Nro. 4, Volumen IV - 2014, Año 2014, p. 87

En la actualidad este discurso ha sido revitalizado con el reconocimiento de un Derecho indígena cada vez más amplio y particular, sus efectos se encuentran omnipresente en todas las áreas de la vida cotidiana respecto de una sección importante de la población, por cierto, las estructuras familiares y el Derecho se incorporan dentro de esta línea<sup>753</sup>. Conforme a lo anterior, se exige el respeto por las expresiones culturales propias vinculadas a la forma de construir la familia.

### **5.1.1. ANTECEDENTES QUE JUSTIFICAN LA NECESIDAD DE INCORPORAR UN DERECHO FAMILIAR INDÍGENA AL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL.**

Podemos indicar que, desde el inicio de la conquista por parte de la corona española comenzarán a desarrollarse en forma paralela dos fenómenos jurídicos en América. Por un lado, la existencia de un Derecho impuesto desde Europa cuya continuidad se mantendrá con pocas variables luego de los distintos procesos de independencia de los Estados americanos. En otro plano, los pueblos indígenas americanos nunca abandonarán la expresión jurídica natural con la que ordenan su vida social legítimamente. Esto se expresará como un Derecho de carácter consuetudinario presente en todos los espacios de la vida comunitaria.

La presencia de grupos culturalmente diferenciados, conllevará una superposición de sistemas normativos. Dando espacio a una situación de pluralismo jurídico donde parte de la realidad se distancia del Derecho oficial. Cabe recordar desde un enfoque amplio de lo jurídico, que su elemento básico yace en la interrelación de sujetos y no en el requerimiento de un territorio para su desarrollo, siendo posible observar más de un sistema jurídico en un espacio físico.

Esta conclusión, permitirá ubicarnos en un buen punto de partida para comprender uno de los principales conflictos presentes en los sistemas jurídicos occidentales. Hasta no hace

---

<sup>753</sup> Un impulso importante para el reconocimiento de un Derecho propio indígena lo encontramos en instrumentos internacionales que reconocen esta necesidad dentro de la órbita de la protección de los Derechos Humanos, entre estos los principales son: a) Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989; b) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del año 2007. A nivel Nacional la Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas del año 1993.

mucho la respuesta desde el Derecho se sustentaba en una ficción, esto es la imposición de un sistema jurídico por la mera coacción bajo la falsa noción de una estructura unitaria<sup>754</sup>. Sin embargo, la existencia hasta nuestros días de grupos humanos regidos por normas invisibilizadas y los múltiples conflictos a los que esto dará lugar, generarán un vuelco en el paradigma rector, situándonos en la actualidad en un tiempo de apertura.

En este este escenario la técnica jurídica moderna se ha visto enfrentada a una serie de conflictos dogmáticos, entre los que es posible destacar los siguientes : a) existencia de zonas de no Derecho, en que la norma se repliega o parece ausente bajo un enfoque de realidad; b) antinomias, como consecuencia de la existencia de múltiples centros de creación jurídica no sometidos a control; c) el mantenimiento y predominio de un Derecho consuetudinario no escrito, el cual de cierta manera reúne a su vez las características de los dos anteriores<sup>755</sup>.

En el Derecho de Familia esto ha resignificado el sentido de la regulación de las relaciones personales en grupos diversos, siendo el punto de inicio para entender formas más complejas de comportamiento social y el papel de la institucionalidad como mecanismo de control social<sup>756</sup>. En el caso de las normas consuetudinarias que regulan las estructuras familiares

---

<sup>754</sup> Ehrlich fue uno de los primeros en oponerse a esta concepción resaltando el carácter arbitrario y fictivo de la unidad del orden jurídico. Desde su perspectiva la fuente principal del Derecho no se encuentra en la legislación, sino en la sociedad misma, esta es posible observarla directamente en la vida social, las transformaciones, los hábitos, los usos de todos los grupos, no solamente de aquellos reconocidos jurídicamente sino también de los grupos ignorados o despreciados por el derecho e incluso condenados por el derecho. Ehrlich, E., "La sociología del diritto", Revista internazionale di filosofia del diritto, 1992, pp. 102-107.

<sup>755</sup> Levy – Bruhl destaca que, dentro de las manifestaciones exteriores de la costumbre, existen expresiones negativas que se manifiestan en omitir la aplicación del Derecho, señalando la novedad en su tiempo que representaba la preocupación de las ciencias jurídicas por este fenómeno. Levy – Bruhl, H., *Sociología del Derecho*, traducida por Miriam De Winizky, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Paris, 1961, p.22.

<sup>756</sup> Podemos destacar como excepción el Derecho de Familia Boliviano. Este en su actual Código de Familia, establece un Capítulo III Intitulado "*De las Uniones Libres*", reconociendo en su artículo 165 una manifestación de pluralismo jurídico, señalando: (*Formas voluntarias de registro*) *Ambos cónyuges de mutuo acuerdo y voluntariamente podrán solicitar el registro de su unión:*

*Ante la o el Oficial de Registro Cívico correspondiente a su domicilio.*

*Ante la autoridad indígena originaria campesina según sus usos y costumbres, quien para fines de publicidad deberá comunicar al Servicio de Registro Cívico.*

*Se tendrán en cuenta los usos y hábitos locales o regionales siempre que no sean contrarios a la organización esencial de la familia establecida por el presente Código o que no afecten de otra manera al orden público y a las buenas costumbres.*

Sin embargo, esto se ha observado como un retroceso, teniendo presente la regulación expresa de las uniones indígenas que el antiguo Código de Familia establecía en su artículo 160 que bajo el título "*Formas prematrimoniales indígenas y otras uniones de hecho*", señalaba: "*Quedan comprendidas en las anteriores determinaciones las formas prematrimoniales indígenas como el "tatanacu o sirvinacu", las uniones de hecho*

indígenas, el problema se sitúa en los dogmas que fundan cada mirada, dado el contrapunto existente en las concepciones sobre la familia entre dos culturas muy distintas.

Debemos recordar que la concepción del colonizador en tiempos de la conquista, venía dada por una tradición religiosa más que jurídica, siendo en la regulación de la familia donde la dualidad Derecho – religión confluirán de manera indivisible como reserva prioritaria para la teología. Lo anterior, determinará el paradigma rector en el acogimiento de las estructuras familiares para el Derecho americano, efecto que se mantendrá hasta nuestros días.

Desde este enfoque, Clavero destaca que la regulación de la familia tendrá una significancia mayor, efecto que extenderá a todo el Derecho, ampliándose a la determinación de los derechos subjetivos de todas las personas. Esto se reflejará en la división por “*status*” que regirá la sociedad de la época, siendo las relaciones de parentesco reguladas de manera estratificada para fijar mayores o menores derechos para cada individuo. De manera que “*no hay derecho fuera del status y los status determinan los derechos*”, aspectos definidos a partir del enfoque que la religión introduce en las relaciones familiares<sup>757</sup>.

El modelo exclusivo que se traduce en un paradigma respecto al concepto y funcionalidad familiar será para todos los fines el matrimonio cristiano. Su imposición será prioridad dentro del proceso de conquista, estableciendo una vía eficaz para el proceso de evangelización al considerar su relevancia fundamental de constituir un sacramento<sup>758</sup>. La propuesta tendrá como sustento la existencia de un matrimonio único, monógamo, indisoluble, en que el hombre ocupa un lugar de privilegio. La adopción de este modelo se entenderá como “*un*

---

*de los aborígenes y otras mantenidas en los centros urbanos, industriales y rurales*”. Véase para estos efectos el artículo Matrimonio y Unión Libre, en La Razón Gaceta Jurídica, diciembre, 2015. Disponible en: [http://www.la-razon.com/index.php?url=/la\\_gaceta\\_juridica/matrimonio-union-libre\\_0\\_2189181091.html](http://www.la-razon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/matrimonio-union-libre_0_2189181091.html)

<sup>757</sup> Así indica Clavero que mientras el resto del Derecho creado por jurisconsultos regía a la República, es decir, a la sociedad política, la teología lo hacía con la familia, con la comunidad doméstica, “*el teólogo y el jurista, concurrían a la determinación del Derecho de poblaciones extrañas a su religión y a toda su cultura, sin sentimiento alguno de incomodidad*”. Clavero, B., *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Editorial Siglo XXI, México, 1994, pp. 9 - 10.

<sup>758</sup> Debemos destacar que América recibirá el influjo del Derecho matrimonial canónico modificado luego del Concilio de Trento en 1563, en el que mediante el Decreto Tametsi que establece el fin de matrimonio sin forma, determinando que el matrimonio solo será jurídicamente válido mediante la declaración formal del consentimiento ante un párroco y los testigos. Este sistema es introducido mediante la Real Cédula de Felipe II, el 12 de junio de 1564

*signo de civilización y la meta ideal hacia la que habría de tender la dinámica del progreso humano*<sup>759</sup>.

En el Derecho de familia este dogma estará contenido inicialmente en las normas del Derecho castellano, mediante la recopilación de las Leyes de India, las leyes de Toro y las Partidas<sup>760</sup>. En todos estos instrumentos jurídicos se observa una alta regulación de las formas familiares, incorporando solemnidades e impedimentos para el vínculo matrimonial<sup>761</sup>. Posteriormente, estos principios se fijarán en el denominado Derecho indiano, como resultado asimétrico de la elaboración normativa para este encuentro entre culturas.

Debemos recordar que la cuestión sobre la influencia del elemento jurídico indígena en la confección del Derecho indiano, es una cuestión poco pacífica para la doctrina. Por un lado, se postula que esta inclusión fue menor, llegando incluso a negarla. Sin embargo, la posición mayoritaria, señala que se incorporarán sólo las costumbres que no sean contraria a la religión ni al Derecho<sup>762</sup>. Cualquiera sea la posición, podemos indicar con certeza que, en el contexto del Derecho de familia, las costumbres originarias quedarán excluidas en su totalidad por no cumplir con ningunos de estos requisitos.

Este único modelo familiar reconocido como válido servirá para imponer el concepto de la familia cristiana, cuyo matrimonio canónico tendrá exclusividad en el ordenamiento jurídico cuestión que se mantendrá inalterable por largo tiempo. Cabe resaltar que este modelo exportado a América, no coincidirá con el tipo familia cristiana existente en la Europa de aquellos tiempos. Dentro de sus principales características podemos destacar: a) la imposición de la monogamia; b) la libertad de elección conyugal; c). la concepción negativa

---

<sup>759</sup> Orlandis, J., *La vida cristiana en el siglo XXI*, Editorial Rialp, Madrid, 2001, pp. 70 – 71.

<sup>760</sup> Sobre esta materia aporta interesantes datos sobre las génesis de las Leyes de Toro y su vinculación a las instituciones familiares. Bermejo Castrillo, M., *Entre Ordenamientos y Códigos, Legislación y Doctrina sobre la Familia a partir de las Leyes de Toro*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.

<sup>761</sup> En esta posición encontramos a García Gallo quien postulaba “*el Derecho Indígena siempre se le ha considerado como no indiano*”. García-Gallo, A., *Metodología de la Historia del Derecho indiano*, Santiago de Chile, 1970, pp. 19-20.

<sup>762</sup> En esta posición Tomas y Valiente alude a una ley de Carlos V de 1555 en la que se permitía que las leyes y costumbres indígenas que se confrontaran con la religión ni con las leyes de indias se guardaran y ejecutarán. Tomas y Valiente F., *Manual de historia del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2012, p.341. En posición similar Tau Anzoátegui V. *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho consuetudinario en América Hispana hasta la emancipación*. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001; 364 pp.

de la sexualidad, d) el parentesco bilateral y; e) la ausencia de cualquier obligación moral hacia los ancestros.

Esta estructura dará paso en el futuro al concepto de familia criolla que surgirá del encuentro desigual entre una clase dominante y otra dominada. Este escenario propiciará las condiciones normativas, para que surjan parejas informales o uniones libres, es decir, todas aquellas que están fuera de la nueva formalidad impuesta. De manera que, *“aunque muchas cosas han cambiado desde la configuración original del carácter criollo, aún persiste la dualidad entre códigos y normas familiares fuertemente conservadoras, en un extremo, y prácticas populares generalizadas de informalidad en el otro”*<sup>763</sup>.

Este legado que establece una posición de privilegio a la institución matrimonial, pasará luego al Derecho nacional manteniéndose hasta la actualidad<sup>764</sup>. Así, desde la Independencia de la República hasta la aprobación del Código Civil, el Derecho de familia vigente seguirá la tradición jurídica española. En el caso chileno recién en 1884 se seculariza la institución, pero la unión matrimonial seguirá siendo la única estructura familiar regulada en forma orgánica en el ordenamiento jurídico nacional, hasta entrado el siglo XXI en que el AUC se incorpora al sistema legal<sup>765</sup>.

Como hemos referenciado, la conquista estará guiada por principios definidos no en el Derecho sino por la teología, en esto hundirá sus raíces la presunción civilizatoria. Fuera de ella, podrán existir otras prácticas pero no otra religión, podrán existir costumbres jurídicas

---

<sup>763</sup> Therborn G., *Familias en el Mundo, Historia y Futuro en el Umbral del Siglo XXI, en Cambio de las Familias en el Marco de las Transformaciones Globales: Necesidad de Políticas Públicas Eficaces*, CEPAL, Santiago, 2004, pp. 5-8.

<sup>764</sup> Señala Del Pico, , *“lo que traducido al Derecho privado y en especial a la regulación del matrimonio, determinó la vigencia sin solución de continuidad del matrimonio católico regido por el derecho canónico, cuyas bases fueron instauradas por el Concilio de Trento”*. Del Pico, J., *Derecho Matrimonial...*, cit., p. 1.

<sup>765</sup> No obstante, un primer atisbo de secularización ocurrirá antes, en cuanto en 1844 se creó otra forma de matrimonio por medio de la “Ley de matrimonio de disidentes”, la cual permitía el matrimonio para los laicos, pero la ceremonia se debía celebrar de todas formas frente a un párroco. En el año 1884 se promulgó la Ley de Matrimonio Civil, el principal cambio será la exclusión, más bien, el término de la exclusividad de las autoridades eclesiásticas en cuestiones vinculadas al estado civil. Para ello se derogarán varios artículos del Código Civil. En esta línea, se creará la institución del Registro Civil y se introduce la figura de los Oficiales de Registro civil quienes serán los únicos encargados y autorizados por esta ley para celebrar matrimonios. Además, estas modificaciones darán plena libertad a los contrayentes para decidir si obligarse a los requisitos y formalidades de la religión a la que pertenezcan o solo a la forma civil sin afectar la validez del vínculo.



pero jamás un Derecho distinto al del imperio colonizador<sup>766</sup>. En relación a la inserción del elemento consuetudinario indígena, su presencia será negada en el Derecho de familia mientras que en otras áreas se mantendrá solo una parte minoritaria<sup>767</sup>.

Tanto la promoción del monismo como la introducción del matrimonio cristiano, afectarán directamente la identidad cultural de las comunidades indígenas, limitando la importancia sociocultural que revisten sus propias estructuras familiares. Durante este período diversos pueblos verán degradadas sus costumbres, y con ello la persistencia de su cultura<sup>768</sup>. Al mismo tiempo, se modificarán actividades esenciales para la colectividad como la economía, la organización social, las formas de reproducción sexual, la distribución de las labores, la religiosidad, entre otras.

Diferentes factores resultarán incompatibles e incomprensibles del nuevo orden normativo para los pueblos originarios. Entre estos elementos, sólo por nombrar algunos podemos indicar, la estructura de impedimentos de parentesco, el repudio o divorcio, la forma de manifestar el consentimiento matrimonial entre otros. Estas circunstancias contribuirán a la conquista no solo de los cuerpos, sino del espíritu y la conciencia. La resistencia por parte de la población para acoger este paradigma jurídico, conllevará un desafío de adaptación

---

<sup>766</sup> Señala Bravo: “la única limitación que se impuso a esta vigencia de los derechos indígenas fue la exclusión de prácticas contrarias a la fe católica, al Derecho natural o a la legislación real para indias como los sacrificios humanos, la antropofagia y demás”. Bravo, B., “El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla” en Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LVIII, Madrid, 1988, p.3.

<sup>767</sup> En este sentido, señala González que dentro del ordenamiento jurídico de los pueblos aborígenes, sus normas relativas a lo que hoy llamaríamos “*Derecho de Familia*, fueron las más combatidas por los misioneros y los funcionarios del rey. La conversión a la fe cristiana llevaba aparejada la admisión de la regulación canónica sobre matrimonio y filiación. La costumbre “licenciosa” de los indígenas también resultaron contrarias a la nueva fe. Se aprovecharon, por el contrario, en beneficio del rey, las normas relativas a la tributación y se establecieron los servicios personales”. González M., “El periodo Colonial y su Legado” en la obra colectiva *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos, coord. H. Fix-Fierro et alii coordinadores, UNAM, México, 2014, p.97.

<sup>768</sup> Así se utilizan los términos de la “*Ética de la conquista*”, o de la “*colonialidad del poder*”, como el proceso de invasión espiritual interno que acompaña a la usurpación militar de los pueblos originarios, esto como un ejercicio ético de transformación de cuerpos y conciencias, que significará la extinción de una cultura y la opresión de la cosmovisión de los pueblos nativos, bajo la tutela de un imperio cristiano, sustentada únicamente en el poder y no en la “*auctoritas*”. Scott, J., *Los Dominados y el Arte de la Resistencia*, Discursos Ocultos, traducción de J. Aguilar, Editorial ERA, México, 2000, p.39.

constante de la legislación canónica matrimonial, llegando incluso a solicitar de la sede apostólica una normativa específica vía dispensas para los territorios de las Indias<sup>769</sup>.

En este periodo los sujetos de las distintas naciones americanas habitarán al margen del nuevo Derecho, aplicando algunas ideas de Tocqueville que permiten tener una noción en cuanto a su percepción, este expresaba “*piensan, en rigor, que todo ello tiene poco que ver con él y que es asunto, más bien, de un gran desconocido, dueño de un gran poder*”, cuando es necesario se replegarán frente a la fuerza, pero tan pronto esta se retire su expresión natural vuelve a su cotidianeidad<sup>770</sup>. Este repliegue será hacia sus costumbres, única fuente legítima de su concepción de lo jurídico.

Este repliegue y el fuerte legado cultural que se traducirá en tradiciones, permitirán la subsistencia de estas costumbres en el tiempo pese a la constante coacción ejercida para su asimilación a la cultura occidental. Entre las costumbres que persisten respecto a las estructuras familiares, ocupan un lugar relevante las uniones libres como el “*servinacuy*” o convivencia prenupcial, el matrimonio indígena o “*chacha warmi*” en el caso de las comunidades andinas, o el parentesco espiritual.

Este factor resulta elemental para el Derecho ya que tal como indicara Weber, un orden sostenido sólo por motivos racionales será en general “*mucho más frágil que otro que provenga de una orientación hacia él mantenida únicamente por la fuerza de la costumbre, por el arraigo de una conducta; la cual es con mucho la forma más frecuente de la actitud*

---

<sup>769</sup> A modo de ejemplo, podemos destacar un documento del tiempo del virreinato del Perú, este contiene la Relación de los capítulos que el Dr. Cuenca, oidor de la Audiencia de Lima, envió al concilio provincial en España: “*Algunos sacerdotes -se dice en un informe- acostumbra a juntar los indios e indias solteros del repartimiento que tienen a cargo..., y sin tener consideración a la voluntad y consentimiento de los indios, los casan con los que a los sacerdotes parece, dando por mujer al indio la que el padre le señala, y como los indios son muchachos por entonces, por hacer lo que el padre les manda dicen que se casan y después no hacen vida con aquellas mujeres, diciendo que ellos no se casaron, sino que el padre los casó, y sobre esto he visto muchos pleitos en esta visita*”. en Colección de documentos para la historia de la Iglesia en el Perú, 2, Sevilla 1944, p. 351

<sup>770</sup> De Toquerville, destaca que cuando las naciones llegan a este punto, “*requieren cambiar sus leyes o sus costumbres, o que perezcan, pues la fuente de las virtudes públicas está en ellas agotada; en tales circunstancias, encontrándose todavía súbditos, pero sin que se vean ya ciudadanos*”. De Tocqueville A., *La Democracia en América*, traducido por De Dolores Sánchez de Aleu, Tomo I, Alianza Editorial, 2002, Madrid, pp. 98 – 99.

*íntima*”<sup>771</sup>. Este elemento se vincula directamente con la legitimidad de la norma y finalmente con la validez del Derecho<sup>772</sup>.

Desde la perspectiva de la regulación de la familia y las estructuras familiares, este se asocia en la medida en que un grupo de personas comparten los mismos supuestos y reglas con respecto a cómo organizar su vida familiar, es decir, comparten un sistema familiar. Este aspecto elevado esto al contexto cultural, se extiende más allá de ser solo una ideología o un discurso, sino que se convierte en formas socialmente heredadas de generación en generación.

Esto es lo que Robichaux ha llamado la *lógica cultural*, como las normas y valores heredados socialmente que dan las pautas para la resolución de problemas específicos de la vida humana. Estas normas “*se plasman en prácticas concretas y pautan los procesos de residencia post-marital y de transmisión intergeneracional de bienes y derechos. Se manifiestan al producir morfologías familiares concretas en las distintas etapas de determinados ciclos de desarrollo de los grupos domésticos*”<sup>773</sup>.

Hemos señalado que esta imposición de patrones impropios y la invisibilidad en que serán sumergidas las estructuras familiares indígenas, no cambiará con la proclamación de independencia de las distintas naciones americanas. En contrario, conforme los paradigmas de la época, estas procederán de manera confusa a proclamar la igualdad de derechos para la población indígena. En el caso de Chile, el libertador O’Higgins dictará un Bando Supremo el 04 de marzo de 1819, en este les reconocerá capacidad jurídica a los indígenas e indicará entre otras cosas, su derecho a contraer matrimonio.

---

<sup>771</sup> Weber M., *Economía y Sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducido por J. Medina Echavarría et alii., Madrid, 2002, p.25.

<sup>772</sup> Podemos diferenciar la “*auctoritas*” como el mandato ejercido en el reconocimiento de los súbditos hacia la autoridad, mientras que en el poder existe carencia de esta legitimidad, acatando solo por temor del yugo, del uso de la fuerza. Martínez de Bingas, A., *Los Pueblos indígenas y el Discurso de los Derechos Humanos*, en Cuadernos Deustos de Derechos Humanos, N° 24, Bilbao, 2003, pp. 15-23.

<sup>773</sup> Robichaux, D., *Familia y diversidad en América Latina*, en Familia y diversidad en América Latina: estudios de casos, David Robichaux compilador, CLACSO, Buenos Aires, 2007, p. 27.

Esta declaración de igualdad de Derecho, contribuirá al sometimiento de la población indígena al Derecho Patrio, esto bajo el propósito aparente de mejorar su condición establecerá una serie de garantías, pero la legitimidad del sistema jurídico no cambiará; tampoco reflejará un respeto por sus instituciones jurídicas propias<sup>774</sup>. La falta de claridad respecto a los efectos que provocaría esta declaración de igualdad en una población naturalmente distinta, profundizará su inexistencia jurídica en el contexto familiar. Tal como declarase Levaggi “*a los indios poseedores de otra cosmovisión, dicha declaración no les reportaba ningún beneficio práctico*”, esta igualdad que se les otorgará, apenas alcanzará el carácter de metódica, es decir, una naturaleza abstracta o teórica<sup>775</sup>.

Durante toda esta transición se socavará profundamente la tradición jurídica de la comunidad, cuestionando los fines del Derecho vigente y en general la utilidad del sistema jurídico. De ahí, la necesidad que el Derecho se manifieste como una expresión de la identidad cultural de cada pueblo<sup>776</sup>. Si, además particularizamos este contexto al ámbito propiamente familiar, esta inconsistencia resulta cotidiana percibiéndose en hábitos generales, el resultado será un estado de tensión, respecto a las conductas habituales que un Derecho distante no logra modificar.

Es por lo precedente que la respuesta primaria del Derecho de familia se sustenta en las costumbres predominantes en cada época, intentando vincular el ordenamiento jurídico a los

---

<sup>774</sup> El tenor del Bando Supremo el 04 de marzo de 1819 será el siguiente: “*El Gobierno Español, siguiendo las máximas de su inhumana política, conservó a los antiguos habitantes de la América bajo la denominación degradante de Naturales. Era esta una raza abyecta que pagando un tributo anual, estaba privada de toda representación política, y de todo recurso para salir de su condición servil. Las Leyes de Indias colorían (sic) estos abusos, disponiendo que viviesen siempre en clase de menores bajo la tutela de un funcionario titulado Protector General de Naturales. En una palabra, nacían esclavos, vivían sin participar de los beneficios de la sociedad, y morían cubiertos de oprobio y miseria. El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción preciosa de nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto, declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos, y libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz y representación concurriendo por si mismos a celebrar toda clase de contratos, a la defensa de sus causas, a contraer matrimonio, a comerciar*”.

<sup>775</sup> Levaggi A., “La Protección de los Naturales por el Estado Argentino (1810-1950): El problema de la Capacidad”, en Revista Chilena de Historia del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, 1990-91, N° 16, p. 450.

<sup>776</sup> Merryman indica al respecto “*La tradición jurídica relaciona el Derecho con la cultura, de la cual es expresión parcial. Pone al derecho en perspectiva cultural*”. Merryman, J. y Pérez-Perdomo, R., *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 2007, p. 2.

gobernados bajo una premisa de legitimidad<sup>777</sup>. Esta circunstancia no estará entregada al azar, sino tal como señala Grossi, en el universo jurídico “*la costumbre es manifestación y encarnación*” del Derecho, en cuanto no es un principio o un proyecto, sino realidad que se manifiesta cuando la comunidad lo vive<sup>778</sup>. En similar perspectiva, se ha dicho que en el Derecho consuetudinario coinciden tanto validez y eficacia en una norma<sup>779</sup>.

Esta realidad ha comenzado a ser acogida por los tribunales nacionales de diversos ordenamientos jurídicos, las principales herramientas para generar una apertura a las estructuras familiares indígenas han sido: a) el acogimiento del Derecho a la identidad cultural; y b) el reconocimiento de la costumbre como fuente de Derecho para la población tutelada por ella. En esta dirección nuestros tribunales han declarado que “*Desde los primeros albores de nuestro vida republicana se ha reconocido que no es aplicable el derecho común a los pueblos originarios existentes en nuestra patria en relación a la forma de constitución y de acreditación del estado civil, como consecuencia de aceptarse que la familia en dichos pueblos se estructura sobre la base de moldes, valores, y creencias diversas a las del modelo occidental predominante*”<sup>780</sup>.

---

<sup>777</sup> Luhmann, Al analizar la realidad del Derecho positivo, resalta lo que resulta aún discutible es si el Derecho tal como rige, necesita una legitimación más allá de sí mismo. De lo contrario, su calidad permanece sin ser aclarada. Complementa, que el Derecho “*derecho debe ajustarse al tiempo y a las situaciones, y justamente este esfuerzo de acomodación excluye que este tipo de derecho pueda ser arbitrario*”. Luhmann, N., *El Derecho de la Sociedad*, traducción de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, 2005, pp. 93-94.

<sup>778</sup> Grossi, P., *La Primera Lección de Derecho*, trad. De Clara Álvarez, Editorial Marcial Pons, 2006, pp. 87 – 88.

<sup>779</sup> Bobbio, nos señala que esta coincidencia ocurre por los factores propios que integran la costumbre jurídica, esto por un lado la reiteración de un mismo hecho en la comunidad (eficacia), acompañado de una forma jurídica, es decir, la noción de su carácter de obligatorio (validez). Bobbio N., *Teoría...*, cit. n.43, p.37.

<sup>780</sup> En esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, el tribunal de alzada debió pronunciarse respecto a la normativa aplicable para acreditar el estado civil de las personas perteneciente a la etnia mapuche. Para este efecto, el tribunal manifiesta la necesidad de ajustar estar circunstancias a sus costumbres y derechos consuetudinarios, resolviendo conforme a normas especiales para la población originaria y a normas contenidas en tratados de Derechos Humanos. Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol N° 332-2013 de fecha 15/07/2013.

### **5.1.2. LA RELEVANCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA COSTUMBRE EN LA INCLUSIÓN DE LOS MODELOS FAMILIARES INDÍGENAS.**

En cuanto a la relación entre Derecho y costumbre debemos destacar primeramente que este no es un problema filosófico sino principalmente histórico<sup>781</sup>. Así es posible sostener que, uno de los reflejos de la dinámica jurídica consiste en un vaivén permanente entre un Derecho espontáneo de carácter consuetudinario y un Derecho escrito surgido de la reflexión del legislador. Este transitar en la historia se ha manifestado con distinta intensidad, si bien, la referencia instantánea se remite al último proceso de codificación representado por la elaboración del Codex Francés, es posible observar procesos de características similares desde tiempos remotos<sup>782</sup>.

De esta manera, tempranamente se manifiesta en Roma la transición de un Derecho consuetudinario a una etapa de Códigos. Un ejemplo, lo observamos en las leyes de las XII Tablas. Este proceso se replicará en distintas comunidades simultáneamente, siendo común la transformación de costumbres conservadas en la memoria de ciertas castas a leyes grabadas sobre tablas y exhibidas públicamente<sup>783</sup>.

El principal fundamento que se alude en la génesis de los procesos de codificación, se asienta en la necesidad de seguridad jurídica, según la doctrina esta suele estar ligada a periodos de expansión económica, a procesos de intercambios que suelen poner de manifiesto lo inadecuado de un sistema jurídico. Esto tendría a su vez injerencia en la proliferación de legislación complejizando a su vez el sistema de fuentes del Derecho, produciendo lo que Cabrillac denomina crisis de las fuentes del Derecho<sup>784</sup>.

---

<sup>781</sup> Según Bodenheimer desde esta perspectiva en nuestra época la costumbre comprende aquellas reglas de conductas que el Estado no considera suficientemente importante para integrarlas como reglas generales. Bodenheimer, E., *Teoría del Derecho*, Trad. Vicente Herrero, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 103.

<sup>782</sup> En opinión de Ross la aversión de la revolución francesa por el Derecho consuetudinario y la jurisprudencia como fuentes del Derecho, se vincula a una reacción general que tiene como base la existencia de muchas costumbres difíciles de armonizar y de una jurisprudencia corrupta y arbitraria, esto allanará el camino para que “*los revolucionarios ansiaran la ley como la nueva tierra prometida*”. Ross, A., “*Teoría de las fuentes...*”, cit., p.89.

<sup>783</sup> Sumner, H., *El Derecho Antiguo*, Editado por Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893, p. 21.

<sup>784</sup> Cabrillac, R., “*Las Codificaciones...*”, cit., pp. 76 – 89.

Resulta clarificador indicar que la creación jurídica predominante a partir del siglo XIX, centrará mayoritariamente su atención en el estudio de la norma jurídica y en el establecimiento de sistemas jurídicos coherentes. La doctrina más brillante de cada tiempo, estudiará la solución a los principales problemas que plantea la noción de un sistema jurídico único<sup>785</sup>. Sin embargo, los contrapuntos que plantea la existencia de más de un ordenamiento jurídico y la coordinación de esta relación, resultará una cuestión de difícil resolución hasta nuestros días.

En opinión de Bobbio entre los principales conflictos que esta realidad nos plantea se encuentra: a) determinar si el conjunto de normas se conforma como una unidad; b) definir la existencia de jerarquías entre ellas; c) determinar si este conjunto de normas, logra el carácter de sistema; esto último dirigirá la atención al estudio de las antinomias; d) definir si este sistema es completo, con ello se estudiará la respuesta a las lagunas legales<sup>786</sup>.

Desde esta perspectiva, en momentos en que los movimientos ideológicos respecto a las fuentes del Derecho parecieran haber logrado un sosiego bajo la sombra del predominio de la ley, el dinamismo constante de la humanidad y su reorientación en su concepción de lo justo, nos pondrá en la necesidad de acudir nuevamente a desempolvar la costumbre como herramienta para resolver los conflictos que se presentan en nuestra sociedad compleja.

En la actualidad respecto a la base del Derecho occidental, es posible sostener que sus cimientos se estructuran en antecedentes poco contrariados. Entre los principios más relevantes sobre los cuales surge, están los siguientes: a) la asunción omnipotente de la ley como principal fuente de Derecho<sup>787</sup>; b) el Estado como único ente encargado de crear el

---

<sup>785</sup> Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, 1994, p.152.

<sup>786</sup> Un interesante estudio sobre la teoría de las fuentes del Derecho véase en: García- Gallo, A., *Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho. Manual de Historia del Derecho Español II*, segunda edición, Madrid, 1964.

<sup>787</sup> Según esta opinión, todo Derecho, en su estado normal, no es más que el resultado de la ley, esto es, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado; la ciencia del Derecho se ocupa únicamente de este contexto. Savigny, critica el sentido que ha tomado el Derecho y la Ciencia Jurídica, en cuanto a su carácter variable, señalaba en su tiempo, que es perfectamente posible que el Derecho de hoy sea en un todo distinto del de ayer. Por donde un Código perfecto estimase una necesidad capital, y sólo cuando falta, se cree poder recurrir, como por triste necesidad, a la ayuda del Derecho consuetudinario, que se conceptúa, por lo demás, vago é insuficiente suplemento. Savigny K., *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, Traducido por A. Posadas, La España Moderna, Madrid, p.21

Derecho; c) reducción del juez a la voz de la ley, restringiendo sus facultades de interpretar el Derecho; d) por ello, el Derecho escrito se exhibe en nuestros días como la respuesta acabada de la ciencia jurídica, con miras a terminar con la incerteza e inseguridad.

Este enfoque de lo jurídico resulta a la medida bajo el paradigma de una sociedad entendida como la reunión jurídica de intereses individuales, en la cual se subordina el sentido de lo común, permitiendo entender que la política moderna “*disuelva la legitimidad en la legalidad establecida y, mediante ella, termina atentando contra toda legitimidad posible; pues si la legitimidad radica en la ley, entonces, el pueblo está de más: la política se vacía de todo contenido real, se vuelve inevitablemente formal*”<sup>788</sup>.

Postulamos que en estos tiempos un estudio de la costumbre indígena con enfoque jurídico y su relación con las estructuras familiares resulta relevante por diversas razones. Primero, porque el Derecho consuetudinario es una expresión de la estructura social - cultural de un pueblo, sobre la cual se construye cualquier expresión de lo jurídico dentro de un contexto de legitimidad, validez y pertinencia propio del paradigma democrático. En este sentido, la vieja escuela histórica postulaba que el Derecho emanaba del espíritu del pueblo “*volksgeist*”, igual que la lengua y el folclore<sup>789</sup>.

También porque se asocia al requerimiento que existe en el Derecho actual para que los Estados apliquen los derechos propios de los pueblos indígenas en la resolución de sus conflictos como reconocimiento del derecho a la autodeterminación que tienen todos los pueblos. Esto ha adquirido mayor fuerza a partir de la vigencia de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vinculados a los pueblos indígenas, incorporando la necesidad de que los Estados acepten y apliquen las instituciones propias de cada cultura. Este último factor resulta crucial por la relevancia que un buen Derecho tiene para la

---

<sup>788</sup> Bautista, R., “*La Descolonización de la Política: Introducción a una Política Comunitaria*”, Plural Editores, La Paz, 2014, pp. 131-132.

<sup>789</sup> Una de las vertientes de esta escuela se dedicará entonces a estudiar el Derecho como una expresión propia y diferenciada de cada pueblo. Por su parte otra línea, se centrará a analizar el Derecho Romano como una expresión superior de perfección de un sistema jurídico, esta última es la que ha dejado un mayor legado en atención a la realidad del fenómeno jurídico en nuestros tiempos.



identidad cultural de un pueblo<sup>790</sup>. Haberle señalaba al respecto que “*La identidad sólo es posible a través de la cultura, no a través de la economía. El concepto quizás esté "lastrado de ideología", pero sin embargo se deja manejar con frecuencia de forma absolutamente jurídica, no sólo allí donde debe interpretarse como texto escrito, porque es vinculante*”<sup>791</sup>.

Desde la perspectiva jurídica la costumbre históricamente se ha manifestado como la forma genuina que tiene la sociedad de resolver sus conflictos. De esto deriva la asociación del Derecho consuetudinario a una etapa primitiva, previa a un Derecho que se presume mejor<sup>792</sup>. Esto se conforma a la vez, como una de las fuentes de mayor relevancia en el tiempo, desde esta dimensión elabora de manera continua, permanente y silenciosa la norma jurídica<sup>793</sup>. Tal como señalase Levy – Bruhl, es la fuerza vital de las instituciones jurídicas, que tiene una esfera de aplicación de carácter indefinido<sup>794</sup>.

Un análisis acabado de la costumbre dará cuenta que su relevancia se extiende más allá de su carácter de fuente de Derecho, punto al que se refieren generalmente los estudios con enfoque jurídico como consecuencia del predominio de la teoría normativista<sup>795</sup>. Por el contrario, su

---

<sup>790</sup> Desde las Ciencias Sociales se ha señalado que la identidad cultural es primordial porque la pertenencia al grupo étnico “es la primera y la más fundamental de las pertenencias sociales, aquella en la que se crean los vínculos más determinantes porque se trata de vínculos basados en una genealogía común”. De esta manera, se vinculan aspectos estructurantes para la pertenencia de los individuos a un colectivo, tales como la lengua, la cultura, la religión, la solidaridad, el vínculo a un territorio, entre otros. Cuche, D., *La Noción de Cultura en las Ciencias Sociales*, traducido por P. Mahler, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2002, p. 108.

<sup>791</sup> Haberle, P., “Aspectos Constitucionales de la Identidad Cultural”, traducido por Juan José Palá, en *Revista Derechos y Libertades* Número 14, Época n, enero 2006, p. 98.

<sup>792</sup> Señala Carbonnier que el Derecho Consuetudinario siendo el más antiguo y auténtico, tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión; por ello, el advenimiento del Derecho escrito, el cual será visto y sigue siendo tenido como un medio de certeza con características de formalidad, publicidad, estabilidad que contribuyen a dar seguridad jurídica. Carbonnier, J., *Tendances actuelles de l'art législatif en France*, en *Essais sur les lois*, 2e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995, p. 266.

<sup>793</sup> En este sentido, indicaba Savigny que todo Derecho nace como Derecho consuetudinario; “según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador”. Savigny, K., *De La vocación...*, cit. n. 4, p. 21.

<sup>794</sup> Levy – Bruhl, H., *Sociología del Derecho*, cit., p.22.

<sup>795</sup> Bobbio señala que la historia del hombre se pregunta cómo un conjunto de ordenamientos normativos que se suceden integrándose y contraponiéndose. Así, estudiar una civilización desde el punto de vista normativo, significa cuestionarse respecto a que acciones fueron prohibidas, permitidas y cuales se definieron como obligatorias, es decir cuál fue la dirección en la que se encamino a los individuos. Bobbio, N., *Teoría General...*, cit. n. 4, p.4.

importancia radica en su carácter multifactorial asociado a elementos de validez y eficacia, como también a una variable de tipo política<sup>796</sup>. De esta forma, presenta una utilidad permanente para el Derecho, como una amalgama que une las distintas piezas de un rompecabezas.

Para Grossi la costumbre jurídica es “*un hecho humano que se repite de una manera duradera porque, en este hecho, la conciencia colectiva encuentra un valor que debe observar y conservar*”<sup>797</sup>. Cabe destacar su relevancia como producto social, cuyo origen radica en la colectividad, suprimiendo la ficción de la representatividad democrática de los sistemas modernos.

Así la costumbre nace como elemento natural de la soberanía popular, a *contrario sensu*, cuando el Derecho se incorpora a un Código su elaboración se construye desde afuera, teniendo como premisa la representación del legislador, perdiendo su construcción espontánea y directa. Este aspecto es una diferencia esencial entre este Derecho espontáneo y su símil moderno, ya que las normas que emanan de las prácticas consuetudinarias nacen y actúan simultáneamente en la conciencia colectiva. Por el contrario, la ausencia de esta conexión provoca que en el Derecho reflexivo la coacción pasa a tener la naturaleza de un elemento esencial.

Por ello para Weber la costumbre aparece como una norma no garantizada exteriormente mediante coacción, a la que de hecho se atiene el actor en forma voluntaria, ya sea sin reflexión o por comodidad, cuyo probable cumplimiento puede esperar de otros hombres pertenecientes al mismo círculo por las mismas razones. Desde esta perspectiva, la costumbre no encaja en la naturaleza propia de una norma jurídica, cuyo elemento diferenciador es justamente dicha coacción. Sin embargo, por su naturaleza actúa como una importante fuente

---

<sup>796</sup> En este sentido, Ross parafraseando a Kelsen, destaca que el Derecho consuetudinario surge de la práctica ejercida por todos los miembros de la comunidad, calificándolo por ello como “*extremadamente democrático*”. Ross, A., *Teoría...*, cit. n. 249, p.370.

<sup>797</sup> Para Grossi el Derecho no nace en sus orígenes como una revelación escrita de la divinidad o de la sabiduría de los sabios, sino de un hecho que se repite y se extiende en el tiempo, como de una observancia colectiva que se constituye principalmente como un elemento de adhesión. Grossi, P., *La Primera Lección...*, cit., p.85.

generadora de Derecho, en cuanto “*el tránsito de costumbre al Derecho es absolutamente fluido. Por doquier, lo que de hecho se viene haciendo es padre de lo que luego pretende validez*”<sup>798</sup>.

Resulta innegable en todos los tiempos, que junto al Derecho promulgado se desarrollan fenómenos jurídicos paralelos que la técnica moderna no logra encajar plenamente en su noción de sistema jurídico. Todos estos aspectos se presentan en la actualidad en relación a las normas consuetudinarias vinculadas a la familia indígena, siendo posible observar la ausencia casi total de normas que permitan dar valor a las estructuras familiares indígenas, particularmente a las uniones libres generadas dentro de este contexto. Por su parte, las pocas regulaciones particulares, tienden a asimilar sus formas y efectos a la estructura occidental.

Desde la última década del siglo XX emerge lo que Yrigoren ha llamado el “*horizonte pluralista*” como un nuevo modelo de gestión de la multiculturalidad, este “*se da en el contexto del cuestionamiento internacional a los quinientos años del “Descubrimiento/ Invasión”, la adopción del Convenio 169 de la OIT, los movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas, y las reformas constitucionales en más de una quincena de países en Latinoamérica*”. Lo medular de esta mirada es que abrirá un proceso de cuestionamiento a las herencias de los periodos anteriores.

En primer lugar, se plantea el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos. Luego, se cuestionan dos herencias centrales de la juridicidad republicana: los binomios Estado-nación y el Estado-derecho. Como efecto se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea, y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística y legal. Al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades y formas de justicia<sup>799</sup>.

---

<sup>798</sup> Weber M., “*Economía...*”, cit., p.24.

<sup>799</sup> Sobre Pluralismo Jurídico ver: Yrigoren Fajardo, R., “Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, en Revista El Otro Derecho, número 30., junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

Al respecto señala Talavera Fernández “El término “cultura” puede entenderse de formas muy diversas. Puede aludir, en sentido débil, a un conjunto de costumbres particulares propias de grupos étnicos, grupos de edad, clases sociales o, incluso, grupos de similar tendencia sexual. Pero también puede referirse, en sentido fuerte, a un conjunto de pautas de pensamiento y de conducta que orientan las actividades y producciones materiales e intelectuales de un pueblo y que pueden diferenciarlo de los demás; la cultura incluye entonces formas de conducta, reguladas por normas y sustentadas por valores que las legitiman y hacen comprensibles ... Naturalmente, cuando hablamos aquí de cultura nos estamos refiriendo a ese sentido fuerte, que vendría a representar una especie de cosmovisión; es decir, un modo de concebir el sentido de la vida y de la muerte, que justifica la existencia de diferentes normas y valores morales. Una cosmovisión, más o menos perfilada, que una generación adulta quiere legar a sus descendientes; de ahí que las culturas sean intergeneracionales”<sup>800</sup>.

El dinamismo del Derecho determina que iniciado el siglo XXI, este paradigma está cambiando nuevamente como una necesidad de satisfacer los fines del Derecho desde una mirada más pluralista. Como primera etapa, en diversos sistemas se ha acogido positivamente la noción de pluralismo jurídico<sup>801</sup>, esto se consagrará como una exigencia a partir del requerimiento de la estructura internacional vinculada a los Derechos Humanos. En esto cobra sentido, las líneas de Carbonnier cuando señalaba que las costumbres como expresión de una ideología se constituyen como un motor de cambio de *las partes envejecidas de un código*, y estas, amparadas en una ideología se constituyen como una fuente impenetrable para el Derecho<sup>802</sup>.

---

<sup>800</sup> Talavera Fernández, P., “*Diálogo intercultural...*”, cit., p. 21.

<sup>801</sup> Ejemplo de lo anterior son las diversas naciones latinoamericanas, quizás el más amplio lo encontramos en la actual Constitución boliviana del año 2009, en su Art. 1, define al Estado Boliviano como “Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, determina que se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. Otro ejemplo de este reconocimiento lo encontramos en: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, está en su artículo N°2 reconoce tanto el carácter pluricultural de la nación como su obligación de respetar el Derecho Consuetudinario Indígena; también en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su capítulo VIII sobre derechos humanos de los pueblos indígenas; en Ecuador la nueva Constitución del año 2008 en su artículo N°1 se reconoce como plurinacional, entre otros.

<sup>802</sup> Carbonnier, J., “*Ensayo sobre...*”, cit., pp. 142-144.

Esta revalorización de la costumbre indígena ha influido en la concepción general del Derecho latinoamericano, en la actualidad el concepto Derecho indígena tiene una doble connotación. Primero, se vincula al ordenamiento jurídico positivo estatal, es decir, a las normas creadas por el Estado, cuyos destinatarios son las comunidades originarias. Un ejemplo, es la propia Ley Indígena creada por el Estado chileno. También, el término se remite exclusivamente al bloque de tratados internacionales que tratan sobre derechos indígenas, ya sea de manera particular, o bien, indirectamente al reconocer derechos comunes a todos los individuos de la especie humana<sup>803</sup>.

En contrario, una vertiente distinta considera como Derecho indígena, únicamente al conjunto de normas que regulan internamente las relaciones entre sujetos al interior de las comunidades, usualmente se trata de un Derecho cuya principal fuente es la costumbre por esto su denominación de Derecho Consuetudinario. Se trata de un Derecho generalmente no escrito, que nace de los actos reiterados al interior de un grupo humano, respecto a los cuales existe una convicción de que deben ser respetados, de ahí su naturaleza jurídica.

Según Stavenhagen, podemos concebir el Derecho consuetudinario indígena como “ *un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintas del derecho positivo vigente en un país determinado*”<sup>804</sup>. Debemos destacar que la referencia al carácter de legales de esta norma, desde el Derecho pareciere mal aplicado, en cuanto el concepto ley se vincula a una fuente particular, cuyas características no se condicen con la costumbre desde ninguna perspectiva.

Por su parte Aylwin lo conceptualiza como “*aquellas normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que existen al interior de cada comunidad o de cada pueblo indígena, y que contribuyen a la integración de cada sociedad, al mantenimiento de su orden interno*”

---

<sup>803</sup> Un ejemplo de la utilización en este sentido en: Núñez, M., *Invitación al Estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile Republicano, en Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas*, Editorial Librotecna, Santiago, 2010, pp. 13-47.

<sup>804</sup> Stavenhagen, R., “*Derecho Consuetudinario Indígena...*”, cit., p. 16.

y a la solución de los conflictos que puedan surgir, incluyendo, por lo tanto, un sistema de sanciones para quienes violan estas normas”<sup>805</sup>.

El componente consuetudinario de los derechos indígenas latinoamericanos, resulta quizás su principal particularidad, su atención y estudio de carácter multidisciplinario ha permitido trazar transversalmente puentes desde distintas áreas de las ciencias sociales<sup>806</sup>. Tal como señala Tau, la preocupación por estudiar las costumbres indígenas será tempranamente objeto de interés en el encuentro con Europa, el primer efecto significara una “*mestización jurídica*”, entremezclándose instituciones europeas con costumbres de las sociedades americanas, pero claramente la relevancia de una y otra resultará asimétrica en el tiempo<sup>807</sup>.

Los datos indican que la corona española ordenará desde un inicio de la conquista el estudio de los usos indígenas, con el fin reportar dichos antecedentes para la toma de decisiones. En esta línea Levaggi, cita el caso de la Real Cedula del 20 de diciembre de 1553, en que se incita a las audiencias a informarse por los indios viejos de cada provincia respecto del tributo que estos pagaban a los antiguos señores y sobre la autoridad de los caciques y la sucesión de cacicazgos esto “*como cosa que mucho importa, y conviene al descargo de la conciencia de su majestad*”<sup>808</sup>.

También los antecedentes demuestran que la idea de que las poblaciones indígenas fueran juzgadas por su propio Derecho consuetudinario estuvieron presente desde los primeros tiempos. Un ejemplo se observa en Real Cedula de Felipe II a la audiencia de Charcas del 23 de septiembre de 1580. En esta el monarca haciendo alusión a las injusticias que generaba el juzgar a los indígenas bajo las normas de la corona, señalaba: “*como sabéis tenéis orden*

---

<sup>805</sup> Aylwin, J., “*Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional Comparado y en la Legislación Chilena*”, en Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología. Tomo 1., p. 189.

<sup>806</sup> Sobre la materia: Castro, M. et alii, *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho, Orientaciones desde la Antropología Jurídica*, Editado por el Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2014.

<sup>807</sup> Tau, V., “*El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*”, 2000, p. 40, Recurso Electrónico, Disponible en:

<http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=1115> [visitado 24/07/2017]

<sup>808</sup> Véase en este sentido otros ejemplos señalados en Levaggi, A., “Notas sobre las vigencias de los derechos indígenas y la doctrina indiana” en Revista Complutense de Historia de América, 17, 79-91, Edit. Univer. Complutense, 1991, p. 79.

*precisa de que en los pleitos de los dichos indios no hagan procesos ordinarios y que sumariamente se determinen guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustas, y de no hacerse así, demás de seguirse tanto daño a los dichos indios, Nos somos de servido”.*

Debemos considerar que conforme al modelo de “*status*” que imperaba en el Derecho de familia castellano, resultaba esperable que este modelo se replicará en América, existiendo la necesidad de encajar a los indígenas dentro de esta estratificación, cuestión que llevará al establecimiento de un régimen jurídico diferenciado. Para ello se aplicarán tres categorías del Derecho castellano, la de rústico, miserable y menor. Se les otorgará el carácter de rústicos “*a quienes vivían por fuera del ámbito de la cultura letrada y urbana, y a quienes, por lo tanto, se les permitía regirse según sus costumbres, como una manera de relegarlos a la marginalidad de las instituciones*”<sup>809</sup>.

En la Recopilación de Indias de 1680 este principio se reiterará señalando: “*ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten...*”<sup>810</sup>. Sobre este aspecto Guzmán Brito indica que la Recopilación solo reconocía a la costumbre *secundum legem*, pero guarda silencio respecto de otros tipos de costumbre. Sin embargo, este silencio será suplido por la práctica de los juristas quienes aplicaron otras formas de costumbres incluso *contra legem*<sup>811</sup>.

---

<sup>809</sup> Señala Ceballos-Bedoya, que esta condición de “*rústico*”, “*miserable*” y “*menor*”, hará al indio merecedor de un trato especial por el Derecho, por lo cual se le eximía de muchos pagos ante la justicia y estaba exento de la aplicación de ciertos castigos y de la jurisdicción de la Santa Inquisición. De la misma manera, se intentará crear una jurisdicción especial para los indios, que permitiera solucionar con celeridad y a bajo costo los conflictos en los que estuvieran involucrados. Ceballos-Bedoya, N., “Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada. Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750-1810”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2), pp. 228-229.

<sup>810</sup> Recopilación de Indias. 2. 1. 4.

<sup>811</sup> Guzmán, resalta que el Derecho especial indígena se conservó en la medida que la población originaria evito la asimilación, pero como efecto directo esta regla de la Recopilación contribuirá a generar nuevas costumbres producto del mestizaje. Guzmán Brito, A., *Andrés Bello Codificador Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile*, Tomo I, ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, pp. 44-46.

Esta intención de respetar las costumbres indígenas se contextualiza en un diálogo entre dos posiciones. Primeramente, tendrá como principal propósito facilitar la dominación del conquistador, tal como dice Boaventura de Souza, “*esto permitirá el ejercicio de la soberanía colonial sobre los diferentes grupos, reconociendo los derechos precoloniales, para manipularlos, subordinarlos y ponerlos al servicio del proyecto colonial*”<sup>812</sup>. Pero también responde a la realidad de las fuentes jurídicas en Europa en aquella época, cuyo modelo asentado sobre una noción de pluralismo jurídico, daba valor a la costumbre como fuente de Derecho, conforme al requerimiento de respeto por la diversidad jurídica exigida por las distintas comunidades.

Destacar que cualquier acogimiento de costumbres indígenas estará restringida al límite de no oponerse a la fe cristiana, barrera infranqueable para los propósitos colonizadores<sup>813</sup>. Esta cuestión, sentará conciencia en lo jurídico, impidiendo el respeto quizás de las zonas más relevantes de las culturas prehispánicas, así por ejemplo, respecto de las normas de familia y un número importante de normas penales indígenas<sup>814</sup>.

En cuanto a la historia del Derecho nacional podemos destacar que antes de la codificación la costumbre ocupaba un lugar relevante en todo el incipiente escenario jurídico nacional. La fuente de Derecho de mayor aplicación en el entonces Derecho nacional serán las Siete Partidas, en ella la costumbre aparece profundamente regulada bajo el título de “*Del uso e de la costumbre, e del fuero*”. Además, existía una profusa doctrina sobre la materia siendo uno de los aspectos centrales de la enseñanza jurídica de la época.

---

<sup>812</sup> El autor citando a Griffiths nos habla de un pluralismo jurídico débil, en cuanto los sistemas jurídicos pre coloniales no son considerados en sus propios términos sino puestos al servicio de una dominación altamente centralizada como la colonial. De Sousa B., *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 54.

<sup>813</sup> En este sentido, Bonfil indica que bajo este paradigma lo relevante es la situación de contraste, la relación excluyente frente a la religión del conquistador. Desde esta mirada, todos los pueblos aborígenes quedan equiparados, “porque lo que cuenta es la relación de dominio colonial en la que sólo caben dos polos antagónicos, excluyentes y necesarios: el dominador y el dominado, el superior y el inferior, la verdad y el error. Con este propósito el orden legal impuesto se conforma como una garantía para el dominio colonial”. Bonfil G., “El Concepto de Indio en América: Una Categoría de la Situación Colonial, en *Anales de la Antropología*”, Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, Vol. 9, 1972, pp. 111-112.

<sup>814</sup> Bravo, B., “El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla” en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LVIII, Madrid, 1988, p.3.



En la propuesta codificadora inicial de Bello se proponía mantener dicha relevancia pese a la tendencia dominante cuyo propósito era su expulsión o la subordinación a la ley. En el proyecto original de 1853, se incluirá un título preliminar en que era posible percibir cierta cercanía con las partidas, reconociendo valor a la costumbre. Esta propuesta no tendrá mayores consecuencias, en cuanto durante su proceso de revisión existirá una directa oposición a mantener este Derecho antiguo<sup>815</sup>.

En opinión de Barrientos, se suprimirán todos los artículos vinculados a dar valor a la costumbre, optándose por la idea de mantener la línea de los Códigos modernos en aquel entonces. El resultado será el inicio del tenor del actual artículo 2 de nuestro Código Civil, que fija el valor remitido de la costumbre a la ley<sup>816</sup>. En este sentido, Claro Solar destaba lo siguiente: *“En un país como el nuestro en que la ley es obra de poderes determinados por la Constitución que ejercen la soberanía que les ha sido delegada por la Nación, no puede ser al mismo tiempo la obra de la comunidad de los ciudadanos”*<sup>817</sup>.

Desde este enfoque es posible observar en la formación del Estado moderno un traspaso desde una diversidad de centros de creación jurídica a una monopolización de su producción. Pasando a un escenario de control en la elaboración jurídica por parte del Estado, perdiendo el Derecho durante largo tiempo su carácter pluralista para convertirse en una realidad uniforme<sup>818</sup>. Sin embargo, esta uniformidad en lo jurídico responde más a un deseo de naturaleza utópica que a una descripción de realidad.

---

<sup>815</sup> En el proyecto de Código Civil de 1853, el tenor del artículo era el siguiente: *"La costumbre tiene fuerza de ley cuando se prueba de cualquiera de los dos modos siguientes: 1° Por tres decisiones judiciales conformes pasadas en autoridad de cosa juzgada dentro de los últimos diez años; 2° Por declaraciones conformes de cinco personas inteligentes en la materia de que se trata nombradas por el juez de oficio ó á petición de parte. Sólo á falta del primero de estos dos medios podrá recurrirse al segundo y ni el uno ni el otro, ni los dos juntos, valdrán, si durante dicho tiempo se hubiere pronunciado decisión judicial contraria, pasada en autoridad de cosa juzgada"*.

<sup>816</sup> Complementa indicando que sus fuentes de inspiración son el artículo 10 del Código Austriaco y el artículo 3 del Código Holandés, ambos tenidos a la vista por Bello. Barrientos, J., *El Código Civil, su Jurisprudencia e historia*, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 46-47.

<sup>817</sup> Claro solar, L., *“Explicaciones Derecho Civil Chileno...”*, cit., p. 42.

<sup>818</sup> Desde esta mirada Grossi, no habla de absolutismo jurídico de esta manera la labor de los jueces y de la ciencia jurídica *“quedarán reducidas a un estado de servidumbre hacia el legislador”*. Con esto, alude a que la experiencia de lo jurídico, será minimizado a la repetición de la voluntad de un legislador mayoritariamente no jurista. Esto se reflejará, en una mitificación de lo jurídico, cuestión que se traducirá en la ficción del sistema democrático, en cuanto la ley como una expresión de la voluntad general. Grossi, P., *La Primera Lección...*, cit., pp. 54-58.

En una dirección contraria, nuestra naturaleza humana conllevará permanentemente al encauzamiento a fenómenos con diversidad de expresiones en el Derecho. Así surgirán sistemas al margen del Estado, o más bien, distintos al Estado, entre estos se agruparán aquellos a los cuales el sistema reconoce como el Derecho Internacional o el Derecho canónico. Pero también se mantendrán marginados otros como los sistemas jurídicos indígenas.

Desde la perspectiva occidental resulta complejo comprender esta impronta, en cuanto convivimos bajo la sombra de un binomio de ideas: a) por un lado, la noción de que las normas jurídicas que regulan el comportamiento en sociedad, deben ser similares para todos los ciudadanos; b) segundo, toda norma es creación exclusiva del Estado. Este discurso sostiene aquello que se ha denominado una idea monista del Derecho, es decir un sistema con carácter unitario y universal. En palabras de Kelsen “*nadie puede servir a dos señores*”<sup>819</sup>, esta concepción monista será el reflejo de las ideas de la burguesía, cuyo objetivo se vinculará directamente con la unificación y la reducción de la diversidad desde todas las perspectivas con miras al reforzamiento del sentimiento nacionalista y del principio de igualdad ante la ley<sup>820</sup>.

En la modernidad la noción de pluralismo jurídico, ha conllevado también el debilitamiento del paradigma de un sujeto único en el Derecho. En este sentido, para analizar la relevancia de la costumbre se debe distinguir entre costumbre indígena y no indígena<sup>821</sup>, en el caso de las sociedades indígenas, la costumbre jurídica penetra en una serie de actos relevantes para cada pueblo, estas particularidades configuran su diversidad que definen su identidad cultural, que traducida en derecho subjetivo de carácter colectivo determina su actual protección consagrada a nivel de Derechos Humanos<sup>822</sup>.

---

<sup>819</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, Segunda Edición, p. 431.

<sup>820</sup> Krotz, E., *Sociedades, Conflictos, Cultura y Derecho desde una Perspectiva Antropológica*, en *Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho*, E. Krotz (coord.), Editorial Anthropos, 2002, p. 16.

<sup>821</sup> Señala Barrientos, que el acogimiento de esta distinción, constituye un claro ejemplo de la superación de algunas de las ideas claves del racionalismo propio del proceso de codificación, en cuanto su concepción de una aplicación general de la norma sumergía las diferencias culturales bajo una idea de aparente igualdad. Barrientos, J., *El Código Civil...*, cit. n. 36, p. 47.

<sup>822</sup> Recientemente la Corte Interamericana de Justicia en la causa Norín Cantriman y otros contra el Estado de Chile se refirió a este derecho a la identidad cultural señalando: “*Los Estados, para garantizar efectivamente*

En términos prácticos esta serie de actos definen las conductas de las personas, configurándose en el imaginario que distingue a un grupo humano de otro. Dentro de estos se integran una serie de materias que aparecen reguladas mediante la costumbre. Entre las más relevantes podemos señalar: a) normas generales de comportamiento público; b) mantenimiento del orden interno; c) definición de derechos y obligaciones de los miembros; d) reglamentación sobre el acceso a recursos, y distribución de los mismos; e) reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios; f) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; g) formas matrimoniales y de construir familia; h) control y solución de conflictos y disputas; i) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública<sup>823</sup>.

Vale recordar que el Derecho a la identidad cultural que promueve el uso de la costumbre indígena como Derecho propio, se conforma en nuestros días como una garantía protegida a nivel de Derechos Humanos en un número importante de instrumentos internacionales<sup>824</sup>. Reconociendo que, cuando un pueblo deja de dirigirse por su propio Derecho no solo afecta su identidad cultural, sino también pone en entredicho la coherencia y armonía del sistema jurídico en general. Esto se materializa al confrontar su norma interna con los compromisos

---

*los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. La duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo".* Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra el Estado de Chile, N° 327, sentencia de 29 de mayo de 2014. También en otras causas "mutatis mutandis", Caso CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fonda, Reparaciones y Costas. Sentencia de 129 de marzo de 2006, párr. 154, y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C N° 250, párr. 177.

<sup>823</sup> Stavenhagen, R., *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, en Antología Grandes Temas de la Antropología, 2006, p. 31.

<sup>824</sup> El derecho a la identidad cultural ha sido incorporado en diversos instrumentos jurídicos, como derecho humano se remonta a la Carta de Banjul (1981) que estableció este derecho en su artículo 22.1, posteriormente la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) la cual define conceptualmente el derecho cultural como derecho a la identidad.; complementa, el enfoque de los Instrumentos de Derechos Humanos el artículo N°2 de la Declaración de Naciones Unidas De los Pueblos Indígenas. No obstante, será el convenio 169 sobre pueblos indígenas de la OIT, que en su artículo N° 8 lo regula en detalle.

vinculantes contraídos a nivel internacional, generando antinomias y propendiendo a la inseguridad del sistema jurídico. Desde esta perspectiva es posible relacionar las palabras que Roca Trías destacará “*mientras conserva su autonomía, un pueblo tiene un derecho privado nacional*”<sup>825</sup>.

## **5.2. LAS UNIONES DE HECHO Y OTRAS EXPRESIONES DEL DERECHO FAMILIAR INDÍGENA: EL CASO DE LAS COMUNIDADES ANDINAS DEL NORTE DE CHILE.**

Hemos resaltado a la familia como una unidad que tiene asignada una serie de funciones estratégicas para la colectividad, aspecto que justificará la atención como grupo privilegiado para el Estado, cuestión que se traducirá en una ocupación especializada por parte del orden jurídico mediante el Derecho de familia. Por otra parte, hemos destacado que el tratamiento normativo de la familia indígena en el Derecho moderno, se ubica en la actualidad en un espacio de oscuridad jurídica.

Desde la doctrina estos espacios con falta de regulación, o bien, con una regulación deficiente, han sido denominados como zonas de “*no - derecho*”, es decir, fenómenos en que el sujeto obligado no es considerado en su propio contexto. Siguiendo a Carbonnier esto sería el resultado de un sistema normativo que se materializa cotidianamente al margen del ordenamiento formal. Así, se confrontan dos realidades: la que fluye naturalmente en forma histórica, y aquella que el Derecho impuesto pretende instalar. Este último no obstante ser obedecido, no quiere decir –necesariamente- que haya sido aceptado generando una tensión en cuanto a la eficacia del Derecho<sup>826</sup>.

---

<sup>825</sup> La frase que destaca Roca Trías es de Durán i Bas, complementa en esta línea señalando: “*ó es necesario afirmar que las leyes y sobre todo las políticas y civiles, pueden vivir en divorcio con las ideas ó costumbre de un pueblo en vez de ser su expresión en cada época de la historia, ó se debe reconocer que la idea de universalidad, en la cual descansa la de unidad del derecho civil entre todos los pueblos, no debe imperar por ahora, ó sea mientras las condiciones sociales de cada uno no hayan adquirido carácter de universalidad*”. Roca Trías. E., “La Poscodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta”, en Anuario de Historia de Derecho español, N° 82, 2012, p. 180.

<sup>826</sup> Esto ocurre cuando las reglas que conforman el ordenamiento no consideran ciertos fenómenos, o bien, se constituyen como reglas contrarias a fenómenos colectivos asentados en la población, sin ser considerados o

Esto permite desde la realidad la ausencia de norma en ciertas relaciones humanas, lo que no implica necesariamente una ausencia absoluta de norma sino un repliegue por resistencia del hecho al Derecho. Esto se traduce en espacios en que hecho y Derecho entran en contradicción. Mientras el Derecho impuesto sacude toda la estructura familiar, agregando formas y solemnidades, incorporando impedimentos y asignando efectos jurídicos no deseados. En definitiva, restando méritos a los vínculos sociales y consuetudinarios que conforman la base sobre la que se proyecta la colectividad, alterando a su paso factores sociales relevantes asociados a lo económico, religioso, político<sup>827</sup>.

El contexto descrito no resulta ajeno para el Derecho de familia, considerando que durante los últimos años diversas demandas históricas han comenzado a ser acogidas, aspecto asociado a un proceso general de inclusión de la diversidad. En este complejo movimiento de ideas, el reconocimiento de la familia indígena sólo ha sido tratado en forma aislada<sup>828</sup>.

En las comunidades indígenas en general la familia tiene asignada funciones centrales para el desenvolvimiento y subsistencia de la comunidad, estas alcanzan a supeditar la representación política y religiosa. Desde una perspectiva colectiva, se conforma como depósito y transmisión de valores sociales, manifestándose como un elemento indispensable para la conformación de su identidad cultural<sup>829</sup>.

Hemos elegido para la presente investigación a las comunidades andinas del norte de Chile por su vinculación particular al fenómeno de las uniones libres a la que nos referimos precedentemente. Si bien, podemos indicar que esta modalidad de conformar familia resulta común a todas las comunidades indígenas en general<sup>830</sup>, los antecedentes cuantitativos nos

---

integrados al sistema jurídico. Carbonnier, J., *Derecho Flexible. Para una Sociología no rigurosa del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid 1974, pp. 13 – 63.

<sup>827</sup> Sobre el proceso de aculturación sufrido por los pueblos originarios en América, ver: Colombre, A., *La Colonización Cultural en América Latina*, Ediciones del Sol, segunda edición, Buenos Aires, 2004, pp. 17-265.

<sup>828</sup> Como excepción podemos señalar algunos trabajos que han tratado sobre la familia indígena, entre ellos: Martinic, M., *El Concubinato y Figuras Afines: Un caso de Marginalidad Jurídica*, en *Familia y Persona*, coordinado por E. Barros B., Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1991; también López, C., “*Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia...*”, cit., pp. 36-97.

<sup>829</sup> Cornejo Chávez, H., *Derecho Familiar Peruano*, cit., p. 16.

<sup>830</sup> Las comunidades andinas del norte de Chile están representadas mayoritariamente por lo Aymaras que según el Censo de 2002, en Chile existían 48.501 integrantes de este grupo. Sus poblados se ubican principalmente en

permiten definir que en estas comunidades estos alcanzan el carácter de una conducta generalmente aceptada hasta nuestros días.

Respecto a las estructuras familiares de las comunidades indígenas andinas del norte de Chile, podemos señalar que éstas comparten patrones socioculturales con los pueblos andinos de los países limítrofes como Bolivia y Perú<sup>831</sup>. No obstante, estas características se han visto fortalecidas o reducidas conforme a la estructura jurídica existente en la actualidad de cada uno de estos espacios geográficos. Este aspecto resaltaré la relevancia que tiene el Derecho en la expresión cultural de cada grupo humano.

Dentro de la cultura andina la conformación de las estructuras familiares se constituye como un proceso compuesto por diversas etapas<sup>832</sup>. Desde esta secuencia se organiza la familia con vínculos afectivos, cada instancia tendrá una duración indefinida y estará representada por un rito de iniciación. Así, existirá un período de conocimiento inicial de la pareja, luego una etapa de convivencia denominado “*servinacuy*” o “*serviñacu*”, para posteriormente en caso de concluir en el acto matrimonial<sup>833</sup>.

Esta etapa intermedia de convivencia denominada “*servinacuy*”, es sobre la pondremos nuestra atención. Respecto a su sentido etimológico es posible señalar que una vez que la pareja decide casarse, los parientes sin la presencia de los novios acuden a la casa de la novia para pedir su mano. Luego, sobrevienen una serie de negociaciones entre los parientes de la

---

los valles y altiplanicies andinas, sobre todo en comunas de la región de Arica y Parinacota y Tarapacá. También habitan quechuas, según el mismo Censo, se registró una población de 6.175 en el territorio chileno, estos se ubican principalmente en la comuna de Ollagüe, de la región de Antofagasta. *Atlas Sociodemográfico de los Pueblos Indígenas de Chile*, CEPAL, Santiago de Chile, 2012.

<sup>831</sup> Los pueblos quechuas y aymaras que habitan en sudamérica, comparten un mismo espacio sociocultural y geográfico, existiendo muchas coincidencias a nivel de costumbres y formas de vida, su territorio se extiende a los países de Bolivia, Perú y el norte de Chile, en el caso de los quechuas también alcanza al Ecuador. Para profundizar sobre la materia Albo, X., *La experiencia Religiosa Aymara, en Rostros Indios de Dios*, La Paz, CIPCA/HISBOL/UCB, 1992.

<sup>832</sup> Sobre el tema particular resulta interesante un trabajo colectivo de Mayer, Enrique y Bolton, Ralph compiladores *Parentesco y matrimonio en los Andes*, Lima, Pontificia Universidad Católica/Fondo Editorial, 1977.

<sup>833</sup> Se discute si el matrimonio indígena pre-hispánico requería la oficialización que esporádicamente realizaba el Estado Inca, o simplemente primaban las formas consuetudinarias. No obstante, existe claridad respecto a la coexistencia del matrimonio y el *servinacuy*, ambos con fines distintos para la comunidad. Basadre, J., *Historia del Derecho Peruano*, Editorial San Marcos, segunda edición, Lima, 1997, pp. 158-161.

pareja, tras lo cual la mujer irá a vivir con los padres del novio. Allí la novia práctica tareas hogareñas bajo la mirada de la suegra, en este periodo se dice que “*está sirviendo*”.

Debemos recordar que esta conformación por etapas de la unidad familiar no resulta extraña en el desarrollo de las sociedades humanas. El matrimonio en un solo acto es el resultado del Derecho Romano, desde donde se masificará siendo asumido posteriormente en el Derecho canónico. En este sentido Gaudemet para resaltar este carácter en el caso de Roma señala que: “*el matrimonio por etapas fue el más difundido en la antigüedad. Es el propio de las legislaciones semíticas, del mundo musulmán, de las tradiciones africanas y de poblaciones del pacífico*”<sup>834</sup>. Esta modalidad también estará presente incluso en países desarrollados como Inglaterra hasta avanzado el siglo XVIII<sup>835</sup>.

En el caso indígena esta unión por etapas se conforma como un proceso más que un acontecimiento aislado, este iniciado con una negociación o acuerdos entre las familias o mediante una ceremonia de algún tipo, a menudo implica simplemente el vivir juntos, tener un hijo y poco a poco ser aceptados como pareja por los parientes y vecinos, en todos estos actos se involucra no sólo la pareja sino toda la comunidad.

Respecto a estas uniones convivenciales, se ha señalado que en lo central consisten en que las parejas jóvenes conviven durante un tiempo previo al matrimonio con sus futuros cónyuges. Por este motivo, se le ha clasificado bajo la denominación de un “*matrimonio a prueba*”<sup>836</sup>. En esta etapa existirá un proceso de conocimiento mutuo en la pareja donde se compartirán sus cualidades para la vida familiar y sus habilidades individuales para las tareas asignadas<sup>837</sup>. Todo lo anterior, contribuirá a que el matrimonio y el desarrollo de la unidad familiar resulte perdurable y de buenos frutos.

---

<sup>834</sup> Gaudemet, J., “*El Matrimonio...*”, cit., p. 37.

<sup>835</sup> Véase: Parker, S., “*The Marriage Act 1753: A Case Study in Family Law-Making*”, 1987, pp. 133, 139.

<sup>836</sup> Dicha naturaleza no constituye un tema pacífico, ya que se discute el verdadero propósito de la institución. Para algunos autores este tendría la naturaleza de un matrimonio propiamente tal; para otros simplemente es una etapa previa al matrimonio que no involucra un compromiso mayor para los convivientes. Ver en este sentido. Marzal, M., *La Transformación Religiosa Peruana*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1983, pp. 19 – 458.

<sup>837</sup> Albó, X. y Mamani, M., “*Esposos suegros y padrinos entre los aymaras*”, en *Parentesco y matrimonio en los Andes*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, pp. 287-288.

Según Imolesi el “*servinakuy*” tiene varios propósitos al interior de la comunidad, entre los más relevantes es posible distinguir los siguientes: a) permite la vigilada introducción de una joven en el seno de otra familia, b) crea progresivamente una nueva red de relaciones de parentesco; c) genera espacios de acuerdos con sentido patrimonial; d) propicia el conocimiento en las habilidades de trabajo de ambos miembros de la pareja y la compatibilidad sexual y; e) media en la transición de la adolescencia a la adultez<sup>838</sup>.

Desde una perspectiva histórica este comportamiento social se percibe desde tiempos remotos, siendo posible observarlo incluso en algunos pasajes de las crónicas de los conquistadores españoles. Así, Letelier cita un pasaje de Arriaga quien señala a propósito de las costumbres del imperio inca lo siguiente: “*Otro abuso dice, es muy común entre los indios oy en día, que antes de casarse se han de conocer primero... y están tan asentados en este engaño que pidiéndome en un pueblo... un indio que le casase con una india..., un hermano de ella lo contradecía grandemente, y no dava otra causa sino que nunca se avian conocido ni juntado, y de otro indio se yo que haviendose casado, no podía ver a su mujer, y le daba mala vida porque dijo que era de mala condición, pues nadie la avia querido ni conocido antes de casarse*”<sup>839</sup>.

En esta misma línea uno de los primeros sacerdotes agustinos declaraba: “*Uno de los trabajos que los padres tienen en aquella tierra, es desarraigar la manera que estos tienen en casarse, que tenían una costumbre y hasta hoy no hay quien se la quite, pues que antes que se casen con su mujer, la han de probar y tener consigo, que llaman ellos hacer pantanaco; y ahora muchas veces cuando el padre los casa, dejan a las mujeres y dicen que no la probaron, y si sabía servir o guisar de comer que no la quieren, que no hicieron pantanaco...*”<sup>840</sup>.

En la actualidad es posible enmarcar este periodo dentro del fenómeno de la convivencia no matrimonial y su problemática en un contexto de particularidad cultural<sup>841</sup>. Esta convivencia

---

<sup>838</sup> Imolesi, M., Teoría y Práctica..., cit., p.150.

<sup>839</sup> Letelier, V., *Génesis del Derecho*, cit., p. 21.

<sup>840</sup> En Colección de Documentos Inéditos, relativos al Descubrimiento Conquista y Colonización de las Posesiones Españolas en América y Oceanía, sacados del Real Archivo de Indias, Imprenta Manuel B. de Quiros, San Juan 54, Madrid, 1865, p.44.

<sup>841</sup> Sobre la materia ver entre otros: Turner, S., “*La Unión de hecho, como institución del Derecho de Familia...*”, cit. n. 61, pp. 85 – 98; Espinoza, A. “*La Juridificación de las Uniones de Hecho y la propuesta*



indígena de duración indefinida podrá culminar en el matrimonio, o bien, en el rechazo y separación definitiva. En ambos casos existen efectos asignados para la pareja de parte de la colectividad reconocidos dentro de su Derecho consuetudinario.

Los vínculos afectivos indígenas como el “*servinacuy*” o el matrimonio andino “*chacha warmi*” (aymara)<sup>842</sup>, como el “*Qhari Warmi*” (quechua), o “*Kasarasiña*” (del castellano casarse), registran elementos claramente diferenciadores respecto del matrimonio occidental. Estas diferencias se manifiestan en toda su extensión, desde la relevancia que tiene la unión en la comunidad, pasando por los principios que tutelan la relación, la extensión de los derechos asignados a los cónyuges, hasta en el estatuto de efectos tanto personal como patrimonial que genera la unión.

En lo general este matrimonio en las comunidades andinas se encuentra tutelado por los principios de solidaridad e igualdad de la pareja denominado “*chacha-warmi*. En este sentido, resultará central el principio de “*panipacha*” que denota un cuerpo dual con similitud de posiciones y categorías. Una de sus orientaciones de base, consistirá en excluir cualquier forma de jerarquización o privilegio a favor de los integrantes de la pareja. El concepto constituye el paradigma central de “*chacha-warmi*”, siendo aplicable no sólo al cuerpo conyugal, sino también en diversos ámbitos sociales que tienen connotaciones duales, por ejemplo, la pareja de convivientes<sup>843</sup>.

La relevancia del concepto “*panipacha*” en la vida conyugal resignifica la idea de dualidad en igualdad, este paradigma en las relaciones afectivas se conforma como un hito rector en los estatutos matrimoniales modernos. De esta manera, esta noción de complementariedad

---

valórica contenida en el Proyecto de Ley de Acuerdo de Vida en Pareja”, en Revista Ius Et Praxis, 2015, Vol. 21, N° 1, PP. 101-136; y Varas, J. “Uniones de Hecho...”, cit., , pp. 9-22.

<sup>842</sup> “... el término para hombre o esposo (*chacha*) y el de mujer o esposa (*warmi*) pueden ser combinados en un solo sustantivo –*chachawarmi*- y referirse a la pareja conyugal como unidad. *Chachawarmi*, hombre-y-mujer, representa simbólicamente muchas de las relaciones fundamentales de la sociedad andina, pero tiene una referencia social directa a la unidad doméstica campesina, la cual es la unidad básica de la economía tradicional andina”. Harris, O., “Complementariedad y conflicto: Una visión andina del hombre y la mujer”, en Allpanchis, año 21, N° 25, 1985, pp. 17-42.

<sup>843</sup> El concepto “*panipacha*” equivaldría al castellano pareja humana, pañi = dos (humanos), dual; /-pacha/ = sufijo nominal inclusor, que denota unión de dos personas. Mamani, M., “Chacha – Warmi Paradigma e Identidad Matrimonial Aymara en la Provincia de Parinacota”, en Revista de Antropología Chilena Chúngara, volumen 31, N°2, 1999, pp. 307 – 317.

contiene una propuesta armónica con los principios del Derecho actual, marcando distancia con el estatuto jerarquizado que propone el régimen legal de la sociedad conyugal vigente a la fecha en el Derecho matrimonial nacional. Este último mantiene rasgos que tiene como base de origen la supremacía del hombre - *el hombre en lo público, la mujer en lo privado*-. Si bien, este modelo se encuentra en retirada desde la segunda parte del siglo XX, aún no ha logrado ser extirpado plenamente del sistema jurídico<sup>844</sup>.

En forma crítica, De Sousa respecto a este aparente equilibrio propone de manera crítica realizar un ejercicio de traducción intercultural, preguntándose “¿si las concepciones indígenas contradicen el principio de la igualdad o, al contrario, lo realizan de una manera distinta pero igualmente válida?”. Esto a propósito que la complementariedad “*chachawarmi*” ocultaría muchas veces la subordinación de la mujer, cuestión particularmente evidente en tres aspectos: la participación política, la violencia familiar y el acceso a la tierra<sup>845</sup>.

Hemos resaltado la relevancia que las estructuras familiares indígenas tienen para la colectividad, señalando que estas se extienden al contexto político, social y económico. En lo político, la celebración del vínculo permitirá la renovación de los sujetos de derechos capaces de desarrollar cargos de relevancia en la comunidad. Antes de la ritualidad de estos vínculos, los individuos pertenecen al estado natural no integrados a la sociedad, sólo a partir de esta ritualidad, serán aptos y adquirirán capacidad frente a los otros. Este aspecto se distancia del Derecho occidental en el que capacidad se vincula exclusivamente a la edad y no a la celebración de un acto jurídico.

Conforme lo señalado, el reconocimiento de esta capacidad permitirá el estatus necesario para ejercer cargos comunitarios al interior del grupo, elemento indispensable para el sustento de la comunidad. Por esto el matrimonio recibe la denominación “*jaqichasiña*” (*quechua*), o

---

<sup>844</sup> El Código Civil de Chile, artículo 1749, expresa: “*El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales...*”

<sup>845</sup> De Sousa Santos, B., *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad* en Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia, editores B. de Sousa Santos y J. Exeni Rodríguez, 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, La Paz, 2012, p.40.

“*kasarasiña*” (aymara) que significan transición o cambio de un estado a otro, literalmente “*conversión en persona adulta*”. Este aspecto favorece la renovación de sujetos a quienes se les podrán exigir obligaciones comunales<sup>846</sup>.

Desde el punto de vista económico la estructura familiar resultará determinante, ya que en su constitución se configuran los elementos necesarios para la distribución de la tierra entre los miembros de la comunidad, este elemento es uno de los factores de mayor importancia para las comunidades indígenas. De esta manera, reconocido el vínculo nace el derecho de la pareja a recibir tierras con el fin de que estén sean trabajadas para el sustento del grupo familiar. Todo este proceso estará guiado por los principios de reciprocidad o complementariedad entre los contrayentes. Para posteriormente, la pareja profundizará su conocimiento y compromisos mutuos, cambiando sus relaciones con sus familias primitivas.

Esta relevancia económica de la unidad doméstica se encuentra asociada directamente con la reproducción, ya que el tamaño de la familia se conformará como una variable determinante para el sustento familiar. Así una familia numerosa, incluida una modalidad de familia extensa, tendrá condiciones más favorables al momento de la asignación de tierras. Por el contrario, una unidad reducida se verá en la obligación de generar mecanismos extrafamiliares para compensar la carencia. Se indica que la proporción que correspondía a cada grupo se denominaba “*tupu*”, esta dependerá del número de miembros que conformaba cada unidad, cuando un hijo constituía una unión libre o un matrimonio ante la comunidad se le reducía su proporción al padre proporcionalmente<sup>847</sup>.

Este principio de “*chacha warmi*” que tutela las uniones indígenas se manifiesta también en todas las tareas asignadas a la familia. Mamani enumera una serie de ejemplos de expresión de esta dualidad. Un ejemplo, son las tareas agrícolas denominadas “*pachallampi*”. En estas mientras el varón abre la tierra con la herramienta la dama colocará las semillas de papas

---

<sup>846</sup> Señala Mamani que los jóvenes contrayentes se convierten en personas de mayoría de edad. Se denomina también *kasarasiña* de raíz castellana aymarizada, que significa: casamiento. El término *jaqichasiña* se divide morfológicamente en *jaqi* = persona, ser humano, gente; el sufijo de complemento *-si-* conversión entre sí, y *-ña*/ verbalización de acción. Conversión a persona adulta.

<sup>847</sup> Murra J., *La Organización Económica del Estado Inca*, traducido por D. Wagner, Siglo XXI editores, México, 1987, pp. 62-63.

para su producción. En la marcación del ganado mientras el varón sujeto por las orejas a la llama o alpaca, la mujer coloca el adorno llamado “*chimpu*”. En la construcción del hogar común, mientras las mujeres preparan la “*waylla*” porción de paja brava untada en barro, los varones techan sobre los tijerales en lo alto de la casa en construcción. También, en la investidura de cargos la mujer mediante el baile, coloca el poncho de vicuña al alférez varón y el hombre coloca la manta al alférez dama, lo que los convierte en personajes principales del desarrollo de la fiesta patronal. Finalmente, en la expresión musical mientras la mujer canta la canción, el hombre ejecuta instrumentos musicales de cuerda, viento o percusión<sup>848</sup>.

Dentro de la serie de contradicciones existente entre el Derecho consuetudinario indígena y el Derecho de familia occidental, nos falta la referencia al estatuto económico aplicable quizás uno de los aspectos más relevante en el Derecho de familia actual. Debemos enfatizar que las estructuras familiares indígenas dependen directamente del sistema de herencia tradicional denominado en aymara como “*aywa churaña*”, consistente en la entrega de una porción de bienes que aportan los padres a sus hijos para su ingreso al matrimonio. Este aporte será incrementado progresivamente con tierras dentro de cada una de las etapas que conlleve el proceso. En caso de disolución los individuos volverán a la casa paterna con sus respectivos bienes<sup>849</sup>.

Uno de los aspectos principales de este Derecho consuetudinario sobre uniones convivenciales es que este se asienta sobre el principio de independencia económica de la pareja. Por tal motivo, no existirá un régimen común de bienes esto conllevará que no exista confusión en los bienes adquiridos durante la unión, puesto que cada uno conservará su individualidad patrimonial hasta la muerte. Sin embargo, paradójicamente lo común emana del esfuerzo y el trabajo conjunto.

Por consiguiente, el matrimonio y en términos generales la familia andina tiene el simbolismo de un proyecto de bienestar común “*donde la mancomunidad de esfuerzos caracteriza la*

---

<sup>848</sup> Mamani M., “Kirkir Warmi: identidad y rol de la mujer aymara en el desarrollo musical del norte chileno”, en Revista Musical Chilena, Año LXIV, enero-junio, 2010, N° 213, p. 95.

<sup>849</sup> Mamani, M., “*Chacha Warmi...*”, cit., p. 312.

*lucha por la existencia. No se conoce el divorcio; la falta de comprensión y de cooperación y la esterilidad o la impotencia dan margen al repudio. No hay diferencias entre los hijos, sean éstos legítimos o ilegítimos: todos son factores de trabajo*". Aspectos que pese al extenso proceso de aculturamiento se mantienen vigentes hasta la actualidad en la conciencia jurídica de las diversas comunidades.

Otra diferencia se manifiesta en la existencia de un régimen sin registros donde las únicas solemnidades consisten en los permisos paternos para entrar en una convivencia previa. Mientras que en el caso de llegar al matrimonio, el acto se complementa con la entrega de determinados bienes por parte de los padres y la exhibición frente a la comunidad. Los mayores testimonios públicos son ante la comunidad, distanciándose del modelo contractual sobre el que se proyecta el matrimonio moderno. Quizás lo más cercano a una solemnidad, es la demostración del acto frente a la comunidad, esto se realizará tanto con la celebración pública del matrimonio como en el uso de una vestimenta específica.

En esta misma situación de marginación encontramos la figura del parentesco espiritual expresado en instituciones como el compadrazgo y el padrino. Aún cuando su origen es una cuestión discutida en la doctrina, pasando desde una posición que postula su formación en el sincretismo cultural entre Europa y América, es decir, parte de la cultura indígena y de la contribución de la cultura cristiana traída desde España<sup>850</sup>. Hasta opiniones que indican que esta institución tiene una existencia prehispánica.

Esta última opinión es sostenida por Guamán Poma, quien identifica en los términos "*socna*" y "*uayno*", una vinculación directa con los términos asociados al compadrazgo de casamiento y bautismo respectivamente. En la misma línea, tanto Cieza de León como Garcilaso, mencionan el "*rutuchico*" o primer corte de cabello, con distintos alcances se refieren a esta ceremonia en que se daba al niño su nombre y en ese momento se hacía su primer corte de pelo<sup>851</sup>.

---

<sup>850</sup> Guamán Poma de Ayala, F., Nueva Crónica y Buen gobierno, II, p. 244.

<sup>851</sup> Boyer, N., "El samay, el susto y el concepto de persona en Ayacucho, Perú", en Fernández Juárez, Gerardo, Salud e interculturalidad. Antropología de la salud y crítica intercultural. Quito: Abya-Yala, 2004, p. 192.

Desde la posición que identifica su origen con las costumbres traídas desde Europa, se ha señalado que esta institución se conforma quizás como una de las prácticas del cristianismo que se adaptó de mejor manera a la cotidianidad del mundo indígena. Siendo absorbida dentro de la estructura familiar con claras “*reorientaciones y distorsiones, a lógicas preexistentes*”<sup>852</sup>. Es decir, las poblaciones andinas incorporarán elementos del catolicismo, pero bajo un enfoque propio centrado en su cosmovisión andina que traerá como resultado una expresión distinta mantenida hasta nuestros días.

Este vínculo consistente en el lazo entre un tercero no ligado por consanguinidad ni afinidad, que pasa a tener una labor prioritaria en las relaciones tanto entre cónyuges como con los descendientes, con trascendencia en la estructura social indígena. Según Albo y Mamani, estos lazos permitirían a la nueva pareja construir una red de relaciones complementarias a la estructura conformada por su consanguineidad. Esto se lograría mediante la designación de tres tipos de padrinos: de matrimonio, de hijos y de objetos. En el caso del padrino de matrimonio, éstos actúan como intermediarios entre las dos familias y después como guías de la nueva pareja<sup>853</sup>.

En los cánones cristianos aparece regulada la figura del padrino para los diversos sacramentos cristianos como una figura masculina y femenina que reemplaza a los padres. El parentesco de cognación espiritual, fue una noción introducida en el siglo VI al Derecho por Justiniano en el Código de Justiniano, libro V, título IV, ley XXVI. Luego será ampliada al Derecho Canónico en occidente en la época carolingia, cuando justamente los reyes dejaron las cuestiones matrimoniales bajo la responsabilidad de la Iglesia. Este se concebirá como el vínculo que existe entre aquel que transita por los sacramentos cristianos de bautismo o confirmación y sus respectivos padrinos o madrinas.

---

<sup>852</sup> Imolesi M., “*Haciendo y deshaciendo parientes en los Andes coloniales. Algunas reflexiones en torno al parentesco espiritual*”, en II Simposio Internacional sobre Religiosidad, Cultura y Poder Museo Roca, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25 al 27 de agosto de 2010, p.2.

<sup>853</sup> Se designan cuatro padrinos para la boda: los “*jach’a*” padrino y madrina (padrinos grandes) y los “*t’aq’a*” padrino y madrina. Algo así como reemplazantes que actúan en sustitución de los padrinos grandes o principales cuando éstos se encuentran lejos o ausentes. A nivel del ritual en la ceremonia religiosa los novios no pueden hacer nada por sí mismos: todo lo hacen los padrinos. Esto es un simbolismo de que los novios nacen nuevamente y por eso son como niños. Albó, X. y Mamani, M., “*Esposos suegros...*”, cit., p. 310.

Esta figura no aparece integrada a las bases del Derecho familiar, desconociéndose cualquier efecto jurídico dentro de la estructura familiar. Mientras en la estructura indígena la figura del padrino tiene una funcionalidad relevante en distintas tareas de orientación de la unidad doméstica. Se ha señalado en el mismo sentido, que el padrinazgo como un elemento social resulta esencial para consolidar la red de relaciones y enlaces que cimentan la amistad, que protege ritualmente un sistema de solidaridad<sup>854</sup>.

Por su parte, en el Derecho familiar canónico el padrinazgo aparece incorporado en forma fragmentaria como un impedimento matrimonial. Gaudemet se refiere a esto, señalando que al parecer su origen se sitúa en tradiciones de carácter popular existente en Roma. En un primer momento, este impedimento aparece en occidente con Gregorio II en el concilio de Roma de 720, inserta en el canon 53 del concilio “*in trullo*”. Como impedimento se establecerá únicamente para las relaciones entre el padrino- madrina y el ahijado, luego se extenderá también el padrino y la madre del ahijado que se hubiese quedado viuda<sup>855</sup>.

En 1563 el Concilio de Trento regulará pormenorizadamente esta institución insertándose en las premisas que orientarán el proceso de conquista, por tanto, producirán pleno efecto en la población indígena. Las normas del Concilio lo restringirán a su calidad de impedimento matrimonial, limitándolo a los existentes entre el bautizado y padrino, también entre padrinos y los padres del bautizado. Establecerá que los padrinos debían ser uno o a lo sumo dos (hombre y mujer), que debía anotarse el o los nombres de los padrinos y declarar el parentesco que habían contraído. En síntesis, las prohibiciones quedaban restringidas a dos tipos de vínculos: la paternidad espiritual o padrinazgo y el compadrazgo.

Con posterioridad, esta figura desaparecerá en el Derecho formal no existiendo en la actualidad ninguna referencia, mientras en las costumbres de las comunidades indígenas esta se mantendrá como un elemento estructural para los vínculos sociales. En este sentido, se le reconoce a la figura del padrino un papel de autoridad en las uniones afectivas, siendo muchas veces reconocida su opinión como vinculante para la pareja, en especial al momento de

---

<sup>854</sup> Alfani G., “*La Iglesia y el Padrinazgo: ¿una Institución rebelde? (Italia, España y Europa desde el siglo V hasta la actualidad)*”, en *Revista de Demografía Histórica*, XXVI, I, 2008, segunda época, pp. 89-91.

<sup>855</sup> Gaudemet J., *El matrimonio...*, cit., pp. 243-245.

resolver conflictos al interior de la familia, o en los cuidados y toma de decisiones respecto de la descendencia.

En términos generales, proponemos que la falta de reconocimiento jurídico de las uniones libres y otras expresiones familiares indígenas, vulnera una serie de derechos protegidos jurídicamente en la actualidad. Entre estos el derecho a la identidad cultural, la protección y fortalecimiento de la familia, el respeto a la autodeterminación, el derecho a regularse por sus costumbres y su expresión jurídica entre los más relevantes.

Esta situación respecto a las uniones libres indígenas acarrea la desprotección de los sujetos involucrados, estos se verán afectados desde una perspectiva tanto colectivo como individual. En lo colectivo, en cuanto se transgrede el derecho de las parejas que desean mantener sus tradiciones y legado cultural, acudiendo a sus instituciones ancestrales como el “*servinacuy*”. Esta falta de reconocimiento jurídico en el Derecho chileno, conlleva a una situación de inseguridad jurídica al carecer de estatuto que regule sus relaciones patrimoniales. Además se exhibe como una transgresión al derecho a la identidad cultural con el consecuente incumplimiento de las garantías reconocidas en la estructura internacional de protección de los DDHH<sup>856</sup>.

En cuanto a la esfera individual, esto se enmarca dentro de la falta de regulación de la totalidad de las manifestaciones en que se expresa la convivencia no matrimonial. Lo que producirá que los individuos que opten por mantener sus formas ancestrales al margen del matrimonio, se verán en una situación de inseguridad jurídica debido a laguna legal procurada por la falta de regulación jurídica<sup>857</sup>. Esto obligará a que sus conflictos se resuelvan bajo la variabilidad e incerteza de la técnica jurisprudencial.

---

<sup>856</sup> En el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Ecuador del año 2012, la Corte interamericana de Derechos Humanos, “*reiteró que al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podrían estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.*”.

<sup>857</sup> Entre las uniones afectivas celebradas en las comunidades andinas, predominan como hemos señalados las uniones convivenciales y el matrimonio religioso. Esto puede tener diversas causas entre ellas: a) la presencia constante y continua de entidades religiosas presentes en las diversas comunidad b) las dificultades que ofrece la actual organización del Registro Civil que se manifiesta en la ausencia de esta entidad en gran parte de las comunidades andinas. Esto conlleva grandes traslados desde los poblados hasta los lugares que cuentan con una



Esta situación debió cambiar favorablemente con la entrada en vigencia del AUC, sin embargo, el problema de fondo se mantiene inalterable, debido al modelo contractual adoptado por el legislador para regular las convivencias. Hemos señalado que esta propuesta queda dentro del sistema denominado de pareja inscrita o formalizada. Este consiste en que sus reglas sólo se aplican a las parejas que han formalizado su relación del modo previsto por la ley. De manera, que la situación jurídica de las personas que no lo han hecho se mantiene al margen del Derecho.

En definitiva, no bastará la mera convivencia para la aplicación del estatuto requiriendo que los convivientes realicen una declaración de voluntad en instrumento público que luego de su inscripción recién comenzará a producir efectos jurídicos. Para esto deberán concurrir a una oficina pública, replicándose el problema que conlleva la ausencia del Estado en los territorios indígenas. En este sentido, llama la atención la falta de pronunciamiento durante la tramitación del proyecto de ley acerca de la situación de aquellas relaciones de convivencias que no realicen acto alguno para su reconocimiento jurídico. El legislador ha optado por un modelo que excluye estas expresiones<sup>858</sup>.

La realidad común de los distintos países latinoamericanos que comparten como factor una composición diversa de la población, ha influido en otros ordenamientos para asumir ciertas posiciones jurídicas. Un ejemplo claro, lo encontramos en la regulación de la convivencia no matrimonial, donde a partir del número alto de uniones libres, varios sistemas jurídicos han optado por un sistema de normas imperativas. Este modelo permite mejorar el nivel de eficacia para proteger diferentes núcleos familiares con independencia de las formalidades a que den cumplimiento. En este sentido, bastará para la aplicación de la regulación pertinente, el cumplimiento de un plazo de convivencia previa, o bien, la existencia de descendencia<sup>859</sup>.

---

oficina pública de esta entidad, lo que al mismo tiempo implica la falta de inscripción de los matrimonios religiosos y como consecuencia la ausencia de reconocimiento jurídico en la normativa chilena.

<sup>858</sup> Respecto de esta materia Martin Casals, destaca que la experiencia comparada muestra que la mayoría de las parejas que conviven no se plantea los aspectos jurídicos de su relación, por esto no suelen pactar las reglas que van a regirlas ni tampoco acogerse a un régimen preestablecido por el legislador. En algunos de los ordenamientos jurídicos en los que existe este modelo formalizado de pareja de hecho se considera necesario establecer normas adicionales relativas a un modelo no formalizado. Casals, M., *“El derecho a la convivencia...”*, cit., p. 15.

<sup>859</sup> En esta situación se encuentran: Colombia, Cuba, Perú, El Salvador, Guatemala, Venezuela, Bolivia, Ecuador.

A partir de este conjunto de características es posible sostener que en la actualidad existen concepciones contradictorias entre el Derecho consuetudinario indígena y el actual orden normativo que propone el Derecho de familia nacional. Estas diferencias se extienden desde el valor asignado al vínculo hasta los efectos que tienen asignados a la unión. Por cierto, una de las principales diferencias se expresa en la ausencia de reconocimiento al estado de convivencia pre nupcial reconocido en el “*servinacuy*”. Este contrapunto propiciará el sumergimiento de las conductas bajo una norma carente de legitimidad.

Esta exclusión de las estructuras familiares indígenas es una característica general del Derecho occidental, esto ha comenzado a atenuarse conforme una mirada pluralista y democrática del orden familiar. Desde esta perspectiva, cada modelo como una manifestación privada de la vida afectiva de los individuos, se conforma como una expresión sobre la cual el Estado debe cumplir con su deber de fortalecer y proteger a la familia que descansa detrás de esta unión.

En esta línea, la obligación impuesta a los Estados desde los Derechos Humanos para respetar los Derechos propios de cada pueblo, se conforma como una herramienta útil para este propósito. En esta situación es posible destacar como ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador que en su artículo 171, al señalar que: “*Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres...*”<sup>860</sup>. Esta refleja el sentido aperturista del Derecho moderno.

---

<sup>860</sup> El artículo 171 de la Constitución de Ecuador del 2008, señala: “*Sección Segunda Justicia indígena. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria*”.

Esta transición desde mediados del siglo XX, ha dado inicio a un proceso del fortalecimiento para el desarrollo de los pueblos indígenas. Desde lo práctico serán los tribunales nacionales e internacionales, quienes iniciarán un periodo de reivindicación de derechos, sobre la base de un reconocimiento de un Derecho propio indígena. En el contexto del Derecho de Familia y del reconocimiento de las estructuras familiares indígenas, si bien, esto aún es marginal existe una apertura a reconocer y valorar las diferencias. Todo dentro de un proceso de convergencias que representa un desafío interesante para el futuro.

### **5.3. LA INVISIBILIDAD JURÍDICA DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR INDÍGENA. UN CONTRAPUNTO RESPECTO AL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS VIGENTE.**

La definición por parte del poder público respecto a las estructuras familiares que se reconocen jurídicamente, resulta un ejercicio complejo al que confluyen todas las concepciones filosóficas, sociales, políticas y religiosas<sup>861</sup>. La familia como unidad natural tendrá mediante el Derecho un reconocimiento donde se acogen los cambios de cada comunidad. Esta recepción no resulta indiferente al Estado, debido a la serie de funciones estratégicas que tiene asignada esta unidad para la colectividad<sup>862</sup>.

Hemos destacado el proceso aperturista en que se encuentra el Derecho en general, y el Derecho de familia en particular, esta característica del fenómeno jurídico moderno ha permitido incorporar distintas expresiones sociales dentro de los márgenes de su protección<sup>863</sup>. Desde esta mirada, se ha postulado que los Derechos Humanos vendrían a

---

<sup>861</sup> Barrientos, J., *Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 55-56.

<sup>862</sup> Cabe señalar, que en esto se justifica la eterna discusión respecto a la naturaleza privada o pública del Derecho de Familia, por cuanto al Estado no le resulta indiferente el destino de la familia dentro del orden colectivo. Sobre esta discusión ver: Martínez De Aguirre, C., et alii, "*Curso de Derecho Civil...*", cit. , 2011.

<sup>863</sup> Tal como indica Lacruz Berdejo, dentro del tratamiento que cada ordenamiento da a la institución familiar, cada modelo familiar es diferente, en cada tiempo y lugar en cuanto a su reconocimiento, esto responde a las costumbres predominantes, esto viene ordenado por la naturaleza, como "*un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma: un hecho connatural del hombre*". Lacruz Berdejo, J. et alii, *Derecho de Familia*, en Elementos de Derecho Civil IV, Tercera Edición, Volumen Primero, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pp. 9-16.

reemplazar al Estado como guardián de los intereses comunes de la humanidad, esto lo realiza mediante la existencia de una institucionalidad global<sup>864</sup>.

Sin duda, la idea de un Derecho universal representa un buen intento por rescatar valores comunes a toda la humanidad. No obstante, esta tentativa mantiene situaciones aún marginadas, tal como destaca Krotz se trataría de espacios que demuestran que la idea acerca de los Derechos Humanos aún no está del todo clara, por lo que su desarrollo debemos comprenderlo en un continuo diálogo. Por consiguiente, resulta imprescindible volver una vez más a la tarea de fundamentar su concepto, identificando que conductas se incorporan y cuales salen de su amparo<sup>865</sup>. En esta tarea solo existen dos caminos, un continuo proceso de modificación de naturaleza legislativo, o la implementación de herramientas para una adecuada interpretación en términos amplios.

Esta idea que promueve el pluralismo como paradigma en las sociedades modernas, ha levantado a su paso distintas tensiones entre los derechos subjetivos concedidos a los ciudadanos desde las fuentes de elaboración legislativa<sup>866</sup>. Frente a este panorama, la respuesta del Derecho se sustenta en el establecimiento de estructuras jurídicas jerarquizadas, las cuales permitirán resolver en parte los conflictos que se suscitan, mediante el establecimiento de valores diferenciados a todas las fuentes del Derecho. Esta idea resulta la base dogmática- funcional de la teoría de las fuentes del Derecho en todo occidente.

Sin embargo, las diversas expresiones jurídicas que dan al interior de una comunidad política no conllevan necesariamente desde la realidad un mismo orden de jerarquías. Muy por el contrario, como explicamos, siendo el mundo diverso estas características alcanzan también a lo normativo, siendo el Derecho un recipiente fundamental de esta diversidad. Frente a este escenario, el mismo Derecho ha elegido el camino de acoger esta diversidad, primero a nivel

---

<sup>864</sup> Bogdandy, Armin Von, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", Harvard International Law Journal, núm. 47, 2006, p. 236.

<sup>865</sup> Krotz, Esteban, "La fundamentación de la idea de los derechos humanos en contextos multiculturales", en revista ALTERIDADES, 2008, 18 (35): p.11.

<sup>866</sup> En este sentido Stavenhagen cuestiona a modo de pregunta, a propósito de la invisibilidad de las formas familiares indígenas *¿Qué sucede cuando la aplicación del Derecho Positivo entraña una violación de las normas y costumbres comunitarias? ¿No podría constituir también una violación de los derechos humanos?* Stavenhagen, R., *Los Pueblos Indígenas y sus Derecho*, UNESCO, México, 2007, p.34.

superior en instrumentos globales y, progresivamente esto se ha trasladado al Derecho interno de cada Estado.

Las particularidades de cada grupo no encajan necesariamente con las bases del Derecho de raíz occidental, planteando tensiones entre sistemas jurídicos que coexisten de manera simultánea, pero en forma asimétrica. Esto generará conflictos asociados a la coherencia internormativa, cuestión que se expresa en diversos fenómenos de naturaleza jurídica en gran parte suscitados por esta jerarquización sobre el valor de las fuentes. Según nuestra apreciación, esto conlleva en el fondo un problema asociado a la valorización de determinadas conductas, es decir, un problema en clave de axiología jurídica. Un ejemplo, se da cuando el conflicto se da entre derechos fundamentales de igual jerarquía, como lo son la igualdad, la identidad cultural y el respeto a la vida privada y familiar.

En estos conflictos resultará elemental la interpretación que la ciencia jurídica otorgue a cada espacio, en un intento de armonizar en forma justa las prevalencias. La tarea más relevante cuando se generan estas antinomias, radicará en la interpretación de los tribunales quienes deben traducir el mandato normativo en realidad, función que realizan mediante sus sentencias. Este ejercicio comprenderá la identificación de un conflicto jurídico, la búsqueda de una norma aplicable al caso concreto, la valorización de los hechos y la norma que servirán de fundamento a la decisión judicial<sup>867</sup>.

Por su parte, la noción del pluralismo jurídico familiar como base de un Estado democrático de Derecho, supone el reconocimiento y fortalecimiento de las distintas expresiones en que se manifiestan las estructuras familiares en la vida social. Este principio permitirá hacerlo extensivo a todos los espacios de diversidad, incluido lo culturalmente diverso. De esta manera, permitirá ampliar la discusión más allá de lo “*homo – hetero*” que ocupa mayoritariamente la atención del Derecho por la diversidad familiar. Así, “*el respeto de la diversidad no supone meramente una tolerancia pasiva, consistente en soportar a los demás*”

---

<sup>867</sup> Los autores se preguntan si dentro de estos argumentos, es posible pensar en incorporar el elemento subjetivo del juzgador, extendiéndose más allá de la objetividad de las normas y principio. Robles, J. y Tovar Y., *Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una Introducción a los Critical Legal Studies*, en Serie Estudios Jurídicos N° 300 del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, pp. 55-57

*o dejar que hagan lo que les plazca, con tal de que no nos perturben. El respeto de la diversidad supone una tolerancia activa, esto es, una actitud de aproximación o "consideración" del otro*<sup>868</sup>.

Este paradigma en la regulación de los modelos familiares, conllevará además un reconocimiento en el Derecho de una situación fáctica que incide directamente en la identidad cultural de un pueblo, expresada en la acción de la costumbre sostenida respecto a las formas de construir familia. Esto se inserta dentro del Derecho de familia en la línea que promueve la apertura a nuevos modelos familiares en las sociedades modernas, mediante el acogimiento efectivo de grupos minoritarios, cuyas maneras de estructurar su vida familiar muchas veces difiere del patrón generalmente aceptado: *“a cada uno su familia y a cada uno su Derecho”*<sup>869</sup>.

Esta perspectiva abre además otras aristas respecto a los límites del pluralismo jurídico, en el contexto del respeto a la identidad cultural y su relación con la obediencia respecto del resto de los derechos fundamentales<sup>870</sup>. Primero, el conflicto se sitúa en su legitimidad, esta tensión se sustenta en la raíz exclusivamente occidental que subsiste en su formación. Esto se expresará en la definición de lo que es posible de exigir jurídicamente como derechos fundamentales. De manera que, excluida la mirada de algunos súbditos de este Derecho, difícilmente se reconocerán en ellos, complicando el natural acatamiento de la norma, o entendiendo de manera distinta su cumplimiento.

El problema dicotómico que presenta la idea de los Derechos Humanos en las minorías culturales, lo podemos reflejar de la siguiente manera. Primero, resulta efectivo que el planteamiento del sistema internacional de los Derechos Humanos estará limitado a lo que parcialmente se considere digno de reconocimiento, resultando expulsados de la

---

<sup>868</sup> Hernández, G., “Familia y Derechos Humanos en el Ordenamiento Chileno”, en Revista de Derecho de Familia, Volumen III - 2016, N° 3, 2016, p 13.

<sup>869</sup> Según Carbonnier las costumbres como expresión de una ideología se constituyen como un motor de cambio de “las partes envejecidas de un código”, estas amparadas en una ideología se constituyen como una fuente impenetrable para el Derecho. Carbonnier, J., “*Ensayos sobre las Leyes...*”, cit., pp. 142 – 144.

<sup>870</sup> Zabalo, E., “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural” en VV.AA. Estatuto personal y multiculturalidad de la familia, Madrid, 2000, pp. 9-25.

normatividad los patrones culturalmente ajenos, homogenizando a la humanidad, sumergiendo la diversidad<sup>871</sup>. Por otro lado, debemos destacar que son los propios Derechos Humanos los que han insertado de manera vinculante para los Estados la obligación de inclusión y apertura respecto a las minorías culturales.

Los desafíos que representa el multiculturalismo para el Derecho no apuntan de forma alguna encapsular a los sujetos en un espacio de tiempo, impidiendo su inserción en la dinámica de los cambios de toda sociedad. Por el contrario, el reto está en permitir que sus costumbres, cultura y expresión de su existencia tengan cabida en la comunidad que los acoge siempre en clave dinámica. Es decir, avanzar en el reconocimiento de su identidad étnica mediante el legítimo derecho a valorar su historia en un plano de igualdad<sup>872</sup>.

En la actualidad, la invisibilidad jurídica en la que coexisten las formas familiares de las comunidades indígenas esta en clara contradicción con el mandato proveniente desde Derecho internacional. La existencia de instrumentos jurídicos vinculantes para el Estado obligan a insertar en sus ordenamientos las estructuras familiares asociadas a su identidad cultural<sup>873</sup>. Al mismo tiempo, la propia imposición del sistema formula una exclusión de usos y costumbres familiares que no se ubican dentro del contexto de lo universalmente aceptable<sup>874</sup>.

---

<sup>871</sup> Esto genera un problema para la exportación de los DDHH en culturas que no respondan al patrón occidental, por ello fijarlos como límites al respeto a las costumbres o formas indígenas, importaría obviar o ignorarlos en su propia especificidad y dispersan a los mismos tiempos sus rasgos culturales indígenas y establecen “un amplísimo núcleo de valores impermeables al diálogo intercultural”. Carmona, C., “Pueblos Indígenas y la Tolerancia Occidental: Los Derechos Humanos como forma sublimada de asimilación”, en Revista Polis, Número 23, 2009, pp. 4-5.

<sup>872</sup> Dentro del contexto histórico, tanto el dinamismo del derecho de igualdad, como el contexto de la justicia social como fin del Derecho, permiten tratar desigualmente casos desiguales, en ello cada persona, cada pueblo puede manifestarse en su propio ser, permitiendo su cabida diferenciada dentro del ordenamiento jurídico, esto es, el derecho a la diferenciación cultural. Sobre la materia ver: Clérico, L. y Aldao, M., “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en Revista Lecciones y Ensayos, N° 89, 2011, pp. 141-179.

<sup>873</sup> Sobre el concepto de cultura resulta interesante la distinción que realiza Lévi - Strauss, quien nos dice que para distinguir el estado de naturaleza de la cultura, primero debemos atender a la existencia de la regla “*en todas partes donde se presente la regla, sabemos con certeza que estamos en el estadio de la cultura*”; en este contexto el autor desarrolla la idea de que cultura es aquello que está dentro del dominio de la costumbre, de las técnicas y de las instituciones por la que los grupos se distinguen. Lévi - Strauss, C., *Las Estructuras Elementales del Parentesco*, Edición Paidós Ibérica, España, 1969, pp. 40 - 42.

<sup>874</sup> En este contexto se excluye conductas que para los valores occidentales resultan “aberrantes”, entre ellas la poligamia, matrimonio bajo la edad aceptada en la Europa medieval, y durante largo tiempo el concubinato y las uniones no matrimoniales.

Debemos entender que esta contradicción sólo surge desde un análisis de realidad de la dinámica jurídica, ya que desde la teoría de las fuentes frente a tal contradicción operará la norma que el sistema considerará como primaria. En la actualidad no resulta discutible que, se ha relevado el sistema de internacional de los Derechos Humanos a un lugar preferencial, como una manera eficaz de ejercer control sobre la soberanía del Estado y la posible vulneración de derechos contra sus ciudadanos. Desde mediados del siglo XX este espacio se ha destacado por la creación de instrumentos jurídicos cada vez más específicos respecto las minorías étnicas o culturales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha destacado dentro de estos a la Declaración de Derechos de los Pueblos indígenas y al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. De esta manera ha señalado que: *“...el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio No. 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”<sup>875</sup>.*

La incorporación de estos instrumentos como garantías efectivas de protección permite asegurar derechos otorgando herramientas a los tribunales nacionales e internacionales. Esto se ha concretado de diversas formas, ya sea mediante la inserción dentro de sus respectivas Constituciones de garantías individuales asociadas al reconocimiento del pluralismo jurídico, dando lugar a un nuevo proceso de reformas, especializando progresivamente el reconocimiento de nuestra realidad multicultural<sup>876</sup>. Pero también incorporando *Corpus Iuris*

---

<sup>875</sup> Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, párr. 219.

<sup>876</sup> Entre los países latinoamericanos que incorporaron reformas en su constitución, podemos señalar: Perú (1993), Bolivia (1994 - 2009), Brasil (1988), Nicaragua (1987), Colombia (1991), Guatemala (1985), Ecuador



nuevos principios generales que permiten interpretar en general el Derecho desde esta perspectiva.

En cuanto al reconocimiento específico de las formas familiares indígenas, esto sólo se ha producido aisladamente en el Derecho moderno. Cabe destacar en este contexto la antigua regulación que el ordenamiento jurídico boliviano proponía en su derogado artículo 160 del Código de Familia, donde se desarrollaba un acápite denominado “*Las formas prematrimoniales indígenas y otras uniones de hecho*”. En este se regulaba de manera especial instituciones como el “*servinacuy*”, como forma de respeto hacia las prácticas ancestrales y otras razones de índole sociológico y cultural <sup>877</sup>.

En el caso del sistema jurídico chileno este se conforma como una excepción dentro de la realidad jurídica latinoamericana, manteniendo a la fecha su posición monista a nivel constitucional no reconociendo la conformación diversa de nuestra población. Esto involucra la marginalidad de una parte importante de la población., ignorando la particularidad e integridad de su existencia forjando con ello directamente a su asimilación.

En lo particular respecto al reconocimiento de los derechos indígenas su respuesta se reduce a la dictación de la Ley N° 19.253 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas del año 1993. Esta establece en su artículo N° 7 dentro del párrafo sobre Cultura Indígena, lo siguiente: “*El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.*

*El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena”.*

---

(1994 – 1998- 2008) Venezuela (1999), Paraguay (1992). Dentro de los países andinos todos reconocieron el pluralismo jurídico, menos Chile.

<sup>877</sup> Debemos aclarar que, si bien la norma citada representa un tratamiento particular, se incurría nuevamente en la misma falta de representatividad de la identidad cultural, asignando a estas uniones efectos personales y patrimoniales del matrimonio que tiene caracteres generales, sin considerar las particularidades de los usos o costumbres matrimoniales. Además, Bolivia en su nueva Constitución Política reconoce también a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos su libre determinación, en virtud del cual tienen garantizado el derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales ver artículo N° 2 Constitución Plurinacional Boliviana.

Respecto al reconocimiento de las estructuras familiares y los efectos asignados a sus uniones afectivas indígenas, esta propuesta tiene la particularidad de presentar un tratamiento específico de la familia indígena. No obstante, esta buena intención su contenido adolecerá de eficacia jurídica debido a lo confuso de la técnica legislativa utilizada.

En este sentido, el artículo N° 4 de esta Ley expresa lo siguiente: *“Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director. Se entenderá que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a su cónyuge, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por sólo uno de los cónyuges”*.

Esta norma encuentra su origen en el derogado Decreto Supremo N° 4.111 de 1931, este en su artículo 29 establecía un texto de características muy parecidas<sup>878</sup>. La salvedad esta dada esta última reconocía la utilidad de la posesión notoria de estado civil para la población indígena con el fin de concederles exclusivamente derechos hereditarios. Mientras que la intención del legislador al momento de elaborar la nueva Ley indígena, consistirá en ampliarlo a todo el catálogo de derechos que les corresponden a quienes ostenten la calidad de hijos o de cónyuges.

Dicho propósito quedará expresamente registrado en la historia fidedigna de su establecimiento, así la comisión legislativa señalaba que su fin consistiría en: *“materializar en la ley un sistema que se venía aplicando en la cultura indígena desde tiempos antiguos, además que no se debía centrar el debate en un aspecto ético o religioso, sino que lo que se*

---

<sup>878</sup> El artículo original establecía lo siguiente: Artículo 29. *“La posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer o hijo, se considerará como título bastante para constituir, a favor de los indígenas, los mismos derechos hereditarios que establecen las leyes comunes a favor de los padres, cónyuges e hijos legítimos. Se entenderá que la mitad de los bienes pertenece al marido, y la otra mitad a la mujer, o a todas ellas por iguales partes, cuando fueren varias, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por uno solo de los cónyuges”*.

*pretendía era consignar en la ley un beneficio que la costumbre indígena otorgaba a la mujer, cuál era el proteger su patrimonio, de lo contrario quedaría en una situación desmedrada e indefensa*<sup>879</sup>.

Esta discusión se generará debido a la objeción formulada en la tramitación legislativa por algunos integrantes de dicha comisión, quienes sostuvieron que la redacción de este inciso estaría produciendo un reconocimiento de la práctica de la poligamia. Aludiendo al texto original de la norma que pretendía reconocer efectos jurídicos al sistema poligámico presente históricamente en algunos pueblos indígenas como estructura familiar. Específicamente, se referían al inciso segundo de la propuesta normativa en comento, que indicaba que: “*Se entenderá que la mitad de los bienes pertenece al marido, y la otra mitad a la mujer, o a todas ellas por iguales partes, cuando fueren varias, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por uno solo de los cónyuges*”<sup>880</sup>.

Finalmente, esta disposición será excluida por considerarse contrario al orden público nacional que cautela el sistema jurídico de la mayoría, impidiendo un reconocimiento expreso de las características particulares de su cultura, respecto a lo cual no existe un contrapunto con el respeto de los Derechos Humanos ni de otros derechos fundamentales. Tal es así, que en la actualidad el reconocimiento de sistemas poligámicos ha ganado espacio en varios sistemas jurídicos<sup>881</sup>, siendo incluso reconocido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos todo como parte del acogimiento progresivo del pluralismo jurídico<sup>882</sup>.

---

<sup>879</sup> Historia de la Ley No 19.253, Primer Informe Comisión Especial Asuntos Indígenas, p. 309.

<sup>880</sup> Inciso segundo del artículo 29 del Decreto Supremo N° 4.111 de 1931.

<sup>881</sup> En este sentido, un ejemplo claro es la Ley Concubinaria uruguaya que permite la coexistencia de matrimonio y unión concubinaria, estableciendo una distribución especial de bienes. También el Tribunal Supremo español ha reconocido el derecho a cobrar la pensión de viudedad a las dos esposas de un ciudadano marroquí polígamo, que sirvió para el Ejército español en el Sáhara y que percibía una paga con cargo a España. Esto pese a reconocer que la desición vulnera su orden público, incluso teniendo tipificada la figura como delito. Así ha señalado que “*Es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer*”. STS 121/2018 del 24 de enero del 2018, . En el mismo sentido Sentencia del TSJ de Andalucía de 18 de junio de 2015.

<sup>882</sup> Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, CIDH, Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas).

Debemos recordar que tal como se ha indicado, el Derecho instrumentaliza el estado civil para contemplar a la persona con varios criterios y a partir de ello clasificarla en categorías. Así, la asignación de un estado civil llevará asignado un catálogo de derechos y obligaciones que se pretender conceder determinadas personas que cumplen con las condiciones que define el Derecho<sup>883</sup>.

En este caso la Ley indígena señala respecto a la posesión notoria del estado civil de hijo, madre, padre o cónyuge, que dicho estado bastará para que esa relación sea amparada el Derecho común nacional. Este intento por incorporar un tratamiento específico de la familia indígena se reducirá a permitir que la figura de la posesión notoria constituya un título por el que se reconoce directamente un estado civil y se asignan efectos. Esto establece una particularidad, ya que a la población no indígena esta figura sólo se conforma como un medio de prueba para acreditar el vínculo dentro de un juicio de filiación.

Esta ha sido el criterio asumido por la jurisprudencia nacional, a modo de ejemplo la Corte de Apelaciones de Temuco recientemente ha señalado: *“Que el efecto propio de la sentencia que reconoce a un indígena de nuestra patria, es validar el estado civil adquirido conforme a su derecho consuetudinario, y por lo mismo equiparar su situación con la de la filiación legítima, propia del derecho común, eliminando con ello toda forma de discriminación, que pueda originarse en la forma diversa de constitución de las respectivas familias. Cumple un rol diverso a la de la posesión notoria del Código Civil, dado que mientras en este último es solo un medio de prueba, en el ámbito indígena el constituye un título, que reconoce la existencia del estado civil ya adquirido conforme a la costumbre de los pueblos originarios”*<sup>884</sup>.

En la misma línea, es posible destacar un fallo reciente de la Corte Suprema que clarifica el sentido particular que tendría la institución de la posesión notoria en la población indígena. De esta manera, se ha indicado como efectos los siguientes: a) en primer lugar, permitiría

---

<sup>883</sup> Solé, J., “La situación de la mujer y los menores de edad en el Derecho civil de la época (el 1977), *30 años de la Ley de Amnistía (1977-2007)*, M. Espuny y Olga Paz coords. Dyckinson, Madrid, 2009, p. 211.

<sup>884</sup> Sobre esta materia ver el fallo de la Corte Apelaciones de Temuco en causa rol 332-2013 de fecha 15 de julio del 2013.

demandar derechos que emanan de la filiación o del matrimonio, sin que sea necesario el previo establecimiento de la respectiva filiación o matrimonio. Señala como ejemplo, que “*el indígena que pretenda reclamar una herencia como hijo del causante, podrá interponer derechamente la acción de petición de herencia aun cuando su filiación no esté reconocida*”; b) en segundo lugar, indica que el artículo 4 de la Ley 19.253 prescribe para tales casos, que la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo “*servirá de fundamento de la acción intentada en lugar de la filiación o del matrimonio*”, y c) que dicha posesión notoria se acreditará con la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director<sup>885</sup>.

En relación a la posesión notoria de cónyuges, es decir, aquellas parejas que reúnan los aspectos de nombre, trato y fama en un presunto vínculo de matrimonio que no ha cumplido con la formalidad requerida para su validez. Según nuestro criterio esta norma no alcanza a un reconocimiento real de las uniones libres indígenas como el “*servinacuy*”, ya que conforme el tenor de la norma para poder asignarles efectos como matrimonio resulta necesario que la pareja tenga un trato público como cónyuges. Esto no sería equivalente a una relación de convivientes ni tampoco de matrimonio a prueba o en vías de perfeccionamiento<sup>886</sup>. Por ello, su situación sigue estando a la sombra del Derecho.

Una de las inconsistencias principales que presenta la propuesta de esta Ley, esta asociada con el modelo asumido el cual asigna efectos similares a todas las etnias indígenas, sin considerar los aspectos particulares de cada expresión cultural. En este sentido, el mismo artículo 4 en su inciso final asigna un régimen patrimonial a todas las uniones familiares

---

<sup>885</sup> En esta causa la Corte Suprema ordenará revocar las sentencias que la preceden, ordenando: 1.- Que se acoge la demanda y, en consecuencia, se reconoce a don xxx la calidad de hijo de doña xxxx. 2.. Practíquese por el Oficial del Registro Civil e Identificación que corresponda, las subinscripciones y rectificaciones pertinentes en la inscripción de nacimiento. Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 20175-2005, de fecha 15 de septiembre del 2016.

<sup>886</sup> Cabe recordar que dentro de los requisitos propios de la institución de la posesión notoria se requiere copulativamente de tres requisitos durante un tiempo determinado en la norma, estos son: nombre, trato y fama. Nuestro Código Civil, siguiendo esta tradición de origen romano, establece su regulación en los artículos 310 a 313. El artículo 310 indica “*La posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales; y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general*”.

indígenas, así señala: “*Se entenderá que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a su cónyuge, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por solo uno de los cónyuges*”.

Esta norma en su esencia se asemeja al sentido del régimen legal económico que se asigna en Chile a los matrimonios denominado sociedad conyugal<sup>887</sup>. Esto responde a un ejercicio de la homologación al que habitualmente acude nuestro Derecho como método de comprensión intercultural. Sin embargo, esta representa una integración de baja intensidad, en cuanto al valor asignado y al reconocimiento de la otredad.

El conducto asumido más que una instancia de integración en los términos requeridos desde el Derecho internacional, se expresa como una apreciación unilateral y parcial de comprensión del que ejerce el poder respecto del otro que se ubica en la posición de minoría, manteniendo una práctica de asimilación cultural reproduciendo las asimetrías entre los Estados y los pueblos indígenas<sup>888</sup>.

En lo principal esta Ley establece esta especie de estatuto patrimonial especial indígena, sin un fundamento claro que oriente la propuesta. Tampoco la norma tiene coherencia con los mandatos emanados de los instrumentos internacionales que inspiraron la dictación de la Ley, e incluso resulta contradictoria con el cuerpo de la propia Ley. Resulta complejo comprender como es posible promover la autonomía cultural, mediante la fijación de una solución homogénea para pueblos con costumbres muy distintas<sup>889</sup>, desconociendo la diferencia de los destinatarios de la norma<sup>890</sup>.

---

<sup>887</sup> Nuestro Código Civil en su artículo 1774 señala respecto de la distribución de los bienes al momento de liquidar la sociedad conyugal que: “*Ejecutadas las antedichas deducciones, el residuo se dividirá por mitad entre los dos cónyuges*”.

<sup>888</sup> En este sentido, veasé: Sánchez Botero, E., *Peritaje Antropológico. Justicia en Clave Cultural*. Deutsche Gesellschaft für, Bogotá, 2010.

<sup>889</sup> El artículo 1 de la ley 19.253 señala: “*Para los fines de la presente ley se entenderá que los principales pueblos indígenas de Chile son, el Mapuche, el Rapa Nui, el Aymara, las comunidades Atacameñas y la comunidad Colla del norte del país, la comunidad Kawashkar y Alacalufe y la comunidad Yamana de los canales australes*”.

<sup>890</sup> Durante la tramitación de la Ley se señalaba a propósito de sus fines: “*El espíritu de la nueva ley indígena es totalmente diferente. Se establece la diversidad de las culturas existentes en la sociedad chilena y se fomenta su desarrollo. Se reconoce por tanto el carácter propio de los grupos Indígenas y el derecho que les asiste a*

Esta perspectiva impregna a la dinámica familiar indígena de elementos que no le son propios y resultan tan extraños como el resto de las estructuras familiares presentes en el Derecho. Respecto a la coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, la propuesta provoca problemas de antinomias con la normativa internacional vigente, cuyo sentido es justamente respetar a las comunidades en su diversidad<sup>891</sup>. De tal forma, que el asunto queda invisibilizando ante el Derecho interno, quedando entregando a la competencia del juez y su incertidumbre de optar, frente a dos orientaciones que se contradicen<sup>892</sup>.

Al respecto proponemos que conforme al espíritu emanado de los principales instrumentos internacionales ratificados por Chile y del propio sentido de la Ley indígena, el cumplimiento efectivo de la norma conlleva forzosamente reconocer las estructuras familiares indígenas en su propio contexto. Para esto es necesario reconocerle valor jurídico a las conductas reconocidas como normas jurídicas en sus propias costumbres.

En el caso de las comunidades indígenas andinas, se debe reconocer el sentido de reciprocidad y la posición de los sujetos en sus estructuras familiares. Además, aplicar el régimen económico que corresponda conforme a su historia. Asimismo, se debiera reconocer jurídicamente el “*servinacuy*” como una institución distinta al matrimonio. En general para establecer cualquier estatuto resulta prioritario asignar los efectos que los propios partícipes le asignan a sus uniones.

---

*desarrollarse según sus propios criterios cultura y costumbre*”. En Primer Informe de la comisión Especial de Pueblos Indígena presentado durante su tramitación en el Congreso.

<sup>891</sup> Resulta pertinente el concepto de otredad que ha sido definido como “*una postura epistemológica que explora discursivamente la imagen de las culturas que hicieron su espacio en la periferia u otros espacios culturales intermedios. Establece un saber geocultural, histórico, arqueológico, sociológico y etnológico sobre el otro, una metafísica donde las heterogeneidades y las diferencias se encuentran subsumidas en un lenguaje homogéneo integrados en categorías sustanciales como “pueblo”, “clase” y “nación”*”. Sosa E., “*La Otredad: una Visión del Pensamiento latinoamericano Contemporáneo*”, en Revista Letras Vol. 51, p.1.

<sup>892</sup> Tal como ha señalado la Corte Suprema a propósito de una causa en materia de violencia intrafamiliar entre miembros de una comunidad mapuche: “*Que, claramente, la primera cuestión es de interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos. Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal*”. Sentencia Corte Suprema, considerando cuarto de la causa rol N° 10.635-2011 del 04 de enero de 2012.

Una solución que se presenta como de gran utilidad en el Derecho de familia, para este escenario de diversidad, consiste en el un reconocimiento amplio de la autonomía de la voluntad favoreciendo el desarrollo de pactos entre los convivientes sobre una cantidad cada vez más creciente de materias<sup>893</sup>. Por esta vía podrían los propios cónyuges acordar cuestiones generales como el Derecho o la costumbre jurídica que reconozcan como aplicable a su estilo de vida. Esto permite establecer por su propia voluntad el criterio jurídico con el que se resolverán los posibles conflictos que se presenten.

También es posible considerar dentro de las alternativas que implicará la vigencia del AUC, la de facultar a las autoridades de las propias de comunidades indígenas para que formalicen o registren estas uniones, velando por la existencia del acto y el alcance de sus efectos. Esto fortalecería el requerimiento de autordenación, al mismo tiempo resolvería el conflicto que conlleva la escasa presencia de la estructura pública en las zonas andinas. En ambos casos, se protege el derecho a la identidad cultural. Este conducto no es nuevo, en cuanto ya ha sido incorporado por el Derecho de familia de Perú y Bolivia<sup>894</sup>.

Según nuestro criterio la medida más eficaz para resolver todos estos conflictos, consiste en el reconocimiento efectivo de la costumbre como fuente de Derecho primaria para la población indígena. Mediante su uso se podrá acreditar desde los patrones que regulan la familia hasta los efectos que el grupo asigna frente al proceso de crisis familiar. Esto plasmaría el principio de discriminación positiva en el que se inspira el cuerpo legal, promoviendo adecuadamente el respeto por las costumbres de cada pueblo y su derecho al respeto de su identidad cultural<sup>895</sup>.

---

<sup>893</sup> Veasé: Diago, M., *Los Pactos o Capitulaciones en el Derecho Internacional Privado*, en Matrimonio y Estudio de Ley. Estudios de Derecho Internacional Privado, compilador Carrascosa González J., Zaragoza, 1999, Granada, 2000.

<sup>894</sup> Esto ha sido implementado en el Código Civil Peruano que en su artículo N° 262 bajo el título Celebración del matrimonio en comunidades campesinas y nativas, señala: “*El matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse también en las comunidades campesinas y nativas, ante un comité especial constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad. La presidencia del comité recae en uno de los directivos de mayor jerarquía de la comunidad*”. También en el nuevo Código de Familia de Bolivia que en su artículo N° 165 establece una norma de características similares.

<sup>895</sup> En cuanto a la aplicación de la costumbre indígena, el artículo 54 de la ley 19253 abre algunas posibilidades al señalar: “*La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la*



Además, desde la perspectiva del Derecho de familia permitiría alinearse con el paradigma pluralista que reconoce diversos modelos familiares. Esta solución ha comenzado a ser utilizada progresivamente por los tribunales, estos han excepcionado la aplicación del Derecho común cuando se trata de población indígena, revitalizando el valor de fuente de Derecho de la costumbre en concordancia con lo promovido desde la estructura internacional de los Derechos Humanos<sup>896</sup>.

En particular referencias a la costumbre como fuente de Derecho y normas vinculadas al respeto y aplicación del Derecho consuetudinario indígena, encontramos insertas en los instrumentos internacionales de mayor relevancia, estos tienen una función integradora, interpretativa y supletoria de los derechos fundamentales<sup>897</sup>. De esta manera el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, destaca la importancia que tiene el reconocimiento y respeto de las costumbres indígenas, resaltando que su invisibilidad e inaplicabilidad está asociada a la vulneración directa de sus Derechos Humanos<sup>898</sup>.

En forma directa el convenio se hace cargo de esta situación en su artículo N° 8 que desarrolla el valor de la costumbre para los pueblos indígenas, al respecto desarrolla esta propuesta señalando: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el

---

*considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”*

<sup>896</sup> Así en causa rol N° 10635 – 2011 ante la Corte de Apelaciones de Temuco de 27 de octubre de 2011, se interpreta la ley 20.066 en la órbita del Convenio 169, reconociendo la costumbre y formas de vida propias de la cultura indígena, de esta manera reconoce la primacía del Convenio por sobre la ley. Este fallo fue llevado ante la Corte Suprema, el argumento principal fue que el principio de especialidad que provee la ley especial conlleva su aplicación prioritaria por sobre el convenio. El 4 de enero del 2012 la corte ratificó el fallo, pero no será explícita en el fundamento aludido.

<sup>897</sup> Un estudio en profundidad sobre esta materia véase en: Nash, C. et alii, “*Los usos del Derecho Internacional...*”, cit., pp. 15 – 54.

<sup>898</sup> Esto lo realiza en su preámbulo, que dentro de su estructura tiene el valor de servir para la interpretación de todo el instrumento. En este sentido indica: “*observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores y costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión*”.

*sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes*<sup>899</sup>.

Por su parte, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, mantiene esta misma línea indicando que: *“Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales...”*. Luego, continúa señalando: *“Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas”*. Esto quedará plasmado en su artículo N° 5 que indica: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”*.

Por su parte la Comisión de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha ratificado que dentro del Pacto de 1966 en su artículo 15 se entiende incorporada la protección de la identidad cultural. Al respecto ha señalado que una manera de reducir la discriminación es mediante el reconocimiento por parte de los Estados de las diversas identidades culturales de los individuos y comunidades que habitan su territorio<sup>900</sup>.

---

<sup>899</sup> En la misma línea, la OIT en su guía de aplicación del convenio indica: *“La implementación eficaz de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente... exige el reconocimiento y la aceptación de las costumbres, el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, en especial a lo que respecta a los derechos colectivos, de fundamental importancia para los pueblos indígenas”*.

<sup>900</sup> CDESC: *“Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)”*. General Comment, mim. 21, 21 de diciembre de 2009, párrafo 23, p. 6.

Por su parte el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que: *"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma"*.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien, no ha tratado de manera directa el valor del Derecho consuetudinario indígena, ha dejado puertas abiertas a la aplicación de este Derecho al consagrar la posibilidad de acudir a otros instrumentos jurídicos que contienen este deber. En esta perspectiva ha señalado: *"En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce"*<sup>901</sup>.

Mediante esta orientación la Corte ha señalado que el objeto y fin de la Convención Americana de DDHH, es la eficaz protección de la persona humana, objetivo que no podría alcanzarse de no contemplar una interpretación evolutiva de las normas. Esto confluye en la aplicación del principio pro persona o *"pro hominen"*, uno de los elementos orientadores en materia de interpretación de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer las dimensiones de los derechos protegidos en los instrumentos internacionales. Conforme lo precedente, la Corte ha utilizado el propio Convenio 169 para resolver los asuntos sometidos a su competencia, así por ejemplo en los casos Yatama y Moiwana.

Respecto al asunto particular de esta investigación, la costumbre indígena se ha aplicado para reconocer las formas familiares con que se estructura la vida en las comunidades. En el caso Aloeboetoe y otros *Vs.* Surinam, para ello la CIDH acudió al Derecho consuetudinario

---

<sup>901</sup> Opinión Consultiva, CIDH, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

familiar de los *maroons* a la cual pertenecen los *saramakas* tribu de las víctimas de un caso de violación de garantías. Mediante su reconocimiento definió el alcance de las estructuras familiar de esta etnia, con ello definió quiénes serían los titulares que tendrían derecho a indemnización de perjuicios no considerando las reglas de parentesco del Derecho común nacional.

Frente a esto, se consideró el carácter matrilineal y el régimen de poligamia presente en su estructura social junto al sistema de cuidado de los miembros de la familia que se encuentra a cargo de un grupo comunal que sigue la línea materna. Esto pese a la oposición del Estado de Surinam que en su defensa solicitó que no se reconociera carácter vinculante al Derecho consuetudinario; y que solo se utilizará el concepto de familia occidental fijado en su Código Civil.

La Corte se pronunció respecto si el Derecho de familia de Surinam resultaba aplicable a este pueblo. Para este fin razonó argumentando de la siguiente manera: *“En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca”*<sup>902</sup>.

La Corte finalmente optará por no aplicar íntegramente el Derecho común, favoreciendo el Derecho de familia propio indígena, reconociendo la noción de pluralismo jurídico que promueve el Derecho internacional. De esta forma expresaba: *“Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado, no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde*

---

<sup>902</sup> Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, CIDH, Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas).

*pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los “ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca”.*

Otra forma en la cual la CIDH ha sentado criterios jurisprudenciales, reconociendo el valor de las prácticas consuetudinarias, ha sido con la valoración del derecho de propiedad de carácter comunitario regulado conforme a sus costumbres. Por ejemplo, en el caso *Awas Tingni* la corte recurrió al Derecho consuetudinario para acreditar el dominio de la tierra, reconociendo que *“producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”*<sup>903</sup>. Este reconocimiento del derecho consuetudinario indígena modifica el sistema jurídico de propiedad propio del Derecho occidental, permitiendo la coexistencia de dos sistemas con distintos alcances, imponiendo además a los Estados la obligación de adecuar su Derecho interno.

Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en el tiempo, así en el caso de la Comunidad *Moiwana*, la Corte argumentó en el mismo sentido aludiendo que: *“en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias -pero que carecen de un título formal de propiedad- la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”*<sup>904</sup>.

El mismo principio se reiteró en el caso del Pueblo *Saramaka* en el año 2007, expresando: *“... a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente*

---

<sup>903</sup> Caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001

<sup>904</sup> CIDH: caso de la Comunidad *Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, N°. 124, p. 129, p. 56. Este mismo principio había sido reconocido antes en el caso CIDH: caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo)*. Posteriormente en el caso: CIDH: caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.

*han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal*<sup>905</sup>.

Este requerimiento de aplicación del Derecho consuetudinario indígena, no es un fenómeno aislado, sino que se integra dentro de un proceso de reivindicación mayor que plantean los pueblos originarios, su fin es alcanzar formas de autodeterminación y autogobierno crecientes<sup>906</sup>. Como señala Anaya este derecho tiene un carácter estructural que entra en contradicción con cualquier actuar de naturaleza colonizadora o imperialista, en virtud de este principio *“las contingencias y legados del encuentro e interacción humanos deben conformarse a la idea esencial de que todos y todas tienen el mismo derecho a controlar su destino”*<sup>907</sup>.

Este bloque de instrumentos de protección específica de los derechos de los pueblos indígenas, ha contribuido a fortalecer las reivindicaciones de los distintos pueblos colonizados. Según Yrigoyen, este proceso ha llevado a una serie de cuestionamientos respecto de herencias centrales en el orden jurídico en las repúblicas americanas. Primero, se han quebrado ciertos espejismos, como la noción de que el Estado representa una nación homogénea, con una sola identidad cultural, idioma, religión, reemplazándose por el reconocimiento de la diversidad cultural. Segundo, el reconocimiento de un pluralismo

---

<sup>905</sup> Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. CIDH., Excepciones Preliminares, Fondo, y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N°. 172, p.97, p. 30

<sup>906</sup> A lo precedente se refiere el artículo N° 4 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPI) *“Los Pueblos Indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones”*. De la misma manera el artículo 1 N°1 del Pacto de derechos civiles y políticos, *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”*. En el caso de este último instrumento existen diversos contrapuntos respecto de la extensión de su aplicación a las minorías dentro de los Estados, en especial por la interpretación del concepto pueblo. Véase en este sentido: Stavenhagen, R., *Derecho Internacional y derechos indígenas, en Derechos Humanos y Pueblos indígenas, Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*, editor Aylwin, J., Santiago, Instituto de Estudios Indígenas, 2004, pp. 20-26.

<sup>907</sup> Anaya J., *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid 2005, p. 374.

jurídico amplio como una cuestión básica para el orden jurídico, cuestionándose el monopolio de la producción jurídica por el Estado<sup>908</sup>.

Dentro de la legislación nacional la Ley N° 19.253 de Desarrollo y Fomento indígena, como declaración de principios, seguirá la misma línea de los tratados internacionales al igual que un número importante de ordenamientos jurídicos latinoamericanos<sup>909</sup>. En el caso de Chile la ley indígena en su art. 54 señala: “*La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad*”.

También nuestros tribunales durante el último tiempo vienen realizando una tarea interesante mediante una interpretación amplia de la norma, reconociendo paulatinamente un espacio diferenciado de Derecho, esto ha favorecido la aplicación primaria de la costumbre en el contexto indígena. Incluso, se ha llegado a aplicar aún contra norma expresa y en conflicto entre normas vinculadas a derechos fundamentales<sup>910</sup>. Este factor resulta esencial para la doctrina que promueve que la norma consuetudinaria sólo es jurídica desde el instante en que el juez la acoge y aplica, transformando en visible lo invisible<sup>911</sup>. En palabras de Guzmán

---

<sup>908</sup> Según resalta, con ello ha comenzado a reconocerse a los pueblos y comunidades indígenas no solo la garantía a tener su propio Derecho, sino también sus propias formas de justicia. Yrigoren R., “*Pluralismo jurídico...*”, cit., p. 173.

<sup>909</sup> En Latinoamérica continental todos países salvo Chile y Uruguay, han reconocido constitucionalmente una composición pluralista, a partir de ello se establece un estatuto de mayores o menores derechos. De manera particular, algunos incorporado a nivel constitucional el derecho a regularse por su propio Derecho consuetudinario, así por ejemplo: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, está en su artículo N°2 reconoce tanto el carácter pluricultural de la nación como su obligación de respetar el Derecho Consuetudinario Indígena; también en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su capítulo VIII sobre derechos humanos de los pueblos indígenas; en Ecuador la nueva Constitución del año 2008 en su artículo N°1 se reconoce como plurinacional, entre otros.

<sup>910</sup> Un trabajo interesante en esta materia puede verse en: Castro M. et alii., *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión y Legislación*, Santiago, 2009, p. 9-239.

<sup>911</sup> Desde esta posición se postula que para analizar la cuestión de las fuentes del derecho se debe tener como base el dogma constitucional, respecto a la función del juez que consiste en resolver conflictos aplicando el Derecho existente, a partir de ello es posible reconocer desde un mismo criterio que elementos se conforman como fuente del Derecho. Ross, A., *Teoría de las Fuentes...*, cit. n. 249, p. 358.

Brito, son costumbres jurídicas aquellas que un juez decida aplicar, “*cuando considere que la regularidad de que se trate atañe o no al campo propio de lo jurídico*”<sup>912</sup>.

Nuestra Corte Suprema ha ratificado el valor diferenciado que tiene la costumbre entre indígenas, señalando que: “*A partir de la ratificación del citado Convenio, incorporado a nuestro ordenamiento de acuerdo a lo prevenido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República lo anterior se plasma como derecho a la dignidad de las personas el derecho a la identificación y reconocimiento étnico. A consecuencia de ello, si bien el artículo 1° de la Constitución impone la igualdad formal de las personas, su dignidad determina el reconocimiento de sus diferencias, lo que permite a todas las personas mantener una historia vital ligada a valores propios de su cultura originaria, en el caso de autos, a la mapuche*”<sup>913</sup>.

Recientemente nuestro tribunal superior ha debido pronunciarse en materia de aplicación de medidas de protección respecto a niños indígenas pertenecientes a la etnia aymara. En este contexto se analizó la conveniencia de aplicar una medida de separación de la madre, bajo el argumento de aplicarse el interés superior de los menores frente a una presunta vulneración de derechos por negligencia y descuido de la madre.

El tribunal además se pronunciará sobre uno de los espacios jurídicos de mayor conflicto en el Derecho latinoamericano en la actualidad, esto es la antinomia que se produce de manera transversal, entre un Derecho de familia nacional de raíz occidental y la existencia de un Derecho consuetudinario indígena.

Este caso presenta la particularidad que el contrapunto se produce entre normas de igual jerarquía, ambas incorporadas dentro de la estructura internacional de Derechos Humanos, cuestión que se genera al confrontar la Convención de Derechos del Niños y el Convenio N° 169. Al respecto la Corte Suprema indicó dentro de sus considerandos: “*En este contexto, y siendo la madre de los niños miembro de la etnia aimara, debe tenerse presente la Ley sobre*

---

<sup>912</sup> Guzmán Brito, A., “El Fundamento de Validez de la Costumbre como Fuente de Derecho”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 22 N° 3, 1995, p. 628.

<sup>913</sup> Corte Suprema Segunda Sala (Penal), rol 28842-2015, Ministerio Público con Claudio Huentecol Huentecol y otra.



*Protección Fomento y Desarrollo de los Indígenas y la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 30 señala que los niños pertenecientes a una minoría étnica tienen derecho a tener su propia vida cultural y emplear su propio idioma. Esto redundaría en que los tribunales de justicia, en todas las medidas concernientes a los niños, deben tener como consideración primordial el interés superior del niño, lo que ciertamente impone a los jueces el deber de atender a las costumbres y forma de vida del grupo social a que pertenecen”.*

Durante este proceso se señaló como hechos que la madre de los menores señala ser analfabeta, oriunda de un sector indígena donde no existe acceso a red social alguna, lo que le impidió obtener documentos de identidad para ella y sus hijos, cuestión que incidió en que no accedieran a los sistemas de salud y educación, estas circunstancias constituirán la base del alegato para fundar el actuar negligente de la progenitora. El tribunal de primera instancia, en su sentencia dispuso el ingreso definitivo de las niñas a un Hogar de resguardo. En segunda instancia la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia<sup>914</sup>.

Teniendo presente estos antecedentes el tribunal superior procederá a revocar la sentencia, interpretando el carácter diferenciado de la norma para la situación descrita, acudiendo a la normativa internacional para promover el respeto por las circunstancias propias de los pueblos indígenas. En este sentido señalaba: *“En la especie, se trata de una familia aimara que vivió hasta hace poco tiempo en un poblado de la precordillera, de manera que su relación con el Estado claramente no podría ser de la entidad que pueda esperarse de las personas que no integran comunidades tan minoritarias, razón por la cual el juicio relativo a la afectación a los derechos de los niños también debe hacerse desde esta perspectiva. Así, no es posible descalificar a la madre por no haber integrado a los niños a las redes sociales”*<sup>915</sup>.

En la misma línea, pero en materia asociada a la prueba del estado civil de la población indígena, tempranamente la legislación nacional y la jurisprudencia de los tribunales han

---

<sup>914</sup> Causa Álvarez – Ticuna Tribunal de Familia de Iquique, RIT P-997-2008, del 6 de marzo del 2009, confirmada sin modificación por la Corte de Apelaciones de Iquique, en causa Rol 34-2009, del 6 de mayo del 2009.

<sup>915</sup> Causa Álvarez – Ticuna, Corte Suprema - Rol: 3784-2009, de fecha 10 de septiembre del 2009.

establecido un espacio de particularidad, en la actualidad siguiendo el tenor de la ley 19. 253 como del Convenio de la OIT, la Corte de Apelaciones de Temuco clarificando conceptos ha reconocido la pertinencia de la diferenciación jurídica frente a conflictos que involucren a la población indígena, reconociendo el valor que la costumbre reviste para la resolución de estos asuntos, así ha indicado: *“Desde los primeros albores de nuestra vida republicana se ha reconocido que no es aplicable el derecho común a los pueblos originarios existentes en nuestra patria en relación a la forma de constitución y de acreditación del estado civil, como consecuencia de aceptarse que la familia en dichos pueblos se estructura sobre la base de moldes, valores, y creencias diversas a las del modelo occidental predominante... El efecto propio de la sentencia que reconoce a un indígena de nuestra patria, es validar el estado civil adquirido conforme a su derecho consuetudinario, y por lo mismo equiparar su situación con la de la filiación legítima, propia del derecho común, eliminando con ello toda forma de discriminación, que pueda originarse en la forma diversa de constitución de las respectivas familias”*<sup>916</sup>.

Esta interpretación ratifica que conforme a la normativa vigente en Chile deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su Derecho consuetudinario, cuestión que permite avalar el alcance amplio que se debe dar a las normas del art. 4 de la ley 19.253, en su aplicación preferente por sobre las normas del derecho común. De esta manera el valor de la costumbre, se levanta nuevamente como una herramienta necesaria en el Derecho, permitiendo el respeto por valores que desde lo jurídico se configuran en la actualidad como esenciales.

---

<sup>916</sup> Como hemos señalado anteriormente, En esta causa el tribunal reconoció otro espacio de diferenciación jurídica, señalando que no es necesario que quienes tienen la calidad de indígenas deban recurrir a las normas del Código Civil, para constituir dicho estado a través de las correspondientes acciones filiativas en un juicio de carácter contencioso. Ratificando que deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su Derecho consuetudinario en su aplicación preferente por sobre las normas del Derecho común. Para ello, se reconoce un rol diverso a la institución de la posesión notoria, *“dado que mientras en este último es solo un medio de prueba, en el ámbito indígena el constituye un título, que reconoce la existencia del estado civil ya adquirido conforme a la costumbre de los pueblos originarios”*. Corte de Apelaciones de Temuco, causa Civil-332-2013, de fecha 15/07/2013.

En el mismo sentido, pero en un asunto de distinta naturaleza se ha generado en materia de violencia intrafamiliar, existiendo a la fecha una amplia jurisprudencia donde se han favorecido la aplicación de acuerdos reparatorios tratándose de población indígena, esto pese a que la Ley N° 20.066 que regula la materia prohíbe expresamente esta circunstancia<sup>917</sup>. Actualmente, existe una clara tendencia a favorecer la aplicación de la costumbre indígena, permitiendo que los conflictos dentro de las comunidades se han resueltos conforme a sus propias tradiciones<sup>918</sup>.

Sin embargo, la misma Corte se ha pronunciado en un sentido adverso inclinándose por no reconocer lo señalado en los tratados internacionales favoreciendo la normativa interna. Así se ha declarado que: *“Que, no obstante, dicha circunstancia el tribunal a quo rechazó la excepción de cosa juzgada argumentando, por una parte, que la facultad de conocer y juzgar las causas civiles y criminales, resolverlas y ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley; y por otro, que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal establecido por la ley y que se halle establecido por anterioridad por esta”*.

Consideramos que esta interpretación transgrede lo señalado en el artículo 9° numeral 1 del Convenio de la OIT suscrito por Chile. Esto en cuanto dicho instrumento señala: *“que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”*.

Esta interpretación impide el acceso a que cualquier forma de pluralismo judicial, negando todo valor al Convenio. En cuanto siempre resultará incompatible con el sistema jurídico

---

<sup>917</sup> En esta línea ver los siguientes fallos: Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 581-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 21 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 635-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 17 de julio de 2012, rol de ingreso N° 499-2012. 5.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 4 de enero de 2012, rol de ingreso N° 1192-2011 entre otros.

<sup>918</sup> Un estudio en profundidad sobre esta materia y sus alcances en: Calderón C., *“Hacia una comprensión trágica” de los conflictos multiculturales*”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 42 No 3, 2015, pp. 975 – 1001.

nacional una sentencia dictada por la comunidad a la que pertenece el imputado o una sanción penal impuesta por ellos, ya que a nivel constitucional solo se reconoce a los tribunales que integran el poder judicial.

Resaltamos el valor que una interpretación armónica con el valor que los Derechos Humanos tienen para la coexistencia respetuosa y ajustada a los derechos de toda la población. Esto se conforma como la vía principal para velar por la armonía y coherencia del sistema jurídico. En este camino nuestra Corte Suprema ha señalado que: *“Que, claramente, la primera cuestión es de interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos. Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal”*<sup>919</sup>.

Cabe resaltar en este contexto el mecanismo denominado control de convencionalidad, este sido definido por Aguilar como *“el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse”*<sup>920</sup>. Su propósito consiste en armonizar integralmente el sistema jurídico evitando desarticulaciones que provoquen la posibilidad de demandas en contra del Estado frente a incumplimientos de compromisos internacionales, velando al mismo tiempo por la eficaz protección de los Derechos Humanos.

---

<sup>919</sup> Sentencia Corte Suprema, considerando cuarto de la causa rol N° 10.635-2011 del 04 de enero de 2012.

<sup>920</sup> Señala el autor que este control puede tener su origen tanto en la Constitución cuando esta ha previsto expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las normas infra-constitucionales, o bien, mediante la jurisprudencia nacional cuando se ha consagrado un órgano jurisdiccional que vele por la conformidad de las leyes a los tratados internacionales. También tiene su fuente en el propio Derecho Internacional por tres vías: a) mediante el impedimento de invocar el derecho interno para no cumplir con las obligaciones derivadas del ámbito internacional, b) en la obligación de adecuar su orden jurídico interno al derecho internacional y; c) en la obligación del Estado de garantizar el goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales. Aguilar Cavallo, G., “El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado”, en Revista Direito GV, São Paulo 9(2), Jul-Dez 2013, pp. 721-727.

Se ha destacado su importancia como un mecanismo eficaz para expulsar aquellas normas contrarias a los Derechos Humanos<sup>921</sup>. En conclusión, los organismos internos tienen la obligación de interpretar las normas internas de formas que sean compatibles con los compromisos contraídos a nivel internacional permitiendo la eficacia de las normas que consagran Derechos Humanos.

Por su parte la Corte Interamericana ha aportado a otorgar valor a esta vía señalando que: *“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”*<sup>922</sup>.

Debemos tener presente que los tratados sobre Derechos Humanos son instrumentos que deben adaptarse a los cambios sociales y a los principios rectores de cada época. Esto se realiza mediante la interpretación dinámica que realizan los Tribunales conforme con la

---

<sup>921</sup> Nash Rojas, C., “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX, Bogotá, 2013, p. 482.

<sup>922</sup> Corte IDH: Caso Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C no 238, par. 93; Cfr. Corte IDH. Un argumento de naturaleza similar se utilizó en el Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No 239, paras. 281-282.

evolución de los tiempos y las necesidades sociales. Este criterio ha sido implementado por la generalidad de los Tribunales internacionales<sup>923</sup>.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta línea ha señalado que: *“el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización”*<sup>924</sup>.

En el mismo sentido, la misma Corte ha ratificado que: *“Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”*<sup>925</sup>.

Finalmente, podemos resaltar que la cuestión respecto a la existencia de un Derecho propio indígena pareciera que no tienen discusión, considerando incluso los primeros albores de la colonización. El reforzamiento de la relevancia que tienen las estructuras familiares indígenas para el cumplimiento de valores mayores como lo son el libre desarrollo de su identidad en el plano cultural, y el derecho a la autodeterminación, destacan la necesidad de su reconocimiento y protección mediante normas jurídicas que le confieran seguridad.

---

<sup>923</sup> Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa Dudgeon con Reino Unido del 22 de octubre de 1981. También en Christine Goodwin con Reino Unido del 01 de julio del 2002.

<sup>924</sup> Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

<sup>925</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005 51.

El mandato que la constitución y los tratados internacionales dirigen al Estado para proteger y fortalecer la familia, se proyecta en nuestros tiempos en clave igualitaria sin favorecer una expresión respecto de otra. Bajo esta premisa, se incorpora la demanda de las comunidades indígenas Chile por reconocimiento y amparo de sus patrones culturales vinculados a sus modelos familiares originarios. Si bien, las ideas promovidas desde el pluralismo jurídico han logrado generar cierta apertura, promoviendo cambios en cada ordenamiento, éstos han sido parciales excluyendo sus propias manifestaciones, situación que perdura hasta nuestros días.

En la actualidad existe un camino trazado por los instrumentos jurídicos vinculantes que protegen la identidad cultural de los pueblos indígenas y promueven el uso de la costumbre como fuente de Derecho, incluido en ello las estructuras familiares propias. Actualmente los tribunales están desarrollando una tarea relevante en la materia, pareciera no ser suficiente para contribuir a otorgar la debida seguridad jurídica. Este camino se encuentra con puertas abiertas, planteando un desafío genérico a todos quienes intervienen en la construcción de la realidad normativa.

En nuestro sistema jurídico resulta aún escasa la remisión de casos a la costumbre para resolver asuntos de la población indígena, sin embargo, una jurisprudencia incipiente a la fecha permite observar una actitud aperturista en progreso. El reto se plantea como una oportunidad para el Derecho, mediante el reconocimiento de la existencia de un pluralismo jurídico como única vía para una realidad emancipadora a partir del Derecho. Esto a la espera que una adecuada técnica legislativa establezca cánones modernos y respetuosos a nuestra conformación históricamente diversa.

Por lo anterior, el actual Derecho legislado requiere de una constante dependencia a la expresión natural de lo jurídico en el contexto familiar, debiendo atenderlo prestando garantías para una debida retroalimentación. Cuando los caminos se bifurcan, separándose la construcción de ambos Derechos, trae como consecuencia aquello que la doctrina ha

denominado un Derecho de subordinación<sup>926</sup>. Mientras que un correcto diálogo entre ambas vertientes acerca el constructo jurídico a la tendencia democrática propia de nuestros tiempos.

---

<sup>926</sup> Señala Gurvitch que la relación entre un Derecho espontáneo y el Derecho organizado, tiende a dialogar en una permanente tensión, la primera nunca encuentra una plena representación en la segunda. Al mismo tiempo el carácter móvil y dinámico de lo espontáneo contribuye al distanciamiento generando permanentes conflictos. Gurvitch, G., *Elementos de la Sociología Jurídica*, Trad. José Cajica, Editorial José Cajica, Puebla, México, 1970, pp. 221-255.



## CAPITULO SEXTO

### **FRENTE A LAS SOMBRAS E INCONGRUENCIAS DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA SU PERFECCIONAMIENTO**

#### **6.1. LA SITUACIÓN AL MARGEN DEL DERECHO DE LA UNIONES NO REGULADAS. LA NECESIDAD DE LEGISLAR INCORPORANDO LA FIGURA DE LA UNIÓN LIBRE.**

Una vez superado el viejo estigma excluyente que promueve la idea de que a las uniones convivenciales no matrimoniales deben ser marginadas del Derecho. Clarificado además que el carácter de familia que descansa en estos grupos humanos, impone una obligación al Estado conforme nuestra Constitución de fortalecer y proteger su desarrollo, surgirá entonces la necesidad de establecer una regulación para otorgar certeza jurídica a la resolución de sus principales conflictos.

Al centrar nuestra atención en los principios superiores que emanan del sistema de Derechos Humanos, es posible detectar diversos derechos subjetivos que regulan espacios multidimensionales. Estos requieren la aplicación de una técnica legislativa adecuada para alcanzar una coherencia general respecto a todo el sistema jurídico. En el caso de las estructuras familiares aparecen como esenciales ciertos derechos superiores que se conforman como base para cualquier ejercicio regulatorio, entre estos podemos reconocer el derecho a formar familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo.

Desde esta perspectiva el Derecho moderno reconoce que la única forma efectiva de permitir un diálogo armónico es mediante una mirada amplia, pluralista e inclusiva de la diversidad propia de la naturaleza humana. Esto favorecerá el objetivo central de la colectividad esto es la satisfacción del bien común, en el contexto familiar esto se vincula al deber del Estado de establecer condiciones para el fortalecimiento de todos los modelos de familia, incluida la

familia al margen del Derecho. Asumida la necesidad de una respuesta jurídica por parte del Estado, las cuestiones centrales en discusión se trasladan desde su admisibilidad a cuestiones de técnica legislativa y jurídica asociadas a la conjugación de estos dos derechos.

Luego de un intenso debate de posiciones jurídicas se logró elaborar en Chile un estatuto orgánico para regular el fenómeno social de las convivencias afectivas no matrimoniales. Hemos planteado que pese a lo dificultoso de su construcción y al extenso proceso de construcción legislativa, uno de los objetivos principales que planteaba la iniciativa no se ha cumplido, cuestión que se traduce en la actualidad en la persistencia de un conflicto en nuestro ordenamiento jurídico.

En este escenario la intención de tratar orgánicamente el fenómeno social de las uniones de hecho se ha cumplido solo parcialmente. Hemos observado como la ausencia de una mirada global al momento de legislar, ha mantenido en la oscuridad a una amplia mayoría de las parejas que que previo a la regulación declaraban encontrarse en situación de hecho. Resultando la propuesta escasamente significativa desde la perspectiva de su eficacia.

Lo anterior, implica que su fin de otorgar certeza jurídica solo se ha cumplido marginalmente, únicamente respecto a las parejas que han manifestado su voluntad de contraer el vínculo. El resto se mantienen en la inseguridad jurídica que produce la variabilidad de la jurisprudencia, es decir, respecto de la mayoría de las parejas convivenciales las cosas no han experimentado ninguna mejora.

Conforme a los datos que nos aporta el último Censo las parejas que declaran convivir al margen del Derecho alcanzaban a un 8,9% por ciento de la población, esto equivale aproximadamente a 2.100.000. A partir de las estadísticas existente a la fecha es posible deducir que el AUC, sólo ha logrado acoger un número muy bajo de estas convivencias. Habiéndose promulgado recién el año 2015 la Ley de Acuerdo de Unión Civil, las estadísticas muestran que al mes de mayo del año 2018 se han celebrado apenas 18.226 acuerdos. Estos se fraccionan de la siguiente manera: a) 4040 corresponden a parejas del mismo sexo. De estos 1948 son parejas femeninas. Mientras que 2092 corresponden a parejas del mismo sexo

masculino. Los datos demuestran similitud con otros procesos respecto a que son principalmente las parejas heterosexuales quienes acuden al modelo. Así, el 78% de AUC celebrados a la fecha corresponden a celebraciones entre personas de distinto sexo, sólo un 22% corresponde a parejas homosexuales<sup>927</sup>.

En definitiva, transcurridos tres años de la promulgación de la Ley esta alcanza un porcentaje de cobertura irrelevante, resulta evidente que las causas de este resultado son diversas según hemos desarrollado a lo largo de este trabajo. No obstante, es posible expresar que los grandes conflictos se mantienen sin solución debido a que su eficacia no alcanza siquiera a ser simbólica. A contrario sensu, debemos resaltar que el Derecho nacional mantiene prácticamente todas las relaciones convivenciales no matrimoniales sin regulación específica.

Dentro de los principales inconvenientes que esta realidad produce podemos destacar: a) la aplicación de la vía jurisprudencial como método para resolver conflictos en estas unidades y la inseguridad que genera su falta de actualización; b) el surgimiento de espacios de incumplimiento de tratados internacionales de Derechos Humanos con el consiguiente riesgo para el Estado de enfrentarse a demandas internacionales; c) la tensión y contradicción entre normas al interior del sistema jurídico. Entre estas las normas que garantizan el derecho a la identidad cultural de un segmento culturalmente diverso.

La principal causa de esta deficiencia se encuentra en la elección de nuestro legislador del modelo denominado contractual o de declaración formal. Este al requerir de un acto de manifestación de la voluntad, conforme lo cual la pareja decide someterse a la regulación propuesta en el estatuto, mantiene necesariamente una situación al margen. Esta deficiencia se amplifica al adolecer el estatuto de algún tratamiento complementario que permita atenuar este efecto otorgando seguridad o algún efecto a las uniones sin contrato.

---

<sup>927</sup> Informe Servicio de Registro Civil e Identificación, Carta AUC N° 11, 18 de mayo del año 2018, remitida por Encargada Nacional de la sección de Acuerdo de Unión Civil.

Como se indico, frente a este modelo existe otro de naturaleza imperativa mediante el cual se establecen ciertas condiciones en la pareja como el transcurso del tiempo, o la existencia de hijos, a partir de cuyo cumplimiento se le aplica forzosamente un régimen determinado para la resolución de los principales conflictos, este presenta como ventaja justamente el no mantener convivencias marginadas.

Sin embargo, en este último sus conflictos como indicamos surgen de la relación entre el derecho al libre desarrollo de la persona, el derecho a formar familia y el deber del Estado de proteger a la familia. Tal como se destaco, para que la regulación de la pareja de hecho no coarte la libertad individual en el ámbito afectivo, es necesario que la regulación respete la ausencia de un compromiso jurídico formal y mantener la libre ruptura de la relación. Pero además debe considerar adecuadamente otros elementos como la igualdad, la contribución de las cargas familiares y la responsabilidad tanto entre sus miembros como frente a terceros<sup>928</sup>.

Si bien, una propuesta jurídica no debe medirse exclusivamente desde la perspectiva cuantitativa, en cuanto el establecimiento de derecho y deberes se encuentra en una dimensión diferente y responde a valores mayores que se encuentran fuera de la disponibilidad de los ciudadanos. El nivel de eficacia de la norma, nos permite perfeccionar el alcance de la norma y con ello el cumplimiento de los objetivos propuestos, cuestión que finalmente redundará en un mejor Derecho.

Desde este enfoque, resulta innegable el aporte que la reforma representa en su contribución por dar certeza jurídica a un grupo de la población que se mantenía marginado del Derecho. También resulta destacable la incorporación de una estructura jurídica familiar para las parejas homosexuales con que el Estado ha aportado a un reconocimiento pluralista de la familia en nuestro Derecho.

---

<sup>928</sup> Espada Mallorquín, S., “La autonomía de la voluntad en las convivencias more uxorio: una visión crítica de los acuerdos de unión civil”, en Revista de Derecho de Familia, Nro 9, Volúmen I - 2016, Año 2016, p. 87.

Sin duda, el pretender dar respuesta a dos esferas principales de conflictos, como lo es la regulación de las uniones de hecho y, por otro dar respuesta al colectivo homosexual contribuyó a generar en parte este conflicto. Consideramos que este último aspecto es central, en el sentido de que la ausencia de un matrimonio igualitario influirá en que se polarizarán las posiciones en el proceso de elaboración legislativa.

Habiendo examinado un amplio espacio de la experiencia comparada existente a la fecha y, con especial consideración a sus niveles de eficacia, nos parece que la clave consiste tanto en la elección del modelo como en la introducción de herramientas complementarias para matizar cada uno de los factores que se deben considerar. En esto el modelo instalado presenta amplios espacios respecto a los cuales mantuvo silencio y otros en los que no existe coherencia, todo a partir de un reconocimiento claro de los principios que guiarán la propuesta.

#### **6.1.1. LA PROPUESTA PARA UNA SOLUCIÓN A LA FALTA DE REGULACIÓN RESPECTO DE TODAS LAS FAMILIAS CONVIVENCIALES.**

Tal como hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, la experiencia comparada nos entrega distintas formas respecto a la manera como se ha resuelto este problema. A la fecha en que se discutía el estatuto del AUC, no sólo estaban estos datos disponibles, sino también el resultado de su aplicación traducido en los conflictos y beneficios que su existencia representa<sup>929</sup>.

Como destacamos la respuesta natural a la deficiencia de eficacia del estatuto, es el modelo imperativo, en el que se establece un sistema de reglas que se aplicarán a los convivientes en forma independiente a su voluntad. Para esto resulta indispensable establecer las condiciones

---

<sup>929</sup> Este aspecto fue resaltado durante la tramitación legal en específico la profesora Lathrop destacó en su intervención que lo ideal sería consagrar un estatuto a posteriori, sin necesidad de haberse constituido como pareja ante una instancia oficial, ya que de aprobarse esta circunstancia los problemas de las parejas de hecho continuarían, y por tanto la jurisprudencia deberá suplir este vacío legal. Intervención de Fabiola Lathrop, en Informe Legislativo que contiene la Historia de la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, con fecha 26 de junio del 2018, p. 136.

que deben cumplirse acudiendo a plazos u otras condiciones. Este es el sistema más común en el resto de Latinoamérica, pero también se ha acudido a ello en los sistemas más modernos como el catalán y el argentino. Esto podrá ir acompañado de un sistema de regulación de sus efectos más o menos intenso.

Esta propuesta resuelve el conflicto en toda su extensión, recurriendo a diversos medios probatorios con el fin de acreditar la existencia de la convivencia. Sin embargo, presenta un problema sustancial de falta de armonía con el resto del ordenamiento jurídico, en cuanto su aplicación entra en conflicto con ciertos derechos fundamentales asociados a la libertad en especial con la consagración del *ius connubi*. Este elemento como hemos demostrado con la jurisprudencia foránea complejiza su subsistencia. A lo largo de este trabajo, este asunto ha sido tratado a nivel constitucional en Europa; mientras que en nuestra realidad no pareciera conformarse como un problema, siendo una cuestión de tiempo y oportunidad para que esto ocurra.

Desde este fundamento se alude a la libertad de opción entre el estado de casado o de soltero, como consecuencia directa de la consagración a nivel de Derechos Humanos del derecho a contraer matrimonio. Tal como indicó la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 93/2013 del 23 de abril al declarar la inconstitucionalidad de gran parte de la Ley de Navarra 6/2000 sobre Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra. Donde considera inconstitucional la propuesta de la Ley en cuanto a los preceptos imperativos que salen de la órbita de la libre elección de la pareja amparada en la autonomía de su voluntad<sup>930</sup>.

Un segundo conducto es la incorporación expresa de una figura en el sistema normativo que se remita a la existencia de estas uniones. Un ejemplo de este modelo es el “*concubinage*” incorporado en el Derecho francés, en el cual se agrupan todas las uniones no reguladas. Dicha norma comienza por definir que se entiende por concubinato, establecimiento

---

<sup>930</sup> La Ley Foral navarra no exigía que la unión estable se constituyera mediante acto declarativo, bastando el transcurso de un año o que los convivientes tuviesen descendencia común para que la norma se impusiera el estatuto que la norma contiene. Por tanto, no se requería expresión de voluntad constitutiva de sus miembros para poder ejercer los derechos previstos en la Ley. Este sistema también fue escogido por el Código Civil argentino, La Ley Concubinaria de Uruguay y las Comunidades Autónomas de Cataluña y Aragón.

parámetros para distinguirlos de otras relaciones, indicando además si este agrupa a parejas de ambos o de un solo sexo. Frente a esto, la regulación no señala expresamente una regla específica para su tratamiento recurriendo a las figuras como la sociedad de hecho o el enriquecimiento sin causa.

En definitiva, este ejercicio responde plenamente al mecanismo que utilizan los tribunales en la actualidad para resolver conflictos respecto a las uniones no jurídicas, con la diferencia de que se otorga certeza jurídica al establecerlo normativamente eliminando la variabilidad del vacío legal. Este modelo se caracteriza por asignar a cada estructura familiar valores diferenciados al momento de asignarles derechos, así estas uniones de hecho tienen asignado una intensidad menor, no diferenciándose mayormente de otras asociaciones intersubjetivas. Su reconocimiento es una expresión que se concede a la libertad de los individuos de mantenerse en esta esfera, teniendo todos lo modelo para su elección.

Reconocemos como la vía más adecuada la utilización de un sistema mixto que unifique las técnicas de ambos modelos. No siendo partidarios de incorporar únicamente una regla de clausura para complementar este vacío legal<sup>931</sup>. Son diversas razones que justifican la necesidad de una regulación en detalle, entre las más importantes esta el requerimiento de armonizar de manera global las propuestas respecto a las otras dos estructuras familiares; pero además como indican las estadísticas se debe tener presente que este es el grupo cuantitativamente más importante en las uniones matrimoniales, por lo que se debe conjugar debidamente los mandatos constitucionales de libertad y protección a la familia.

Esta propuesta de una regulación particularizada, también presenta cierta diversidad en la manera de materializarse. Estas se extienden desde una propuesta de tratamiento orgánico

---

<sup>931</sup> En este sentido, se ha propuesto la incorporación de una regla de clausura consistente en una acción personal a favor del conviviente que hubiere colaborado con su esfuerzo, trabajo o dinero en la adquisición de los bienes de la pareja. Consideramos que este derecho a indemnización, no contribuye a resolver de mejor manera el asunto, primero porque deja pendiente una serie de aspectos respecto a una unidad que tiene la connotación de familia. Esto trae aparejado un deber del Estado de a lo menos ocuparse de otras materias que permitan una subsistencia adecuada. Por lo demás, el ejercicio de probar el esfuerzo o trabajo, es igual o más gravoso que aplicar la comunidad de bienes, pero aporta una solución compleja ya que se debe establecer el quantum de dicha indemnización, ejercicio siempre complejo. Veasé: Rioseco, A., “Acuerdo de Unión Civil. ¿Regulación Patrimonial en Perjuicio de las Parejas de Hecho?”, en Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil, Hernández, G. y Tapia, M. coord., Editorial La Ley, Santiago, 2016, pp. 89-90.

que incorpore a todas las expresiones de familia convivencial sin distinción. Mientras en una línea distinta se encuentra quienes postulan que la técnica jurídica a utilizar no debiera ser la de una Ley particular para regular el fenómeno fijando un estatuto especial, sino el recurso de las previsiones y reconocimientos puntuales en normas que regulen con carácter general los derechos de los convivientes en cada caso, protegiendo siempre el reconocimiento del valor de los pactos celebrados entre convivientes. De esta manera, se eluden los principales conflictos de armonización normativa tales como definir las uniones juridificables y el establecimiento de formas de constitución<sup>932</sup>.

En este aspecto deficitario que presenta el estatuto del AUC, una de las propuestas que mejor han resuelto este elemento es la regulación de las relaciones convivenciales en la comunidad de Cataluña, introducidas al Título IV, Libro II del Código Civil. Según nuestro parecer su propuesta exhibe el resultado de un largo proceso de prueba y error en la construcción de una técnica adecuada. Este incorpora aspectos de distintos sistemas, en una mezcla entre normas imperativas y dispositivas, con un claro predominio de la validez de los pactos entre convivientes.

Además, el sistema se complementa con otras normas que incorporan otras situaciones convivenciales de ayuda mutua, esto marcará una gran diferencia con la propuesta de otros ordenamientos, en cuanto extiende al máximo su nivel de cobertura reconociendo diversos derechos<sup>933</sup>. De manera que pueden acudir a la protección del sistema jurídico no solo las parejas afectivas y estables, sino también otras situaciones convivenciales, como dos amigos o un abuelo y su nieto, siempre que compartan un hogar común con ánimo de estabilidad,

---

<sup>932</sup> En este sentido, Solé destaca que, sin regulación del concepto, de la forma de constitución y acreditación, sin atribución de efectos *ex lege* a la convivencia estable, sin normas imperativas ni dispositivas sólo subsidiarias a los pactos, las leyes que regulan las parejas estables se reducen a muy poco, casi a nada; por tanto, no se justificaría la existencia de una Ley. Solé, J., “La convivencia estable en pareja tras la STC 93/2013: de vuelta a la “unión libre”, LA LEY Derecho de familia, 12 de mayo del 2014, Editorial LA LEY 2823/2014, p. 8. En la misma línea, Gonzáles Porras, J., “La familia sin matrimonio (notas a propósito de dos Proyectos de Ley italianos sobre la familia de hecho)”, en Actualidad Civil, 1990-3, XXXI, p. 459.

<sup>933</sup> En esta situación la Ley 19/1998 de 28 de febrero, sobre uniones convivenciales de ayuda mutua de la comunidad catalana. Esta Ley proporciona instrumentos de protección para las personas convivientes sin relación afectiva ni familiar, tales como el derecho a la subrogación en los arrendamientos de vivienda, o derecho a percibir compensaciones económicas al fallecimiento de uno de los convivientes.



permanencia y de compartir los gastos asociados a esta vida en común<sup>934</sup>. Estas se constituyen por escritura pública o por el transcurso de un período de dos años de convivencia. Este último factor permite incorporar la generalidad de las uniones no reguladas, evitando todo conflicto respecto de su eficacia<sup>935</sup>.

En nuestro caso, la falta de eficacia del estatuto del AUC se conforma como una cuestión principal, debido a que los argumentos aludidos para su elaboración justifican la necesidad de complementar la norma para elevar su nivel de eficacia en los fines propuestos. Resulta necesario un pronunciamiento respecto a la situación de estas uniones, definiendo integralmente una posición respecto a sus elementos constitutivos y su marco regulatorio.

Esto permitiría fijar estatutos diferenciados respecto de las uniones reguladas, sin olvidar su naturaleza de unidad familiar, asumiendo integralmente todas las expresiones familiares. Sin perjuicio, de poder acudir a instituciones generales como la sociedad de hecho, pero fijando con certeza el destino de su patrimonio, todo desde un enfoque familiar por sobre los elementos patrimoniales que se requieren comúnmente en esta figura. Esta mirada contribuiría a la resolución de los conflictos más comunes, quizás el aspecto más importante para el Derecho.

Un ejercicio necesario para alcanzar este estado consiste en valorar cuales son las uniones que ameritan tener asignados efectos. La propuesta implicará definir que se entiende por unión libre, esta operación deberá ampliar la discusión a ciertos aspectos, por ejemplo, si se incorporarán parejas del mismo o distinto sexo, extensión de tiempo necesario de la relación estable o la relevancia de la descendencia común.

Parte de la doctrina ha considerado que pese a la ausencia de una definición de convivencia o de unión de hecho que permita validar los desarrollos legislativos y jurisprudenciales

---

<sup>934</sup> Ballester, B., “Nuevas Formas de Convivencia de Carácter Familiar o Cuasi familiar”, Revista Derecho, Empresa y Sociedad, N° 10, enero-julio 2017, pp. 127-131.

<sup>935</sup> Sobre la materia veasé: Solé, J., “Las otras formas de convivencia de ayuda mutua”, Revista La Notaria, 150 anys, 1858-2008, vol. 2, 2008.

habidos durante las últimas décadas, resultaría claro del contexto general de la Ley que la convivencia en cuanto categoría autónoma sigue contando de un especial reconocimiento, con sus propios mecanismos de protección, indicando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del estatuto de AUC, las leyes y reglamentos que hacen alusión a los convivientes resultarán también aplicables por extensión a los convivientes civiles, equiparando en términos genéricos ambas categorías<sup>936</sup>.

Con posterioridad la definición más importante según nuestro criterio, consiste en identificar que derechos y deberes deben asignarse. Para este fin se debe tener presente que la pluralidad de estructuras debe ser funcional, por tanto, debe evitarse la sobreposición entre modelos. De la misma manera, se debe tener presente como orientación la relación entre los derechos fundamentales de la persona y su respeto. Cada propuesta involucra derechos que deberán prevalecer conforme al sistema de jerarquías sobre el cual se construyen los sistemas jurídicos.

Según nuestra apreciación un factor relevante para tutelar esta operación consiste en el reconocimiento diferenciado de espacios de libertad para la autodeterminación de la pareja. Postulamos en esta línea, que cualquier propuesta debe ser gradualmente creciente de un matrimonio caracterizado por normas imperativas y una fuerte carga de deberes; disminuyendo la intensidad en las parejas registradas, para dejar un amplio espacio a la voluntad de los convivientes de hecho, estableciendo reglas supletorias en cuestiones estratégicas asociadas a la protección de la familia y un régimen disminuido en derechos y deberes.

En resumen, para este fin se debe considerar varios principios que según nuestro criterio conforman la realidad de estas uniones, entre estos destacamos los siguientes: a) se debe

---

<sup>936</sup> Así, si algún efecto debe tener la Ley N° 20.830 en la forma en que se concibe la convivencia o unión de hecho, debe encontrarse éste en la orientación igualitaria de la nueva ley, que obliga a descartar todas aquellas interpretaciones basadas en la construcción a simili que presenta la unión de hecho frente al matrimonio, pretendían excluir de sus soluciones a las parejas del mismo sexo, y no en la creación de limitantes a la protección de la convivencia o unión de hecho, que resultarían contrarias al texto de la ley y a los imperativos constitucionales. Cornejo, P., “Después del acuerdo de unión civil ¿queda un lugar para la convivencia?” Revista de Derecho de Familia , Volúmen I - 2016 , N° 9 , Año 2016, pp. 69 y sgtes.

reconocer como elemento principal la libertad en que la pareja desea mantenerse, esto se ratifica en el hecho de que existiendo otros dos regímenes a los que pueden acudir, no lo han hecho; b) resulta necesario mantener la distancia, mediante la diferenciación entre estructuras; c) su propósito principal, es establecer reglas justas para la resolución de los conflictos que se presentan en estas parejas, estableciendo un núcleo de cuestiones principales a resolver. Entre estas el destino de los bienes comunes, la asignación de bienes familiares, y los derechos sucesorios. Asimismo, estimamos que el establecimiento de plazos y condiciones se conforma como una adecuada herramienta para introducir diferencias adecuadas.

Estas materias son aspectos transversales asociados a los conflictos mayormente presente, pero al mismo tiempo son cuestiones que se sitúan en la obligación del Estado de proteger a la familia detrás de estas uniones. Así, por ejemplo, la concesión de bienes familiares puede estar limitada exclusivamente a la existencia de hijos en la unión efectuando una debida conciliación con el deber de alimentos a favor de los descendientes, de manera de no sobrecargar al conviviente propietario, incluso incorporando el derecho a ser indemnizado de este último.

Una de las cuestiones más complejas se asocia a la situación de los derechos sucesorios en las uniones de hecho, una propuesta positiva en cuanto a asignarles derechos, lleva implícita considerar otros factores, por ejemplo, el estado civil de los convivientes ya que es posible (así lo ha demostrado la práctica) que uno de ellos se encuentre casado previamente, o bien, que integre una unión civil vigente, considerando que ambas en el Derecho nacional no se extinguen por el simple cese de la convivencia. Esta situación implica que el Derecho debe velar por la existencia de dos familias, una formal y otra de hecho.

La propuesta que es posible realizar en este sentido, se desarrolla necesariamente en tres vías posibles de incorporar. La primera consiste en no asignar derechos a las simples uniones de hecho, restringiendo cualquier beneficio a la facción de libre disposición, teniendo siempre la libre elección de asumir alguno de las otras dos estructuras que el ordenamiento provee un

sistema de garantías. Este es el camino más respetuoso con la libertad individual, pero a la vez es el de mayor sacrificio respecto del derecho de protección a la familia.

En segundo lugar, reconocer derechos en los mismos términos que realiza el estatuto del AUC, pero sujetos a modalidad mediante el uso de plazos o condiciones. En este sentido, resulta recurrente la exigencia de un plazo de convivencia previa a la apertura de la sucesión. También, es posible considerar que no se exija plazo cuando se acredite la existencia de descendencia común, como una manera indirecta de proteger el interés superior de los menores. Aun cuando consideramos que esto se produce sólo de manera distante, ya que los derechos sucesorios de los hijos encuentran su garantía de manera independiente. En todo caso, la aplicación de este conducto sólo es posible en la medida que el causante sea soltero, ya que teniendo otro vínculo resulta imposible en el estado actual.

Finalmente, la posición que resulta más coherente y respetuosa en cuanto respeta plenamente tanto el derecho a la libertad individual como la garantía de protección a todas las familias. Consiste en el modelo utilizado en la Ley de uniones Concubinaria de la República de Uruguay, a la cual nos hemos referido previamente. Este consiste en reconocer derechos sucesorios a todas las expresiones familiares, es decir, el sistema ha optado por asignar derechos diferenciados dependiendo del tiempo de convivencia previo a la extinción del vínculo.

Cualquiera sea la respuesta esta debiera centrarse en mantener la independencia tanto en los deberes personales y económicos, esto como respeto a la dignidad de las personas reflejado en su derecho a elegir libremente como regular su espacio de intimidad familiar. Respecto de los primeros, las normas generales representadas tanto por las garantías fundamentales, como por leyes especiales permiten la protección de la persona, en caso de requerir protección específica están las otras estructuras. De manera que el desafío central reside en los conflictos de naturaleza patrimonial que se presentan al extinguirse la relación, por lo demás desde la praxis estos son los asuntos que llegan a conocimiento de los tribunales.

Respecto a la pertenencia de los bienes, hemos propuesto que el régimen de separación de bienes es el que mejor se ajusta a la libertad que impregna estas relaciones, permitiendo además la reducción mayoritaria de los conflictos que existen en este escenario. Frente a otros conflictos la comunidad de bienes refleja un método de equilibrio conmutativo para la distribución de los bienes en espacios de esfuerzo común, estableciendo la carga de la prueba a cargo de aquel que alega los aportes realizados conforme la regla general. Sin descartar el principio de libertad probatoria que rige en los procesos ante el tribunal de familia<sup>937</sup>.

No obstante, esta propuesta de regulación determinada, específica y de menos intensidad respecto de los otros estatutos. Nos parece que la medida que mejor se ajusta a la tutela que ejerce la libertad en estas relaciones, es la incorporación normativa de la facultad de celebrar pactos para regular cualquier aspecto personal o patrimonial con total libertad de forma<sup>938</sup>. Esto se conformaría como una medida eficaz para resolver gran parte de los conflictos presentes al momento del término de la convivencia. Sin embargo, como resulta común que en esta modalidad no se celebren pactos, en este caso operarían las otras normas que solo regulan cuestiones específicas, es decir, la de mayor recurrencia que deben resolver los tribunales.

Este modelo ajustándolo a las uniones específicas de carácter afectivo se constituye como un medio interesante para resolver gran parte de los problemas que se manifiestan actualmente en las uniones no juridificadas. Es posible destacar varias ventajas: a) primero, evita la incerteza jurídica que provoca actualmente el método jurisprudencial; b) concede un amplio espectro de libertad para que la pareja pueda determinar una gama de derecho y deberes conforme a sus fines; c) no afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni el *ius connubi* en cuanto al derecho a no casarse, ya que no se aplican por vía de analogía las normas

---

<sup>937</sup> Biscaro, B., “Efectos de la disolución de las uniones convivenciales”, RDFyP, año IX, nro. 2, marzo de 2017, p. 20

<sup>938</sup> Indica el Artículo 240-4. “Acuerdos.

1. *Los convivientes pueden regular válidamente, con libertad de forma, las relaciones personales y patrimoniales, y los respectivos derechos y deberes durante la convivencia, siempre y cuando estos acuerdos no perjudiquen a terceras personas. En particular, puede acordarse la contribución igual o desigual a los gastos comunes e, incluso, que el trabajo doméstico y la carga económica sea asumida íntegramente por alguno de los convivientes.*

2. *En previsión de una ruptura, los convivientes pueden pactar sobre los efectos de la extinción de la relación convivencial de ayuda mutua”.*

del matrimonio, sino un sistema de instituciones que emanan de la aplicación general del Derecho pero con la precisión que concede su incorporación en el sistema normativo. Incluso, con la posibilidad de que la pareja excluya todo efecto mediante la celebración de un pacto.

## **6.2. UN CASO ESPECIAL, LAS UNIONES DE HECHO INDÍGENAS Y SU INVISIBILIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA NORMATIVO.**

En el caso de las poblaciones indígenas resulta necesario, primeramente, reconocer su espacio de diferenciación cultural y sus particularidades, para luego establecer medidas de protección y reparación. Dentro de esta esfera las estructuras familiares resultan un espacio esencial en el reconocimiento y protección del derecho a la identidad cultural, cuyos efectos alcanzan a todas las esferas de la comunidad.

El mantenimiento en el tiempo de una manera de construir familia que ha sobrevivido al proceso de aculturamiento, implica una oportunidad y un deber para el Estado de proteger uno de los aspectos más relevantes para la identidad cultural de los pueblos. Actualmente, constituye una obligación jurídica conceder la debida certeza jurídica a esta obligación, para este efecto se debe atender debidamente el mandato inserto en el ordenamiento de proteger a la familia sin distinción y al deber de fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Postulamos que, dentro del paradigma del acogimiento de la pluralidad familiar estas expresiones deben estar recepcionadas en el sistema normativo. Esta medida requiere de un tratamiento orgánico a la familia indígena, ya sea, mediante la dictación de una norma particular sobre la materia, o bien, con una complementación necesaria a las diferentes normas que regulan los aspectos familiares en la legislación general. En ambos casos atendiendo a la diversidad de etnias presentes en la realidad nacional. Resulta indispensable para este fin, el reconocimiento eficaz de la costumbre como fuente del Derecho incluso contra norma.

Este ejercicio involucra establecer un estándar mínimo de normas que no pueden ser vulneradas, esto puede resultar coincidente con la defensa de derechos fundamentales incorporados en nuestro ordenamiento, pero interpretados en clave intercultural, es decir, considerando que estos derechos representan valores y principios que para su correcta aplicación deben ser interpretados con el fin de evitar que ciertos patrones occidentales dejen en letra muerta la intención de reconocer esta diversidad.

En cuanto a las estructuras familiares indígenas, lo desarrollado precedentemente para acoger las uniones libres no jurídicas, permitiría atenuar en parte este vacío legal. Sin embargo, resulta necesario conferir ciertas particularidades a su reconocimiento, en especial respecto al régimen económico de la pareja, el cual debe resultar coincidente con los patrones de distribución económica de los bienes al interior de cada comunidad. En cualquiera caso, y en coherencia con el respeto a la libertad individual de los miembros de cada pareja, resulta indispensable poder ampliar los espacios de autonomía de libertad para que las familias indígenas puedan acudir a celebrar pactos, este elemento también puede contribuir a proteger la identidad cultural.

En este escenario, podrán en plena libertad e igualdad, definir condiciones personales y económicas diferentes conforme a Derecho. Este medio podría permitir un acercamiento mayor a sus propias costumbres, o su distanciamiento según lo estimen necesario. Esta configuración con normas de naturaleza dispositivas permite flexibilizar el espacio familiar, impidiendo afectar a quienes no lo deseen con normas protectora de una identidad cultural que no resulte propia, favoreciendo un trato equitativo para todas las personas en esta materia.

Paralelamente, debemos considerar que a partir de la existencia de diversas fuentes de elaboración legislativa que caracteriza el Derecho actual, resultará inevitable el aumento de espacios de tensión a partir de la existencia de antinomias. Esto se da de manera especial en la situación de las minorías, en cuanto su protección en el Derecho interno muchas veces entra en conflicto con los intereses generales de la mayoría plasmados en las normas<sup>939</sup>. Esto

---

<sup>939</sup> Véase en este sentido Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, 10 de agosto del 2018.

se da debido a los contrapuntos existente entre los principios internacionales y el Derecho interno, producto del proceso de inserción coherente de los primeros en el segundo.

En este inevitable escenario producido en parte por el proceso de globalización jurídica que tutela el Derecho moderno, resultará elemental la interpretación que los tribunales realicen en cada espacio. En la actualidad existen diversas herramientas jurídicas que permiten enfrentar estos conflictos en clave de diferenciación cultural, sin duda, la inclusión de normas al sistema jurídico que incorporan la costumbre jurídica como fuente primaria del Derecho, para asuntos indígenas, permite abrir espacios determinados para resolver asuntos específicos.

Sin embargo, podemos reconocer dos sentidos diversos respecto al valor de la costumbre en nuestro Derecho. En primer lugar, la norma de elaboración interna representada por la ley N° 19.253 llamada Ley indígena, esta incorpora la costumbre sólo para aspectos determinados que la propia norma señala expresamente, es decir, es fuente del Derecho para los casos específicamente indicados en la Ley. Mientras, desde la norma internacional específica sobre materia indígena, el mandato para los Estados de aplicar la costumbre por su valor de Derecho propio dentro de estas comunidades. Este último aspecto, permite incorporar la costumbre con un valor general para resolver estos asuntos, dándole además el carácter de principio de Derecho, cuestión central en materia de interpretación e integración de normas.

En definitiva, la incorporación de la costumbre como herramienta para la resolución de conflictos en el contexto indígena en general- incluido el contexto familiar-, tiene garantizada su inclusión no sólo normativa, sino también como principio general del Derecho. Lo que permite a los tribunales poder acudir a ella, para resolver cualquier asunto, incluso aquellos conflictos entre normas y aquellos en que no existen normas. De tal manera, que su aplicación es una cuestión de apego al sistema jurídico, con un valor vinculante.

Una cuestión distinta, se vincula a la novedad que esto representa para la tradición jurídica y, en especial en la formación de los jueces. Aún resulta complejo, poder armonizar debidamente el principio elemental de nuestro ordenamiento que indica que la costumbre no



tiene valor en el Derecho, salvo norma en contrario<sup>940</sup>; con la idea de un principio general del Derecho emanado de instrumentos superiores de Derechos Humanos que ordenan aplicar la costumbre como fuente primaria para la población indígena.

Por tanto, resulta necesario incorporar en la conciencia jurídica la necesidad de reconocer estos espacios diferenciados en el Derecho, entendiendo que la búsqueda de justicia es un aspecto móvil que en cada momento implica ajustes a la realidad. En este caso es la necesidad de revitalizar la vieja costumbre como elemento necesario para resolver asuntos con respeto a la identidad cultural. Este aspecto según nuestro parecer, no requiere de cambios legislativos, sino de la necesidad de aplicar las reglas existentes, trasladándose a una cuestión de interpretación en caso de derechos en colisión.

### **6.3. LA NECESIDAD DE INTRODUCIR LA OPCIÓN DE PACTOS ENTRE LOS CONVIVIENTES CIVILES EN EL AUC. UNA HERRAMIENTA DE OCUPACIÓN GLOBAL EN UN ESPACIO DE DIVERSIDAD JURÍDICO FAMILIAR.**

Tal como hemos indicado *ab initio*, una de las formas que mejor armoniza la necesidad de regular adecuadamente la convivencia con el resto del ordenamiento jurídico, es un reconocimiento amplio de la autonomía de la voluntad mediante la inserción de pactos celebrados entre convivientes. Esto permite conjugar la libertad de establecer un propio proyecto de vida, con el respeto por la dignidad de los otros miembros del grupo y la solidaridad familiar comunitaria, acogiendo en plenitud los requerimientos del paradigma del pluralismo jurídico familiar<sup>941</sup>.

---

<sup>940</sup> Esta realidad que observa a la costumbre como fuente menor, no sólo está expresamente en la norma, sino que se expresa en la conciencia como un elemento contrario a la modernidad. En este sentido, Bello indicaba el mensaje del Código Civil, lo siguiente: “*Siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley. El tiempo es un elemento de tanta consecuencia en las relaciones jurídicas, y ha dado motivo a tantas divergencias en las decisiones de las judicaturas y en la doctrina de los jurisconsultos, que no se ha creído superfluo fijar reglas uniformes, a primera vista minuciosas, para determinar el punto preciso en que nacen y expiran los derechos y las obligaciones en que este elemento figura*”.

<sup>941</sup> A esto alude el sentido etimológico de la palabra autonomía que deriva de los vocablos griegos *autos* (para sí mismo) y *nomos* (norma-regla), es decir, regla para sí mismo.

Su inserción favorece la resolución de gran parte de los problemas generados por la falta de una mirada global al momento de legislar sobre el fenómeno de las uniones libres. Esto se propicia al situar adecuadamente todas las esferas asociadas a las estructuras familiares en el contexto privado, favoreciendo la libre determinación, cuestión aplicable tanto a las uniones no juridificadas e incluso al ámbito familiar intercultural. Esta flexibilidad según nuestro parecer, se exhibe como un aporte indispensable en un escenario caracterizado por el requerimiento jurídico de atender la diversidad.

En el Derecho occidental tradicional la noción de pactos no fue originalmente considerada como alternativa para el Derecho de familia. Así, diversas normas de todo el ordenamiento jurídico están dotadas de un espíritu que pretende reforzar el carácter de orden público y por tanto de indisponibilidad de las personas<sup>942</sup>. Nuestra estructura jurídica familiar se caracteriza por restringir en extremo la libertad de los individuos, sometiéndolos a un orden tutelar para configurar un modelo pretendido. Un ejemplo de esto, lo encontramos en nuestro Código Civil en su artículo Art. 2450 que señala que: “*no se puede transigir sobre el estado civil de las personas*”.

La consideración del interés de la familia como superior al de cada uno de sus miembros singulares, domina aún todo el Derecho de familia nacional, y por tanto, también las relaciones patrimoniales de los cónyuges y el régimen patrimonial de la familia en su conjunto. Como consecuencia, la autonomía de los particulares se despliega en un ámbito más restringido que en las otras ramas del Derecho privado, lo que se traduce en que la Ley impere no solamente en ausencia de convenciones de las partes, sino que aun donde se aplica la voluntad de las partes deben imperar las normas vinculativas de la Ley<sup>943</sup>.

---

<sup>942</sup> Aún cuando se ha sostenido una reinterpretación del concepto de orden público sosteniendo que este hoy se identifica más que como “*límite en favor del interés general de la organización social, con las normas constitucionales que regulan los derechos fundamentales, entendidos como sistema de valores imprescindible en nuestro ordenamiento. Ello ha facilitado la posibilidad de acuerdo en materias del Derecho de familia que antes era impensable imaginar como objeto de pacto. Evidente ejemplo de ello es el pacto sobre el orden de los apellidos de los hijos o sobre su guarda y custodia*”. Cremades, P., *Sucesión Mortis Causa de la Empresa Familiar, La alternativa de los Pactos Sucesorios*, editorial Dyckinson, Madrid, 2014, p. 115.

<sup>943</sup> Rojina, destaca que esto resulta mucho más notorio que en el Derecho patrimonial no familiar, en el cual la autonomía aparece como principio rector. Relaciona también el concepto del superior interés familiar el principio de que los diversos derechos patrimoniales de los cónyuges, que les son atribuidos en consideración a su calidad de esposo y esposa, sean irrenunciables, incesibles, inexpropiables e imprescriptibles. Rojina, *Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Persona y Familia*, Editorial Porrúa, 1979, México, p. 218.

En el modelo matrimonial nacional se contempla sólo la posibilidad que las partes elijan en bloque uno de los tres regímenes existentes, sin grandes posibilidades de incorporar cambios sustanciales en la propuesta del legislador. Esta elección del respectivo régimen está sujeta a limitaciones, en el caso del matrimonio sólo se podrá introducir cuestiones menores que no alteren en lo sustancial el régimen y que no vayan contra las buenas costumbres ni la ley<sup>944</sup>.

Sin embargo, tal como hemos desarrollado latamente en el primer capítulo del presente trabajo, se ha venido a afirmar que la familia se ha privatizado progresivamente, uno de los factores más relevante donde es posible observar este proceso es en la alta injerencia que ha comenzado a tener la libertad y la voluntad de los individuos en la determinación de las relaciones familiares y sus estructuras, todo como manifestación de la dignidad de la persona y de sus derechos individuales<sup>945</sup>.

Analizado desde la perspectiva de la evolución histórica del Derecho de familia, es posible sostener que, luego de un largo predominio de un sistema caracterizado principalmente por normas de carácter imperativo arraigado en disposiciones de orden público, la balanza se ha invertido, siendo la la hora de la autorregulación formal de los particulares, estos deberán elegir entre dos senderos, una construcción responsable a su medida, o en caso contrario, por la vieja fórmula de la aplicación impositiva de la ley que operará supletoriamente.

En este sentido, asumida la posición que le cabe a la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares, la inclusión de estos pactos se conforma como un reconocimiento de la capacidad de los sujetos de regular el espacio más privado que existe en la vida social como lo es la familia<sup>946</sup>. En esta línea, Lopez Burniol destaca que a partir de la relevancia

---

<sup>944</sup> Hernández, G., “Evolución y caracterización de los regímenes patrimoniales del matrimonio en el derecho chileno”, publicado en Leyes y Sentencias, Cita Online weslaw Chile: CL/DOC/321/2009

<sup>945</sup> Parra Lucán, M., “Autonomía de la voluntad y Derecho de familia”, Diario la Ley, n° 7675, 18 de julio de 2011, p. 1.

<sup>946</sup> Este paradigma respecto a la importancia del pacto de relaciones familiares en el el Derecho de familia moderno y su conexión con el principio “*standum est chartae*”, es posible resumirlo en la STSJ de Aragón 13 julio 2011, que señala lo siguiente: “*el legislador aragonés [...] pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el pacto de relaciones familiares, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, “un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la*

cada vez mayor de la autonomía privada en el Derecho de familia, surgen progresivamente espacios más amplios en que el ordenamiento jurídico deja entregado al querer individual. De manera que van cayendo, una tras otra, las antiguas normas prohibitivas y de Derecho necesario. “*En resumen: un creciente mayor juego de la autonomía privada en la ordenación de la familia, y una progresiva pérdida de importancia de algunos aspectos exclusivamente económicos de aquella*”<sup>947</sup>.

Sin embargo, este ejercicio en el contexto de la familia requiere de una implementación cuidadosa y detallada. En cuanto, tal como se ha indicado tanto la falta de regulación, o una regulación deficiente, como una “*defensa de la autonomía personal a ultranza*” puede llevar al desconocimiento y afectación de los derechos fundamentales de los miembros de la pareja. Por tanto, esta concepción exige un Derecho presente que tutele un equilibrio adecuado de esas libertades<sup>948</sup>.

En el caso en estudio, cualquier injerencia de la voluntad en el estatuto AUC se encuentra clausurada ya que no existe un reconocimiento que permita un juego significativo de los partícipes. Por el contrario, su artículo N°2 restringe el valor a lo estrictamente dispuesto en la Ley, indicando como principio, sin excepción que: “*El acuerdo generará para los convivientes civiles los derechos y obligaciones que establece la presente ley*”. De manera que cualquier cambio en este sentido, requerirá de una modificación de la norma, permitiendo la inclusión de pactos entre convivientes.

Esta propuesta da cuenta negativamente de una notable resistencia de nuestro Derecho por actualizar sus cánones a la realidad social. Al mismo tiempo, resaltan la necesidad urgente de ampliar los espacios de reconocimiento a sus ciudadanos para que construyan una norma

---

*litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura*”. En términos semejantes se expresa ulteriormente la STSJ de Aragón 30 septiembre 2011.

<sup>947</sup> López Burniol, J., “*Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales*”, en “*Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*” (Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2a edición 1989, p. 45.

<sup>948</sup> Molina indica que la *praxis* judicial demuestra que la carencia de regulación de los efectos de estas uniones se convierte con frecuencia en un instrumento eficaz para consagrar violaciones a los derechos patrimoniales de alguno de los convivientes principalmente al momento de la ruptura. Molina, M., “*Las uniones convivenciales en el derecho proyectado argentino ¿Será lo mismo casarse que no casarse?*”, LUMEN Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, N° 9, 2013, p. 103.

cercana y legítima<sup>949</sup>. Esto responde a una posición paternalista que históricamente ha asumido nuestro Derecho de familia, la cual no ha sido abandonada pese a la aparente apertura de los últimos años.

Al dictarse el Código Civil en el año 1855, la libertad contractual no fue consagrada en nuestra legislación como parte del Derecho de familia. Entonces, a los cónyuges se les impondrá una sociedad conyugal, en la que mediante capitulaciones matrimoniales sólo podrían pactar una separación parcial de bienes<sup>950</sup>. Estas orientaciones se mantienen fuertemente arraigada en el Derecho de nuestros días.

Esta característica de nuestro Derecho ha influido de manera sustancial en un desarraigo por reconocer la capacidad de los ciudadanos de autordenarse libremente, esto se manifestará en la fijación de un orden público extensivo y estático. Esta es la realidad del Derecho de Familia actual, aspecto sobre el cual resulta necesaria una reflexión tendiente a su modernización. Esto no resulta tendencioso ideológicamente, sino que nace de la necesidad de ajustar los sistemas jurídicos a los valores universalmente definidos en los tratados de Derechos Humanos vigentes.

El centro de la tensión no radica exclusivamente en restringir el orden público familiar, para ampliar los espacios de autonomías de los individuos, sino que la reflexión debe recaer en cuál es el orden público que corresponde a nuestros tiempos. Eso en atención, a que el requerimiento de respeto por la diversidad resulta primario, frente a cualquier intento por establecer un modelo único. Esto ha redundado en dos aspectos, el mantenimiento de una

---

<sup>949</sup> Por ejemplo, la mujer soltera tiene una capacidad de obrar igual a la del hombre, al casarse sufre una especie de incapacitación al pasar a depender del varón, al que debe obediencia, y requiere de su licencia. No se permiten las capitulaciones en que se pacte nada que sea depresivo de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia a los futuros cónyuges”. El marido es el representante de su mujer, la cual no puede comparecer en juicio sin su licencia, ni puede enajenar sus bienes propios bajo sanción de nulidad y ni tan siquiera tiene la disposición por sí sola de sus bienes parafernales.

<sup>950</sup> Durante el matrimonio, la mujer podía pedir la separación judicial de bienes que el legislador estableció como una medida de protección sólo en su favor y por causales legales taxativas. Schmidt, C., “*Los sistemas económicos...*”, cit., , p.1.

legislación poco acorde a la evolución social y; en un espacio de creación jurisprudencial que no siempre cumple con las expectativas<sup>951</sup>.

Las incorporaciones en nuestro Derecho de familia de la autonomía de la voluntad, en general siguen siendo residuales -casi simbólicas-, aún en las últimas modificaciones incorporadas se observa un conservadurismo. Dentro de los pocos espacios que se ha dejado a esta materia, es posible designar como ejemplos recientes, la incorporación de acuerdos en materia de divorcio para regular las condiciones posteriores, y el nuevo estatuto de la custodia compartida de los hijos que establece opciones relevantes de acuerdos entre los padres.

Sin embargo, respecto a la regulación de la vida en pareja aun en el matrimonio se mantiene la figura de las capitulaciones matrimoniales con limitaciones importantes respecto al alcance de su injerencia. Desde esta perspectiva, nuestro legislador optó por un régimen matrimonial con estas características en que la presencia de la voluntad de la pareja, tenga una connotación complementaria y no principal, siendo posible utilizarla solo con opciones predefinidas<sup>952</sup>.

Por tanto, la elaboración de un nuevo estatuto para regular las diferentes expresiones familiares, suponía una oportunidad para incorporar este factor como un elemento diferenciador. Distintos elementos permitían considerar esta posibilidad, entre estos: a) la necesidad de un ajuste adecuado al pluralismo familiar; b) la desaparición de la familia jerárquica y la necesidad de incorporar la igualdad como principio; c) la constitucionalización de la familia y el predominio de la individualidad. Todos estos elementos contribuyen a promover el uso de pactos como una herramienta eficaz de regulación en este contexto. Sin embargo, ninguno de estos factores resultará suficiente para modificar un paradigma asentado en nuestra conciencia.

---

<sup>951</sup> Como hemos indicado un ejemplo de este aspecto es la interpretación jurisprudencia que en el caso de las uniones no juridificadas, sólo reconoce en las uniones heterosexuales una estructura a la cual se le pueden reconocer derechos.

<sup>952</sup> Así se ha sostenido que *“como las relaciones jurídicas familiares escapan generalmente a la autonomía privada -o autonomía de la voluntad-, la teoría general del acto jurídico es extraña al derecho de familia. Se juzga que las relaciones familiares, y los derechos y deberes que tales relaciones determinan, no tienen por fuente la voluntad de los sujetos sino a la ley que, en cada caso, dispone los efectos de tales relaciones”*. Lepin, C, *“La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica”*, Revista Ius et Praxis, N° Año 18, N° 1, Año 2012, p. 11.

Como indicamos, un factor determinante consiste en la preminencia del principio de igualdad en la pareja en el Derecho de familia actual<sup>953</sup>. La propuesta antigua del Derecho para las relaciones familiares, vigente aun en Chile se sustenta en el principio de desigualdad de la pareja, ya que no siendo iguales uno estaba en desventaja, esto justificaba un conjunto de normas tendientes a una discriminatoria forma de protección al más débil, dejando un espacio predominante a la tutela del Estado mediante el establecimiento de normas imperativas<sup>954</sup>. Esto se traducía en la prohibición de pactar entre ellos, o bien, de pactar aspectos minoritarios mediante las capitulaciones matrimoniales.

Al cambiar el predominio del paradigma de la familia jerarquizada, la libertad para pactar se conforma como un reflejo de un estado de igualdad, es decir “*solo en igualdad hay voluntad real y paritaria para convenir*”<sup>955</sup>. Esta propuesta resulta en equilibrio con la generalidad del Derecho existente interpretado este conforme a su contexto moderno. Destacable en esta línea resulta una sentencia del Tribunal Constitucional español en la que se reconoció la naturaleza dual del Derecho de familia, en cuanto en este concurrían elementos de derecho imperativos y dispositivos que corresponde al Tribunal determinar<sup>956</sup>.

Según Zarraluqui los elementos imperativos se encontrarían en la regulación de las relaciones verticales, es decir entre padres e hijos, en que el ordenamiento jurídico atribuye a alguien una potestad para que ejerza una función en beneficio de quien no puede actuar por sí mismo, por su minoría de edad o incapacidad. Mientras tanto, en las relaciones horizontales que se

---

<sup>953</sup> Como indicamos esto aún se refleja plenamente en el Derecho nacional, manteniéndose un régimen matrimonial sustentado en una sociedad conyugal donde el marido es el jefe de la sociedad.

<sup>954</sup> Díez Picazo se pregunta respecto a que razones son las que conllevan la aceptación de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, indicando que: “*En primer lugar, el juego del principio de igualdad reconocido para las relaciones interconyugales por el art. 32 y en términos generales por el art. 14: la dignidad de la persona es dignidad de todas las personas. Es una igualdad de dignidad entre individuos iguales. La segunda razón es, en mi opinión, el pluralismo*”. Díez Picazo, L., “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia” en Convenios reguladores de las crisis matrimoniales, Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2a edición 1989, p. 41

<sup>955</sup> Kemelmajer, A., “La autonomía de la voluntad...”, cit., p.16.

<sup>956</sup> En lo sustancial indica este fallo que: “*No es ocioso traer a colación aquí alguna somera reflexión en orden al carácter de todo proceso matrimonial, en el que se dan elementos no dispositivos, sino de ius cogens, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia. No se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos de la Sentencia que ponga fin a la relación conyugal, apelando entonces a los principios dispositivo y rogatorio del proceso civil español*”. STC 120/1984 del 10 de diciembre de 1984.

producen entre cónyuges o convivientes dominaría el principio de igualdad y de autonomía de la voluntad<sup>957</sup>.

En el mismo sentido la *Supreme Court* inglesa ha realizado un ejercicio similar interpretando el alcance que tienen los acuerdos prematrimoniales, estableciendo que en Inglaterra y en Gales se otorgue a los acuerdos matrimoniales un enfoque parecido al que se otorga en otras jurisdicciones, pero fijando la posibilidad de que el tribunal aplique su criterio a fin de lograr un resultado justo. Para este fin, si bien, validó el valor de estos pactos, procedió a ejercer un control con el propósito de evitar vulneraciones a derechos fundamentales, alcanzando un equilibrio razonable entre el paternalismo y la autonomía de las partes<sup>958</sup>.

Dicha resolución realiza un análisis interesante estableciendo dos instancias para definir el alcance que dichos pactos pueden tener. La primera parte que ha sido definida como una fase de equidad procesal, consiste en considerar el pacto conforme las circunstancias del momento que se suscribe, con especial referencia a que este hubiere sido acordado libremente, exento de vicios y con pleno conocimiento de sus alcances. Una segunda fase definida como de equidad sustantiva consistirá en la consideración de las circunstancias actuales, en especial al momento de concluir la relación. A partir de este examen, el tribunal dio valor a ciertas cláusulas, pero declaró inadmisibles otras, por ejemplo, aquellas que negaban el derecho a solicitar compensación económica por considerarlas injustas<sup>959</sup>.

Cabe resaltar que nuestro requerimiento tiene una naturaleza complementaria, en cuanto la introducción de estos pactos mantiene en su totalidad la propuesta estructural que contiene actualmente el AUC. En este sentido, los contratos de convivencia representan una utilidad integral, en cuanto pueden celebrarse en cualquier momento de la relación definiendo una

---

<sup>957</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., “Eficacia de los Pactos Familiares”, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, N° 1, época I, 2013, p.4

<sup>958</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido, Radmacher v. Granatino ([2010] UKSC 42, [2011] 1 FLR 1851).

<sup>959</sup> Para un mayor análisis de la resolución, veasé: Scherpe, J., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino. Equidad, libertad y “elementos extranjeros”, en Revista In Dret, N° 2, 2012, pp. 2-24.



serie de derechos y obligaciones para cuestiones altamente conflictivas asociadas al hogar común y a los efectos entre ellos mismos, tanto personales como patrimoniales<sup>960</sup>.

Sin embargo, proponemos que la introducción de estos pactos debe hacerse con un carácter prioritario, es decir, estos debieran tener prevalencia por emanar de la voluntad de los únicos interesados en sus efectos. De manera que toda la estructura normativa opere en subsidio, ya sea cubriendo pasajes oscuros, o bien en caso de ausencia de pactos.

Esto en nuestra realidad permitiría respetar el derecho fundamental a no casarse, evitando la imposición del Derecho matrimonial en bloque, agregando un factor de diferenciación relevante en este sentido. En este sentido, sostenemos la noción de un Derecho matrimonial nacional caracterizado por normas de carácter imperativo, mientras subsiste un sistema que regula la convivencia afectiva, tutelado por una autonomía de la voluntad amplia al que los convivientes civiles pueden acudir mediante la celebración de pactos.

Desde otra mirada, esta opción permite garantizar plenamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad materializado en nuestro ordenamiento como el derecho a la dignidad personal. La introducción de pactos para regular la vida familiar facilita la libre ordenación de los aspectos principales que requieren solución, manteniendo al margen cuestiones que se debieran mantener plenamente protegidas. En este sentido, resulta indispensable mantener una estructura acorde que supla el silencio de las partes para actuar en subsidio frente a la ausencia de voluntad de la pareja.

Por lo tanto, la discusión deberá plantearse en sede legislativa, pero definiéndolo conforme a nuestra realidad, en cuanto a fijar un límite para la celebración de estos pactos. Aun cuando gran parte de estas materias se encuentran ya reguladas tanto en el propio AUC, como en el resto del sistema legal. En este sentido, la discusión planteada en la tramitación la Ley N° 20.830, se conforma ya como un acuerdo respecto al alcance jurídico que se le concede a la

---

<sup>960</sup> Según Gallego Domínguez, esto evitaría desamparos y enriquecimientos injustos que de otro modo se producirían. representando un medio eficaz para evitar conflictos entre las partes. Gallego Domínguez, I., *Las parejas no casadas...*, cit., p. 103.

familia no matrimonial. Por otra parte, aspectos esenciales se encuentran regulados en todo el sistema jurídico, así el respeto en la pareja tiene su representatividad en la Ley de violencia Intrafamiliar. Asimismo, la relación con los hijos tiene una regulación de fondo al margen en diversas normativas.

Resulta indispensable la necesidad de incorporar una norma dentro del estatuto del AUC que incorpore la posibilidad de celebrar estos pactos. Ejemplos existen varios, así en el Derecho matrimonial francés el art. 1387 del Código Civil establece que: *“La ley rige la asociación conyugal en cuanto a los bienes solo en ausencia de convenciones especiales que los esposos pueden hacer como mejor lo juzguen, siempre que ellas no sean contrarias a las buenas costumbres ni a las disposiciones que siguen”*.

La propuesta no significa desatender desde ninguna perspectiva, una construcción legislativa coherente y armónica, en especial considerando las costumbres jurídicas arraigadas y características de nuestra población. En este sentido una de las principales críticas a la propuesta de pactos, se encuentra asociada a un estudio de realidad, ya que los antecedentes ratifican la ausencia casi absoluta del hábito de pactar en el contexto familiar. Un buen ejemplo, nos entregan las estadísticas existentes respecto de las capitulaciones matrimoniales celebradas en los últimos años<sup>961</sup>.

En otro aspecto, asociado a los obstáculos que presenta la idea de introducir la facultad de celebrar pactos entre convivientes, se ha destacado el abandono del Estado en el contexto familiar respecto a grupos de personas que requieren de una tutela en el ámbito familiar. Al respecto, se reivindica un acrecimiento de la disponibilidad de las normas por la vía de los negocios familiares, respecto a *“grupos de personas que deben ser objeto de especial protección y para cuya tuición se emplean técnicas de interpretación extensiva de normas*

---

<sup>961</sup> Conforme los antecedentes del Registro Civil e Identificación de Chile respecto a las Capitulaciones Matrimoniales celebradas previo al matrimonio, entre los años 1988 y 2018 sólo se han inscrito 106 acuerdos de esta naturaleza. Se registran varios años sólo con una o dos capitulaciones; mientras que el año 2014 es el que registra un mayor número alcanzando los 12 acuerdos. Carta RCT N° 4124-2018, emitida por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile, con fecha 07 de septiembre del 2018.

*entendidas como integrantes del ius cogens, cuando no se pensaron como tales*”. Desde esta posición se critica entonces que este nuevo paradigma difícilmente este pensado para todos, sino que actúa bajo un concepto de gentes de ley y orden<sup>962</sup>.

Tal como hemos planteado desde un inicio en el presente trabajo, los conceptos asociados al modelo que propone el pluralismo jurídico familia, responde a la idea de que cada familia tiene su Derecho. Esto no involucra la noción de un modelo único familiar, en relación a este argumento, no acogemos la idea que la autonomía de la voluntad sea el principio general para todas las estructuras familiares, pero si lo asumimos para la regulación de la convivencia no matrimonial como el modelo más acorde para una estructura caracterizada por la libertad de la pareja para definir el vínculo.

Cabe resaltar que la autonomía de la voluntad no se establece como una herramienta de naturaleza imperativa, esto más bien descansa en el régimen supletorio legal que suple el silencio de las partes. En contrario, la libertad para pactar se exhibe como un elemento coadyuvante, al que pueden acudir las parejas que tengan una claridad mediana respecto a sus propósitos, o bien, que manifiesten su disconformidad con las estructuras propuestas en la norma y deseen modificarla en parte o en su totalidad.

La falta de imperatividad de la facultad de pactar queda reflejada además en los límites establecidos en base del sistema jurídico, esto impide cualquier aspecto que pueda vulnerar la dignidad de las personas o sus derechos fundamentales, fijando una red de protección a favor de todas las personas, sin distinción. Estos se configuran de diversas maneras para este fin, así es posible establecer sus conductos: a) primero, se impiden todas aquellas previsiones o pactos que sirvan para desvirtuar las reglas esenciales que determinan la configuración de

---

<sup>962</sup> Señala acertadamente Rams que la consagración de la autonomía de la voluntad siempre ha tenido la oposición de los grupos que creen estar investidos de potestades justificadas en la presencia de un teórico interés general, la promoción de este paternalismo, se encamina en teoría a evitar que los débiles se infrinjan daños a sí mismos en el ejercicio libre de sus propios derechos. “*Una vieja conseja que ha servido, desde casi siempre y con resultados palpables, para justificar, en cada tiempo y lugar, la necesidad de jerarquizar a la sociedad y a los sujetos que la componen; lo que no concuerda con los buenos deseos son las cuentas finales de resultados: positivas siempre para los protectores y aleatorias tendentes a las pérdidas para los protegidos de forma imperativa*”. Rams, J., *La Autonomía de la Voluntad en las Relaciones Jurídicas Matrimoniales*, en *Autonomía de la Voluntad y Negocios Jurídicos de Familia*, Editorial Dyckinson, Madrid, 2010, pp. 69-72.

un régimen o estatutos; b) segundo, se aplica el principio general del Derecho de que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, establecen una barrera infranqueable para el Estado y los particulares.

Nuestra propuesta de inserción de la facultad de pactar para todo tipo de convivencia, incluidas las simples uniones convivenciales no registradas, pasa en primer lugar por definir cuales son los aspectos del estatuto del AUC que resultan excluidos de la autonomía de los convivientes. En este sentido, existen generalmente, dentro de cada régimen una serie de aspectos que configuran el modelo, estos no pueden ser cambiadas por los particulares hasta el extremo de desfigurar los caracteres esenciales del mismo. Normalmente estas son las reglas de responsabilidad de los bienes de los cónyuges o la composición de los patrimonios, o la atribución de la titularidad de los bienes. A esto debemos agregar los aspectos protectores fijados al finalizar el vínculo, como el derecho a compensación, los bienes familiares y los derechos sucesorios. De estos elementos corresponde al legislador definir cuales se asumen como indispensables.

Nosotros hemos expuesto nuestra opinión a lo largo de todo el trabajo, en general consideramos que la imperatividad de muchas de las reglas en el estatuto en estudio, da cuenta del estado de nuestro Derecho de familia en el siglo XXI. En definitiva, postulamos que un debido reconocimiento de los principios que regulan estas áreas del Derecho permite en general la flexibilidad de estas normas. Para este efecto resulta necesario establecer estos pactos como un medio preferente para la regulación de la familia convivencial en su período de constitución, desarrollo y crisis<sup>963</sup>. Una concesión amplia de espacios para la autorregulación favorece la certeza jurídica, en una serie de circunstancias en las que orden actual mantiene vacíos legales y contradicciones.

---

<sup>963</sup> En este sentido, es posible destacar que en los sistemas más modernos se ha asumido la posición de abandonar la regulación de la relación, disponiendo que las relaciones de pareja estable se regulen prioritariamente por los pactos entre los convivientes. Sin embargo, ello no justifica desatender aspectos como la responsabilidad por las deudas contraídas en atención a los gastos familiares ante terceros, que debería fundamentarse en la posesión de estado -apariencia matrimonial- si se estuviera por una adecuada protección de los terceros que contratan con los convivientes, de una parte, y por la no discriminación respecto a los cónyuges, de otra. Tampoco, se deja en la incerteza cuestiones como la atribución de la vivienda familiar, o el derecho a una compensación económica. Solé, J., “*La regulación de la convivencia...*”, cit., p. 4.

En definitiva, para el Derecho no basta con crear un orden cierto y seguro, pues éste debe ser principalmente justo. Lo primordial es asegurar el respeto a la dignidad de la persona y a su autonomía individual, para que pueda cumplir con su auténtico destino. De manera que la seguridad, que representa un orden formal, cobra plenitud de sentido, llenándose de un contenido valioso, legítimo y coherente con las bases del sistema jurídico. Poniendo, esta seguridad al servicio de estos valores supremos de la humanidad.

## CONCLUSIONES

**TESIS PRINCIPAL.** El estatuto denominado Acuerdo de Unión Civil desde la perspectiva de su existencia en el Derecho nacional representa un cambio de paradigma en la regulación de la familia conforme a los requerimientos de un sistema democrático propio del siglo XXI.

Desde la perspectiva de la dogmática jurídica, su valoración resulta mucho más crítica, apreciándose una construcción legislativa confusa en relación a la coherencia con el sistema jurídico en general; y deficiente en cuanto no logra alcanzar los fines que la reforma se había propuesto como objetivo.

Las causas de este resultado son diversas, en lo principal la falta de una mirada global de todo el fenómeno y el debate valórico- moral que impregnó toda su elaboración, sumergirán una adecuada construcción jurídica. El texto definitivo es un ejemplo de una construcción del Derecho por no juristas. En definitiva, no se ha logrado terminar siquiera simbólicamente con la situación de incerteza jurídica en que se encuentran estas uniones.

Su mejoramiento requiere de complementos legislativos esenciales, para este fin es dable utilizar la experiencia comparada con más de veinte años de experiencia desde la elaboración de los primeros estatutos en la materia, todo en un espacio de prueba y error altamente desarrollado.

**PRIMERA.** El Acuerdo de Unión Civil ha optado por un sistema de carácter imperativo, que excluye casi en su totalidad la voluntad de los convivientes para pactar el contenido de sus relaciones patrimoniales y personales. Esta ausencia no sólo contradice el sentido del Derecho familiar moderno, sino que además no se beneficia de una herramienta integral para la resolución de los conflictos que se presentan en la materia en estudio.

Estas consecuencias no resultan debidamente atenuadas, observándose una ausencia de medidas complementarias. El resultado será el mantenimiento del problema de inseguridad jurídica en el mayor número de parejas que se encuentran en situación de anomia jurídica.

Los datos aportados resultan categóricos en este sentido. En definitiva, la estructura jurídica asumida no resulta coherente con los mandatos superiores ni con sus propios fines. Por tanto, la búsqueda de un orden seguro que favorezca el bien común, ha cedido por la falta de funcionalidad de la estructura establecida.

**SEGUNDA.** Respecto de los efectos personales incorporados en el estatuto, el AUC sigue la posición mayoritaria en el Derecho comparado, así reduce la inclusión de estos efectos en el estatuto acogiendo las nociones sobre la falta de eficacia que estos representan en la actualidad. No obstante, no los excluye, sino que opta por una regulación parcial de ciertos derechos. Esto se exhibe como un elemento de diferenciación respecto al régimen matrimonial, favoreciendo la pluralidad de modelos.

Postulamos que, la inclusión de un mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad mediante la celebración de pactos entre convivientes, podría establecer líneas de solución en la discusión actual respecto a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de estos deberes, aspecto que en la actualidad se encuentra abierto al debate desde la doctrina y la jurisprudencia.

**TERCERA.** El Acuerdo de Unión Civil ha establecido como régimen patrimonial legal un sistema de separación de bienes, aspecto que se conforma como una novedad para el Derecho chileno cuya preferencia históricamente se ha encaminado hacia sistemas comunitarios. Consideramos que los aspectos económicos se constituyen como uno de los segmentos con mayor coherencia en la construcción legislativa del estatuto.

La fijación de un régimen de separación de bienes como régimen legal, resulta coherente con las bases que promueven el reconocimiento de un mayor espacio de libertad a esta expresión familiar. Paralelamente, el camino elegido fortalece la diversidad de las estructuras familiares, ampliando las opciones para conformar los modelos familiares. Esto al distanciarse del régimen matrimonial, encaja plenamente con las nociones del pluralismo jurídico familiar.

**CUARTA.** La inclusión del derecho a los bienes familiares a favor de los convivientes se exhibe como contradictoria. Postulamos que no resulta coherente la remisión en bloque a las normas existentes en el Código Civil para la familia matrimonial, Esto contradice la diversidad de modelos y, la atención a las particularidades presente en cada expresión familiar.

Paralelamente, se conforma como la pérdida de una oportunidad de actualizar una institución que ha sufrido importantes cambios en los sistemas más modernos, varios de estos aspectos que carecen de regulación en nuestro Derecho han debido ser suplidos por la jurisprudencia, adoleciendo de la certeza jurídica que promueve el Derecho.

**QUINTA.** Se cuestiona la falta de una regulación exhaustiva en el proceso de terminación del vínculo. Dos aspectos destacan desde una perspectiva crítica, la ausencia de conductos procedimentales especiales para el proceso de crisis, los cuales quedarán sometidos a las reglas generales. Segundo, la ausencia de normas vinculantes que favorezcan los pactos entre convivientes para resolver los asuntos que se presentan con posterioridad a esta etapa.

Destacamos el valor de los acuerdos o pactos celebrados sobre estos puntos por los convivientes, en cuanto permiten suplir la ausencia de normas en distintas materias Esto representa beneficios tanto desde el sentido controversial como desde la perspectiva de la economía procesal, en la medida que aliviana la carga de los tribunales.

**SEXTA.** En cuanto al régimen de derecho sucesorio, consideramos positivo el camino elegido en cuanto a desarrollar de manera específica para el AUC los derechos que se conceden al conviviente supérstite, eludiendo con esto la remisión en bloque a los beneficios del cónyuge en el matrimonio, esto pese a su similitud en los beneficios concedidos.

Esta homologación la consideramos como un factor favorable por razones de justicia social, pero también coherente con el mandato superior emanado de la Constitución respecto a fortalecer y proteger a la familia sin distinción. En este sentido, hemos considerado que la necesidad de propender a la diferenciación entre estatutos con miras a su funcionalidad, se sumerge cuando el vínculo ha terminado, perdiendo su valor.



De la misma manera, frente a la falta de regulación de las uniones no juridificadas postulamos que la existencia del estatuto de AUC, establecerá un nuevo conducto en la forma de resolver los conflictos en situación de laguna legal. Al respecto postulamos como vía el uso de la analogía legal para suplir los vacíos.

**SÉPTIMA.** En cuanto a las uniones libres y su relación con el pluralismo jurídico familiar en clave cultural, defendemos el paradigma de que el estado actual del Derecho de familia, permite incluir dentro de su ámbito todas las manifestaciones asociadas a las estructuras familiares existentes dentro de su espacio de soberanía. De manera, que una mirada efectivamente pluralista debe extenderse más allá de la discusión homo-hetero que impregna toda la discusión dogmática en la actualidad, para ampliar su espacio de estudio a otras manifestaciones como las culturales las cuales definen a la familia no sólo como una unidad funcional para el Estado, alcanzando funciones asociadas a derechos superiores como la identidad cultural de una colectividad. En eso consiste las verdadera noción de un pluralismo jurídico familiar.

Según nuestro parecer, ayuda en esta función dos elementos. Un reconocimiento amplio de la autonomía de la voluntad favoreciendo el desarrollo de pactos entre los convivientes sobre una cantidad cada vez más creciente de materias. Luego, La incorporación de un tratamiento específico de un bloque de Derecho de familia indígena, este necesariamente debe tener como sustento central el reconocimiento de valor jurídico primario a la costumbre como fuente de Derecho.

**OCTAVA.** Asumida la falta de integridad que presenta el Acuerdo de Unión Civil postulamos como necesario su complemento mediante medidas legislativas para mejorar su eficacia. Primero, extender el estatuto incorporando a las uniones libres no juridificadas, de tal forma de contribuir a la seguridad de todas las familias.

Esta medida requiere necesariamente de una claridad legislativa de manera de no vulnerar los espacios de libertad que se encuentran comprometidos. Para este fin el requerimiento de funcionalidad entre todas las estructuras conlleva a establecer diferencias en la intensidad de las cargas asociadas a cada una de ellas.

La medida a nuestro parecer más importante, en cuanto tiene relevancia para resolver todas las demás carencias, consiste en la necesidad de aumentar los espacios de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos. Para este efecto consideramos necesario complementar el estatuto adicionando y reconociendo el valor que tienen los pactos entre convivientes como herramientas para una resolución de conflictos con un alto valor de legitimidad.

## BIBLIOGRAFIA

### 1.- DOCTRINA.

Acedo Penco, A., *Derecho de Familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

Acuña, M, “Algunas Complejidades del Divorcio ante Notario” en sección Actualidad Jurídica del Mercurio Legal, 15 de febrero del 2016.

Aguilar Cavallo, G., “El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado”, en Revista Direito GV, São Paulo 9(2), Jul-Dez 2013.

Aguilar Carvallo, G., “Principios de Interpretación de los Derechos Fundamentales a la Luz de la Jurisprudencia Chilena e Internacional”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIX, núm. 146, mayo-agosto, 2016.

Albaladejo, M., *Derecho de familia*, Curso de derecho civil, IV, Barcelona, 1989.

Albo, X., *La experiencia Religiosa Aymara, en Rostros Indios de Dios*, La Paz, CIPCA/HISBOL/UCB, 1992.

Albo, X. y Mamani, M., “Esposos suegros y padrinos entre los aymaras”, en *Parentesco y matrimonio en los Andes*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

Alfani G., “La Iglesia y el Padrinazgo: ¿una Institución rebelde? (Italia, España y Europa desde el siglo V hasta la actualidad)”, en Revista de Demografía Histórica, XXVI, I, segunda época, 2008.

Alchourrón C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

Alemán Monterreal, A., “Panorama actual y antecedentes históricos sobre los derechos sucesorios abintestato del conviviente supérstite de una pareja de hecho”, *Actualidad Civil*, Nº 2, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Ene. 2005, tomo 1, Editorial LA LEY 2782/2004.

Alexy, R., “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Traducido por Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Alexy, R., *El Concepto y la Validez del Derecho*, traducido por J. Seña, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.

Alexy, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *DOXA*, no 5, 1988.

Alessandri, A. y Somarriva, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Nascimento, 1961.

Alessandri, A. et alii, *Tratado General de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago, 1998.

Amunátegui, C., *Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas*, en libro de homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, J.M. Gonzales et alii. (Coords.), Volumen I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004

Amunátegui C. et alii, *Las Parejas No Casadas*, en *Tratado de Derecho de Familia*, volumen IV, Dir. M. Izquierdo Et alii, Editorial Aranzadi, navarra, 2011.

Anaya J., *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

Atienza, M., *Algunas Tesis Sobre la Analogía en el Derecho*, en *Revista Doxa*, Nº2, 1985.

Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Editorial Fontamara, México, 2007.

Ávila, H., *Teoría de los Principios*, traducción de Laura Criado, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Aylwin, J., “Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional Comparado y en la Legislación Chilena”, en *Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología*. Tomo I.

Aznar Gil, F., “Las uniones de hecho ante el ordenamiento canónico” en *Revista Española de Derecho Canónico*. 1991, volumen 48, n.º 130.

Aznar Gil, F., “Uniones estables de pareja y magisterio de la Iglesia Católica,” en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 56, N° 147, 1999.

Aznar Gil, F., “*Penas y Sanciones contra los matrimonios clandestinos en la península ibérica durante la baja edad media*”, en *Revista de estudios histórico – jurídicos*, N° 25, 2003.

Ballester, B., “Nuevas Formas de Convivencia de Carácter Familiar o Cuasi familiar”, *Revista Derecho, Empresa y Sociedad*, N° 10, enero-julio 2017.

Barahona, J., “*Concubinato y sociedad conyugal: conflictos jurídicos que derivan de una superposición*”, en *Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas / Libertad y Desarrollo*, 2005.

Barrientos, J., “Literatura Jurídica Indiana de derecho privado”, en *Revista de Historia del Derecho Privado*, N° II, 1999.

Barrientos, J., “La compensación económica como “derecho” de uno de los cónyuges y “obligación” correlativa del otro. De sus caracteres”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N°, 2007.

Barrientos, J., *Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011.

Barrientos, J., “A propósito del código civil y las "reformas" en sede de filiación, o la seriedad posible”, en *La Semana Jurídica*, volumen 58, cita online: CL/DOC/1084/2013.

Barrientos, J. *De Las Uniones de Hecho: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2008.

Barrientos, J., *El Código Civil, su Jurisprudencia e historia*, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.

Barros Errazuriz, A., *Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen IV*, Editorial Nascimento, 1931.

Barros Bourie, E., “La Responsabilidad Civil como Derecho Privado. Notas Sugeridas por la Reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, en *Estudios Públicos* 112, 2008.

Basadre, J., *Historia del Derecho Peruano*, Editorial San Marcos, segunda edición, Lima, 1997

Bascuñán Rodríguez, A., “¿El acuerdo de Vida en Pareja: ¿Un Bien Instrumental o Simbólico?”, *La Semana Jurídica*, Thompson Reuter, 2012, N° 0.

Bascuñán A. y Cornejo, P., “Acuerdo de vida en pareja (AVP): Lo que está pendiente”, publicado en *Revista del Abogado*, publicación del Colegio de Abogados de Chile A.G, abril 2012, N° 54.

Bautista, R., “La Descolonización de la Política: Introducción a una Política Comunitaria”, Plural Editores, La Paz, 2014.

Bayod López, M., “Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial”, publicado en Revista crítica de derecho inmobiliario, Vol.: 71, N° 626, 1995.

Beck-Gernsheim, La Reinención de la Familia, en Busca de Nuevas Formas de Convivencia, traducido por P. Madrigal, Editorial Paidós, Barcelona, 2003.

Belluscio, A., “La Corte Europea de Derechos Humanos descalifica el impedimento matrimonial de afinidad”. *Fallo del 13/09/2005*, LA LEY, 2006.

Bercovitz, R., “*De las dificultades del emparejamiento sin matrimonio*”, en Revista Aranzadi Civil-Mercantil 1. abril 2013.

Beriain Flores, I., “Las Uniones no Matrimoniales y el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad (A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril)”, en Revista Derecho Privado y Constitución, Núm. 28, enero-diciembre 2014.

Bermejo Castriello, M., *Entre Ordenamientos y Códigos, Legislación y Doctrina sobre la Familia a partir de las Leyes de Toro*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.

Biedma Ferrer, J., “Uniones de hecho y principio de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas”, publicado en Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV, 2011.

Bíscaro, B., “Cuestiones patrimoniales entre parejas convivientes. “Un desafío para la jurisprudencia”, en Revista Jurídica UCES N°13, Buenos Aires, 2009.

Bíscaro, B., “Efectos de la disolución de las uniones convivenciales”, RDFyP, año IX, nro. 2, marzo de 2017.

Bobbio, N., Teoría general del derecho, Temis, Bogotá, 1987.

Bobbio, N., *El Tiempo de los Derechos*, traducido por R. Assis de Roig, Editorial Sistemas, Madrid, 1991.

Bobbio, N., *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1993.

Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, 1994.

Bobbio, N., *El Fundamento de los Derechos Humanos*, en *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos I*, Soriano, R. et alii (editores), 2000.

Bodenheimer, E., *Teoría del Derecho*, Trad. Vicente Herrero, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

Bogdandy, Armin Von, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", *Harvard International Law Journal*, núm. 47, 2006.

Bonfil G., "El Concepto de Indio en América: Una Categoría de la Situación Colonial, en *Anales de la Antropología*", *Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM*, México, Vol. 9, 1972.

Boyer, N., "El samay, el susto y el concepto de persona en Ayacucho, Perú", en Fernández Juárez, Gerardo, *Salud e interculturalidad. Antropología de la salud y crítica intercultural*. Quito: Abya-Yala, 2004.

Bravo, B., "*El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla*" en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LVIII, Madrid, 1988.

Borda, G., *Tratado de Derecho Civil*, Sucesiones, Tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1987.



Borrillo, D., “Uniones Libres, Convivenciales y Conyugales en el Derecho Francés”, Revista de derecho privado y comunitario, 2014.

Bosh Carrera, *Las Familias Reconstituidas y las Cuestiones de Protección Patrimonial*, en *Nous Reptes del Dert de Famílias*, Editorial Documenta Universitaria, coord. por Área de Derecho Civil de la Universidad de Girona, Girona, 2005.

Bossert, G, y Zaroni, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

Bourdieu, P., *La Dominación Masculina*, traducción de Joaquín Jordá, Editorial Anagrama Barcelona, 1998.

Bravo, B., “El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla” en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LVIII, Madrid, 1988.

Bulygin, E., “Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos”, en revista DOXA, N°4, 1987.

Bulygin, E.,” Los Jueces Crean Derecho, en poder Judicial y Democracia,” en revista Isonomia, N° 18, 2003.

Cabrillac, R., “Las Codificaciones,” traducido en el proyecto de traducciones de obras francesas contemporáneas del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Flandes Indiano, Santiago, 2009.

Calderón C., “Hacia una comprensión “trágica” de los conflictos multiculturales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 No 3, 2015.

Canteros Núñez F., *Uniones de Hecho*, en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, Familia, Volumen I, J. F. Delgado De Miguel coordinador general, Ed. Consejo General del Notariado y CIVITAS S.A, Madrid, 2001.

Carbonell, J., et. alii., “Las Familias del siglo XXI: Una mirada desde el Derecho”, primera edición, editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2012.

Carbonell M., “Familia, Constitución y Derecho de Familia”, en Rosa Álvarez de Lara coord., en Panorama internacional de Derecho de Familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados, t. i, México, D.F., 2006.

Carbonnier J., *Derecho Civil*, tomo I, volumen II, traducido de la 1º edición francesa por Manuel Zorrilla Ruiz, Editorial Bosch, Barcelona 1961.

Carbonnier, J., *Derecho Flexible. Para una Sociología no rigurosa del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid 1974.

Carbonnier J., *Sociología jurídica*, Traducido por L. Diez Picazo, Madrid, Editorial Tecnos, 1982.

Carbonnier, J., *Tendances actuelles de l'art législatif en France*, en Essais sur les lois, 2e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995.

Carbonnier J., *Ensayo sobre las Leyes*, traducción de Luis Diez Picazo, Editorial Civitas, Madrid 1998.

Carmona, C., “Pueblos Indígenas y la Tolerancia Occidental: Los Derechos Humanos como forma sublimada de asimilación”, en Revista Polis, Número 23, 2009.

Casarino, M., *Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Orgánico)*, Tomo I sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Castro Martin, Teresa et alii., *Maternidad sin Matrimonio en América Latina: Análisis Comparativo a partir de Datos Censales*, en Notas de Población N°93 CEPAL, 2010.

Castro M. et alii., *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión y Legislación*, Santiago, 2009.

Castro, M. et alii, *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho, Orientaciones desde la Antropología Jurídica*, Editado por el Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2014.

Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, edición revisada por G. García Cantero y J. M. Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1982.

Cea Egaña, J., *Derecho Constitucional Chileno*, 2a. ed., Santiago, Ediciones UC, tomo I, 2008.

Ceballos-Bedoya, N., “Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada. Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750-1810”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011.

Cerda Gimeno, J., “La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho”, en *Estudios sobre Derecho de Familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Centro de Estudios Registrales, ed. J. San José, S.A., Madrid, 1993.

César Belluscio, A., "Evolución del Pacto Civil de Solidaridad Francés", LL2009-B.

Chávez Asencio M., “Derechos familiares de la persona y derechos sociales de la familia”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 15, 1983.

Chávez Asencio M., “Derechos familiares fundamentales” en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2002, Número 32, Sección de Previa, 2002.

Chaves De Farias C. y Rosenvald N., *Direito das familias*, Edición Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

Claro Solar, L., *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898.

Claro, C., *Derecho Civil Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

Clavero, B., *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Editorial Siglo XXI, México, 1994.

Clérico, L. y Aldao, M., “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011.

Colombre, A., *La Colonización Cultural en América Latina*, Ediciones del Sol, segunda edición, Buenos Aires, 2004.

Collantes De Terán M., “El amancebamiento. Una visión histórico-jurídica en la Castilla moderna”, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

Cóndor Chuquiruna, E., “Los Derechos Individuales y Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina”, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, Bolivia, 2011.

Cordero Cutillas, I., “Comentarios a la STS de 17 de enero del 2003: Disolución por voluntad unilateral de la convivencia *more uxorio*”, en *AC*, N° 30, 2003.

Cordero Cutillas, I., *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Editorial Aranzandi, Navarra, 2004.

Cordero Cutillas, I., *Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI*, en *Los Derechos a la Intimidad y la Privacidad en el siglo XXI*, Antonio Fayos coord., Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

Cordero, E., “La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno”, Revista de Derecho (Universidad Austral), Vol. 1, 2006.

Cordero, E., “*Los Principios y Reglas que Estructuran el Ordenamiento Jurídico Chileno*”, en Revista Ius et Praxis, 15 (2):11-49, 2009.

Córdoba, M., "Utilidad social de la sucesión —asistencia— mejora específica", El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos, Leonardo B. Pérez Gallardo coord., Madrid, Editorial Reus, 2010.

Cornejo, P., *Acuerdo de Unión Civil y Derecho Internacional Privado*, en Estudios sobre la nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil, Hernández G. et alii. coord., Thompson Reuter.

Cornejo, P., “ Regulación de las uniones de pareja del mismo sexo: ¿qué lecciones nos entrega la legislación comparada?”, en Publicado en: Gaceta Jurídica , Volúmen 379 , N° 379 , Año 2012 .

Cornejo, P., “Después del acuerdo de unión civil ¿queda un lugar para la convivencia?” Revista de Derecho de Familia , Volúmen I - 2016 , N° 9 , Año 2016.

Cornejo Chávez H., Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica Editores, Décima Edición, Lima, 1999.

Corral, H., “*Familia y Derecho*”, Universidad de Los Andes, Colección Jurídica, 1994.

Corral, H., “*Una ley de paradojas. Comentario a la nueva Ley de Matrimonio Civil*”, en Revista Chilena de Derecho Privado 2, 2004.

Corral, H., “*Adaptación de la responsabilidad civil en los procesos de familia. la experiencia chilena de la "compensación económica" en caso de nulidad matrimonial y divorcio*”, publicado en revista Ars Boni et Aequi 4, 02/01/2008.

Corral, H., “El acuerdo de Vida en Pareja: De La Unión Civil al Matrimonio Homosexual”, La Semana Jurídica, Thompson Reuter, 2012.

Corral, H., *La Familia en los 150 años del Código Civil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N°3.

Corral, H., “Sobre la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil: una primera (y crítica) mirada”, en *Revista de Derecho de Familia*, Volúmen I - 2016 , N° 9 , 2016.

Corral, H., “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil en la familia”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23 N°2, 2017.

Cremades, P., *Sucesión Mortis Causa de la Empresa Familiar, La alternativa de los Pactos Sucesorios*, editorial Dyckinson, Madrid, 2014.

Cuche, D., *La Noción de Cultura en las Ciencias Sociales*, traducido por P. Mahler, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2002.

D’agostino F., *Filosofía de la Familia*, Instituto de Ciencias de la Familia, Universidad de Navarra, Ediciones Rialph, 2006.

De Tocqueville A., *La Democracia en América*, traducido por De Dolores Sánchez de Aleu, Tomo I, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

De Frutos, F., “Uniones no matrimoniales. Procedimiento a seguir si existe acuerdo”, publicado en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4.118, 1996.

De Sousa B., *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

De Verda Y Beamonte, J., “Tendencias Actuales del Derecho de Familia en España”, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado 7, 01/12/2006.

De Verda y Beamonte, J., “La Atribución del Uso de la Vivienda Familiar en Casos de Divorcio en el Derecho Español: la Superación del Derecho Positivo por la Práctica Jurisprudencial”, en Actualidad Jurídica Iberoamericana, N° 3 bis, noviembre 2015.

De Verda Y Veamonte, J., “Qué es lo que un Comunero Puede y no Puede Hacer, Vigente La Comunidad de Bienes”, en Actualidad Jurídica Iberoamericana, N° 2, febrero 2015.

De Verda y Beamonte, J., “La Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana”, en Revista *Iuris Tantum*, Revista Boliviana de Derecho, N° 19, 2015.

De Verda y Beamonte, J., “La Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares en España”, Revista *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 ter, julio 2016.

De Verda y Beamonte, J., “¿Qué es lo que queda de las Legislaciones Autonómicas sobre las Uniones de Hecho?”, en Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5, agosto 2016.

De La Maza, I., “Caridad a regañadientes y liberalismo culpógeno”, La Semana Jurídica, Thompson Reuter, semana del 04 al 08 de junio del 2012, N° 0.

De Los Mozos, J., “Protección jurídica de la familia. Dos cuestiones fundamentales”. Conferencia en la sesión inaugural del Foro de la Familia, Madrid, 7 de junio de 2002.

Del Águila Llanos, J., “Análisis Crítico del Concubinato y su Regulación en el Código Civil” en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 136, enero 2014, Lima.

Del Pico, J., Derecho Matrimonial Chileno, Editorial Legalpublishing, Santiago, 2010.

Del Pico, J., “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la Reforma del Derecho Matrimonial chileno”, *Revista IUS ET PRAXIS*, Año 17, N° 1, 2011.

Del Pico, J., “El acuerdo de unión civil: concepto, elementos y efectos del régimen civil de las uniones afectivas de convivencia en la Ley N° 20.830”, en *Revista de Derecho de Familia*, Volúmen I, N° 9, 2016.

Del Picó, J., “*Matrimonio y Acuerdo de Unión Civil: apreciación Comparada Centrada en la Diferencia de los Fines*”, en *Estudios de Derecho Familiar I*, Lepin C. y Gomez De la Torre, M. (coords.), editorial Thompson Reuters - La Ley, Santiago, 2016.

De Sousa Santos, B., “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad” en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, editores B. de Sousa Santos y J. Exeni Rodríguez, 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, La Paz, 2012.

De Villamor, E., “El Elemento Valorativo en la Interpretación Del Derecho”, Ediciones Universidad de Extraemadura, 2001.

Diago, M., “Los Pactos o Capitulaciones en el Derecho Internacional Privado”, en *Matrimonio y Estudio de Ley. Estudios de Derecho Internacional Privado*, compilador Carrascosa González J., Zaragoza, 1999, Granada, 2000.

Díaz, E., “Teoría General del Estado de Derech”o, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 131, 1963, p. 29.

Diez Picazo, L., “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia”, en *Familia y Derecho*, 1984.

Díez Picazo, L., “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar



*y de los principios constitucionales del Derecho de familia*” en “Convenios reguladores de las crisis matrimoniales” (Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2a edición 1989).

Diez Picazo, L., “Notas Sobre la Renuncia a los Derechos Fundamentales”, en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 45, 2001.

Diez Picazo, L., et alii, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV Tomo I, Undécima Edición, Madrid, 2012.

Domínguez, C. y Domínguez, R., “Lo que la Jurisprudencia se llevó”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 189, año LIX, Ene – Jun ,1991.

Domínguez Benavente, R. y Domínguez Aguila, R., *Derecho Sucesorio*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica, 1998.

Domínguez Hidalgo, C., “Los Principios que Informan el Derecho de Familia Chileno: su formulación clásica y su revisión moderna” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm. 2, 2005.

Domínguez Hidalgo, C., El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto, en *Cuadernos de Extensión Jurídica 11* (Universidad de los Andes, Sección Estudios, 2005).

Domínguez, C., “El acuerdo de vida en pareja y sus fundamentos: necesidad de un debate serio”, Publicado en: *La Semana Jurídica*, Volumen 0, p.3, Cita Online: CL/DOC/4012/2012.

Dougnac, A., *Esquemas del Derecho de Familia Indiano*, Ediciones del Instituto de Historia de Derecho Indiano Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago, 2003.

Dworkin, R., *Los Derechos En Serio*, Trad. M. Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

Ehrlich, E., “La sociología del diritto”, *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1992.

Espada, S., “El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España”, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N° 12, Julio 2009.

Espada, S., “¿Compensación de índole económica basada en la equidad o atribución derechos sucesorios al conviviente sobreviviente?”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, No 20, 2013.

Espada Mallorquín, S., “La autonomía de la voluntad en las convivencias more uxorio: una visión crítica de los acuerdos de unión civil”, en *Revista de Derecho de Familia*, Nro 9, Volúmen I – 2016.

Ezquerro Ubero, J., et alii., “Las Uniones de Hecho como Sujeto en las Políticas Familiares de la España de las Autonomías”, *Fundación BBVA, Informe Sociedad y Economía*, 2007.

Espín D., *El Consentimiento Matrimonial y La Simulación*, en *Hominum Causa Omne Ius Constitutum Est*, escritos sobre el Matrimonio, (coord.) J. Castan et alii. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000.

Estruch J., “La Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana”, publicado en *Revista de Derecho Civil Valenciano, Derecho de familia y sucesiones*, 2008.

Falcón y Tella, M., *Equidad, Derecho y Justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

Fernández Soto, C., “*El régimen económico matrimonial de separación de bienes en Cataluña*”, en *Actualidad Civil*, N° 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 May. 2006.

Ferrajoli, L. “Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011).

Ferrer, A., “Noción y Características del Delito de bigamia”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo I, fasc./mes 1, 1948.

Ferrer Ortiz J., “Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: la evolución de la legislación española”, en Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 2, 2011.

Ferrer, F., “Sucesión del Conviviente”, en DFyP, 2017.

Ferrer I Riba, J., “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, Revista In Dret, N° 4, 2001.

Figuroa Yáñez, G., *Persona, Pareja y Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

Figuroa, G., *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

Figuroa Yáñez, G., “El Pacto de Convivencia: Una Alternativa al Pacto de Matrimonio” en Estudios de Derecho Civil, Editorial Legalpublishing, 2005.

Flaquer, L. “La familia en la sociedad del siglo XXI”, n.º 117 de los Papers de la Fundació, Barcelona: Fundació Rafael Campalans, 1996.

Francavilla D., “Las reformas en el derecho de familia de India: el matrimonio de niños entre derecho hindú tradicional e intervención estatal”, en Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, N° 23, julio – diciembre de 2012.

Fresnedo de Aguirre, C., “Uniones Matrimoniales y no Matrimoniales. su Continuidad Jurídica a través de las Fronteras”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número conmemorativo, sexagésimo aniversario.

Friedman, Lawrence M., Breve Historia del Derecho Estadounidense, Documento Electrónico.

Fueyo Laneri, F., Derecho Civil, Tomo Sexto, Derecho de Familia, Volumen II, Editorial Imp. y Lito. Universo S.A., Santiago, 1959.

Fueyo Laneri, F., “Problemática General del Régimen Patrimonial de Matrimonio”, publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1985.

Gacto Fernández, Enrique, “Sobre el Modelo Jurídico de la Familia en el siglo XIX”, en Revista Historia, Documentos e Instituciones, N° 25, 1998.

Gacto Fernández E., “El Marco Jurídico de la Familia Castellana. Edad Moderna”, en Historia, instituciones, Documentos, 11, 1984.

Gallego Domínguez, I., “Las uniones de hecho y la subrogación arrendaticia *mortis causa* en el Derecho italiano”, Revista Opinión y Derecho, 1994,

Gallego Domínguez, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España. Centro de estudios registrales, Madrid, 1995.

Gallego Dominguez, I., *Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas*, en Derecho de Daños. Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil, D. Bello Janeiro coord., Editorial Reus, 2009.

García- Gallo, A., *Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho. Manual de Historia del Derecho Español II*, segunda edición, Madrid, 1964.

García-Gallo, A., *Metodología de la Historia del Derecho indiano*, Santiago de Chile, 1970.

García Cantero, G., *Familia y Constitución*, en El desarrollo de la Constitución española de 1978, LA LEY (2500/1978) Zaragoza, Libros Pórtico Zaragoza, 1982.

García Cantero, G., “Nacimiento, desarrollo e importancia actual del Derecho Comparado”, Sección Crónica, 2000, Ref. IV, tomo 1, Editorial LA LEY.

García Cantero, G., “Familia, Matrimonio y "Uniones de Hecho" (en el Documento de 26 de Julio 2000, del Consejo Pontificio para la Familia)”, en Revista Verbo de formación cívica y de acción cultural, según derecho natural y cristiano, 2001.

García Cantero, G., “Vértigo ante el abismo”, en Revista Chilena de Derecho de Familia 1, 04/01/2010.

García-Hervás, D., “Panorámica Legislativa sobre Uniones de Hecho”, publicada en Revista IUS CANONICUM, XLI, N. 81, 2001.

García Rubio, M., *Alimentos entre Conyúges y entre Convivientes de hecho*”, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

García Rubio, M., “ Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, publicado en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N°. 10, 2006.

Garcimartin Montero, M., El Sistema Matrimonial en Estados Unidos, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

García Rubio, M. Acuerdos prematrimoniales. “De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de Familia”, SEGONA PONÈNCIA LES RELACIONS ECONÒMIQUES EN LA CRISI FAMILIAR, XIII Jornades de Dret Catalá A Tossa.

Garrido, M., *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo III, 2010.

Gaspar, S., “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, en Anuario de Derecho Civil - Núm. LXIV-III, Julio 2011.

Gaudemet J., *El Matrimonio en Occidente*, Traducción de Berberan y Trapero, Editorial Taurus, Madrid, 1993.

Gavidia, J., *La Unión Libre (El Marco Constitucional y la Situación del Conviviente Superstite)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

Gavidia, J., “La libertad de elección entre Matrimonio y Unión Libre”, publicado en Derecho Privado y Constitución, N° 12, 1998.

Gavidia, J., “*¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?*”, en Revista Jurídica del Notariado, N° 32, 1999.

Gavidia, J., “Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales”, publicado en revista doctrinal Aranzadi, N° 1, 2002.

Gavidia, J., “*La unión libre: familia, no matrimonio*”, Diario La Ley, N° 6038, Sección Doctrina, 11 jun. 2004, Año XXV, Ref. D-131.

Gavidia, J., “Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales”, publicado en Diario La Ley, N° 6512, Sección Doctrina, 26 junio, 2006.

Geny, F., *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Hijo de Reus editores, Madrid, 1902.

Gete-Alonso y Calera, M., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, volúmen I, Madrid 1984.

Gete-Alonso y Calera, M. et alii, *Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia*, en *Derecho de Sucesiones: Presente y Futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006.

Gete-Alonso y Calera, M., “Condición civil de la persona y género”, *Actualidad Civil*, N° 11, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Jun. 2008, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 16935/2008.

Gete-Alonso y Calera M. y Solé Resina J., “Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)”, *Estudios Monográficos en Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014.

Giampetraglia, R., “La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: “El pacto de familia”, *ADC*, tomo LXVII, 2014, fasc. IV.

Giddens, A., *La Transformación de la Intimidad: Sexualidad, Amor y Erotismo en las Sociedades Modernas*, Segunda Edición, Ediciones Catedra Teorema, Madrid, 1998.

Gitrama González, M., “Notas sobre la Problemática Jurídica de la Pareja No Casada”, en *Libro de Homenaje al profesor José Beltrán De Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca y Departamento de Derecho Civil, 1984.

Giusti, M., *Los Derechos Humanos en un contexto intercultural*, en *Organización de Estados Iberoamericano*.

Glendon, M. Ann, *Derecho y Familia*, capítulos 1 y 7 del Libro *The Transformation of Family Law* (The University of Chicago Press, 1989), traducido por Estudios Públicos, en *Estudios Públicos* 76, primavera 1999.

Goldenberg J., “Una propuesta de reconstrucción del sentido original del estado civil en el Código Civil chileno”, en Revista de estudios históricos jurídicos, N°.39, Valparaíso, 2017.

González M., “*El periodo Colonial y su Legado*” en la obra colectiva *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, coord. H. Fix-Fierro et alii coordinadores, UNAM, México, 2014.

González Martin, N., “Modelos Familiares ante el Nuevo Orden Jurídico: Una Aproximación Casuística”, en la obra colectiva *Las Familias del siglo XXI: Una mirada desde el Derecho*, primera edición, editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2012.

González, M., *Comentario al artículo 392 del Código Civil Español*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2°.

González Porras, J., “La familia sin matrimonio (notas a propósito de dos Proyectos de Ley italianos sobre la familia de hecho)”, en *Actualidad Civil*, 1990-3, XXXI.

Grimaldi, M., “El pacto civil de solidaridad en el derecho francés”, publicado en *Revista Chilena de Derecho Privado* 3, 01/07/2004, 69, en plataforma Thomson Reuters La Ley, cita CL/DOC/3451/2011.

Grossi, P., *La Primera Lección de Derecho*, trad. De Clara Álvarez, Editorial Marcial Pons, 2006.

Grosman C. et al., “La Familia Ensamblada distintos aspectos de la relación entre uno de los integrantes de la pareja y los hijos del otro” en *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas* actas del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Vol. 4, 1998.

Guamán Poma de Ayala, F., *Nueva Crónica y Buen gobierno*, II.



Harris, O., “Complementariedad y conflicto: Una visión andina del hombre y la mujer”, en Allpanchis, año 21, N° 25, 1985.

Guastini, R., “Interpretación y Construcción Jurídica”, en Revista Isonomia, N° 43, Octubre, 2015.

Guitrón, J., “La Vivienda y el Patrimonio Familiar en México” en Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015.

Gurvitch, G., *Elementos de la Sociología Jurídica*, Trad. José Cajica, Editorial José Cajica, Puebla, México, 1970.

Guzmán Brito, A., *Andrés Bello Codificador Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile*, Tomo I, ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982.

Guzmán Brito, A., “El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N°1, 1992.

Guzmán Brito, A., “*El Fundamento de Validez de la Costumbre como Fuente de Derecho*”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 22 N° 3, 1995.

Guzmán Brito A., *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.

Guzmán Brito, A., “La Influencia del Código Civil Francés en la Codificación Americana”, en *De la Codificación a la Descodificación*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2005.

Guzmán Brito, A., “El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el derecho chileno”, en *Estudios Dogmáticos de Derecho Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005.

Guzmán Brito A., Derecho Privado Romano, Tomo I, segunda edición, Editorial Legalpublishing, Chile, 2013.

Gúzman Brito, A., “El derecho público y el derecho privado”, Revista Persona y Derecho, Vol. 72, 2015, N°1.

Haberle, P., “Aspectos Constitucionales de la Identidad Cultural”, traducido por Juan José Palá, en Revista Derechos y Libertades Número 14, Época n, enero 2006.

Habermas, J., ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la Legalidad?, Revista Doxa N°5, 1988.

Habermas, J., El futuro de la naturaleza humana, ¿Hacia una Eugenesia Liberal?, Traducido por R.S. Carbó, Editorial Paidós, Barcelona, 2002.

Hayek F. A, Derecho, Legislación y Libertad, volumen III, Unión Editorial, 2008.

Hernández G., “Uniones afectivo – sexuales y Matrimonio entre personas del mismo sexo en Estado democrático de Derecho”, en Estudios de Derecho Civil III, Legalpublishing, Santiago, 2008.

Hernández, G., “Evolución y caracterización de los regímenes patrimoniales del matrimonio en el derecho chileno”, publicado en Leyes y Sentencias, 2009.

Hernández, G., *Familia y Derechos Humanos en el Ordenamiento Chileno*, en Revista de Derecho de Familia, Volumen III - 2016, N° 3, 2016.

Herrera, M., et alii, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2015.

Hinestrosa F., “Codificación, descodificación y recodificación”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014.

Hobbes, T., Leviatán, traducido por Carlos Mellizo, Editorial Altaya, Barcelona, 1994.

Hunt, L. “Respuesta al punto de vista de la cuestión de la historia de los derechos humanos”, traducido por Vanina Fiszbein, en Revista Latinoamericana de Derecho Internacional (LADI) Nro. 6., 2017.

Imolesi M., “Haciendo y deshaciendo parientes en los Andes coloniales. Algunas reflexiones en torno al parentesco espiritual”, en II Simposio Internacional sobre Religiosidad, Cultura y Poder Museo Roca, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25 al 27 de agosto de 2010.

Kelsen, H., *La Teoría Pura del Derecho*, traducción por R. Vernengo, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie G: Estudios Doctrinales 20, México, 1982.

Kant I., Fundamentación de la metafísica de las costumbres, traducido por Manuel García Morente, Edición Pedro Rosario Barbosa, Puerto Rico, 2007.

Kemelmajer, A. “ Los Dilemas de la Responsabilidad Civil”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N° 4, Sección Estudios, 2001.

Kemelmajer, A., “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino” en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. M. Graham et alii. editores, Infojus Sistema Argentino de Información Jurídica, 2014.

Kemelmajer, A., “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de octubre de 2014”, en Revista de Derecho de Familia, Nro. 4, Volumen IV, 2014.

Kemelmajer, A., “Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código Civil y Comercial argentino”, en Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015.

Konig, R. La Familia en Nuestro Tiempo, Una Comparación Intercultural, traducido por José Almaraz, Editorial Siglo XXI S.A., Madrid, 1974.

Krasnov, A., “El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino”, en Revista de Derecho Privado Externado, N° 17, 2009.

Krotz, E., *Sociedades, Conflictos, Cultura y Derecho desde una Perspectiva Antropológica, en Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho*, E. Krotz (coord.), Editorial Anthropos, 2002.

Krotz, E., “La fundamentación de la idea de los derechos humanos en contextos multiculturales”, en revista ALTERIDADES, 18(35), 2008.

Lacruz Berdejo, J., et alii, *Elementos de Derecho Civil I*, parte General del Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

Lacruz Berdejo, J., “Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar”, en La Ley 1982-3.

Lacruz Berdejo, J. et alii., *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, Segunda Edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

Lacruz Berdejo, J., et alii, *Derecho de Familia*, en *Elementos de Derecho Civil IV*, Tercera Edición, Volumen Primero, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.

Larrauri Torroella, R., “Enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho contemporánea”, en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 4, número 7, 2006.

Lathrop, F., “Modificaciones en Materia de Bienes Familiares”, en *Leyes y Sentencias*, 2009.

Lathrop, F., “Notas sobre el debate legislativo del acuerdo de vida en pareja”, publicado en *La Semana Jurídica* , Volúmen 92 , p. 3 , Cita Online: CL/DOC/466/2014.

Lathrop, F., “Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, 2017.

Legaz Lacambra, L., “El Estado de Derecho”, en *Revista de Administración Pública*, N°6, 1951.

León Hurtado, A., “El valor de la Jurisprudencia”, publicado en: *Gaceta Jurídica*, Volumen 9, N° 9, Año 1977, p. 1, Cita Online: CL/DOC/1862/2011.

Lepin, C., “La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica”, *Revista Ius et Praxis*, N° Año 18, N° 1, Año 2012.

Lepin, C., “Los Nuevos Principios del Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, 2014.

Lepin, C., “Reflexiones en Torno a los Efectos del Acuerdo de Unión Civil”, en *Estudios de Derecho Familiar I*, Thompson Reuters - La Ley, Lepin, C. y Gomez De La Torre, M., coord., Santiago, 2016.

Lepin, C. et alii, “Familia y Constitución”, Publicado en: *Revista de Derecho de Familia*, Volumen III - 2016, N° 3, Año 2016, Cita Online: CL/DOC/615/2017.

Letelier, V., *Génesis del Derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 1967.

Levaggi A., “La Protección de los Naturales por el Estado Argentino (1810-1950): El problema de la Capacidad”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, N° 16, 1990-91.

Levaggi, A., “Notas sobre las vigencias de los derechos indígenas y la doctrina indiana” en *Revista Complutense de Historia de América*, 17, 79-91, Edit. Univer. Complutense, 1991.

Levy – Bruhl, H., *Sociología del Derecho*, traducida por Miriam De Winizky, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Paris, 1961.

Lévi – Strauss, C., *Las Estructuras Elementales del Parentesco*, Edición Paidós Ibérica, España, 1969.

Llebaría Samper, S., “La sucesión intestada del conviviente homosexual. Comentario a y desde la STSJ Cataluña 9.3.2009”, en *Revista In Dret* 3/2009.

Lledó Yagüe, F. et alii, *Concepto y Fundamento de la Obligación Legal de Alimentos entre Parientes*, en Cuaderno Teórico Bolonia III. Derecho de Familia. Editorial Dykinson, Madrid, 2012.

Llovera, J., *Tratado de Sociología*, Editorial Fides, Madrid, 1823.

López Burniol, J., “Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales”, en “Convenios reguladores de las crisis matrimoniales” (Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2a edición 1989).

López Azcona, A., “Aspectos Jurídicos de la Ruptura de las Parejas de Hecho”, publicado en actas del duodécimo encuentro del foro de derecho aragonés, Zaragoza – Huesca, 2002.

Lorenzo-Rego, I., “Hacia la codificación de la pareja estable “, en *Actualidad Civil*, Nº 19, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 nov. 2010, tomo 2, Editorial LA LEY.

Luhmann, N., *El Derecho de la Sociedad*, traducción de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, 2005.

Luna Serrano, A., “*Unas Breves Reflexiones para la Reforma del Derecho Sucesorio en el Contexto de la Actual Realidad Social*”, en *El Patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un Debate Reformista*, Lledó Yagüe, F. et alii coords., Editorial Dyckinson, 2014.

Magro, V., “*¿Parejas de hecho o de derecho? (Sobre la proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil que se está tramitando en el Parlamento)*”, publicado en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-67, tomo 1.

Malaspina, J., “El Parentesco por Afinidad”, *Revista Derecho de Familia*, N° 1, 1990.

Mamani, M., “Kirkir Warmi: identidad y rol de la mujer aymara en el desarrollo musical del norte chileno”, en *Revista Musical Chilena*, Año LXIV, enero-junio, N° 213, 2010.

Martin Casals, M. y Ribot, J., “Daños en Derecho de Familia: Un Paso Adelante, Dos Atrás”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° LXIV-II, abril, 2011.

Martin Casal, M., “El derecho a la “convivencia anómica en pareja: ¿un nuevo derecho fundamental?””, *InDret*, 3/2013.

Martínez De Aguirre C., “Las Uniones de Hecho: Derecho Aplicable”, en *Diario LA LEY*, *Actualidad Civil*, N°36, 1999.

Martínez de Aguirre, C., “El nuevo matrimonio civil», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*”, en *Estudios de derecho Judicial* N° 130, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

Martínez De Aguirre, C. “Nuevos Modelos de Familia: La Respuesta Legal”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 64 Numero 163, 2007.

Martínez De Aguirre C. et alii, *Curso de Derecho Civil*, volumen IV Derecho de Familia, Tercera Edición, Editorial Constitución y Leyes S.A (Colex), Madrid, 2011.

Martínez de Bingas, A., *Los Pueblos indígenas y el Discurso de los Derechos Humanos*, en Cuadernos Deustos de Derechos Humanos, N° 24, Bilbao, 2003.

Martínez Gallego, E., “Compensación patrimonial por ruptura de uniones de hecho”, publicado en Actualidad Civil, N° 20, Sección Informe de Jurisprudencia, tomo 2, Editorial LA LEY, Quincena del 16 al 30 nov. 2007.

Martínez Dalmau, R., “Problemas actuales sobre la interpretación Constitucionales de los derechos”, en IUS Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. año X, N°. 37 enero-junio de 2016.

Martinić, M., *El Concubinato y Figuras Afines: Un caso de Marginalidad Jurídica, en Familia y Persona*, coordinado por E. Barros B., Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1991.

Marzal, M., *La Transformación Religiosa Peruana*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1983.

Mata, J., “Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? Análisis de la normativa autonómica”, en Acciones e Investigaciones Sociales, (14), febrero, 2002.

Mayer, Enrique y Bolton, Ralph compiladores *Parentesco y matrimonio en los Andes*, Lima, Pontificia Universidad Católica/Fondo Editorial, 1977.

Mazeaud H. et alii., *Lecciones de Derecho Civil*, Parte I, Tomo IV, Traducido por L. Alcalá Zamora, Editorial Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1959.

Mazzinghi, J., *Derecho de familia*, tomo I., 3ª edición, Buenos Aires, 1995.

Medina, G., “Orden Público en el Derecho de Familia”, La Ley, año LXXIX, N° 212, 2015.



Medina, G., “*Orden Público Familiar*”, Revista de Derecho de Familia, Volúmen II - 2016, p. 89. Cita Online: CL/DOC/1755/2016.

Medina, G., “Principios del Derecho de Familia”, en Revista de Derecho de Familia, Volumen IV - 2016, N° 4, Año 2016. Westlaw Chile cita Online: CL/DOC/547/2017.

Medina, G., *Daños en el Derecho de Familia*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2008.

Merryman, J. y Pérez-Perdomo, R., *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 2007.

Mesa Marrero C., “Las Uniones de Hecho: Análisis de las Relaciones Económicas y Sus Efectos”, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

Molina, M., “*Las uniones convivenciales en el derecho proyectado argentino ¿Será lo mismo casarse que no casarse?*”, LUMEN Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, N° 9, 2013.

Moliner, R., “La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano, Presupuestos, principios y constitucionalidad”, en pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín, M. Atienza y Navarro, R. coords., Valencia, 2009, SPUV.

Montalvo, J., “Concepto de Orden Público en las Democracias Contemporáneas”, RJUAM, N° 22, 2010-II.

Montes, M., “El Régimen de Separación de Bienes en la LREMV”, en Revista Boliviana de Derecho, N° 17, 2014.

Moreno, V., “La analogía iuris como forma de aplicación de la pensión por desequilibrio a las parejas de hecho” en Diario La Ley, N° 7122, Sección Tribuna, 25 de febrero de 2009, Año XXX, Ref. D-67, Editorial LA LEY.

Moreno-Torres, M. “La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho”, en Indret Revista para el análisis del Derecho, N°4, 2015.

Morgan, P., Marriage-Lite. The Rise of Cohabitation an its Consequences, London, Institute for the Study of Civil Society, 2000.

Murra J., *La Organización Económica del Estado Inca*, traducido por D. Wagner, Siglo XXI editores, México, 1987.

Nash Rojas, C., “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX, Bogotá, 2013.

Nash, C., “Ley de matrimonio civil y Derechos humanos: Una década después”, en Revista de Derecho de Familia Volumen III - 2014, 03/11/2014, 51, en plataforma Thomson Reuters La Ley, cita CL/DOC/1776/2014.

Nash, C. et alii, “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile”, en Revista Estudios Constitucionales, Año 15, No 1, 2017.

Navarro Valls, R., “Las Uniones de Hecho en el Derecho Comparado: Problemas y Perspectivas” en Uniones de Hecho Coord. Martinell j. et alii, Ediciones de la Universidad de Lleida, 1998.

Navarro Valls, R., “El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses”, en Revista de Derecho Privado. 1998.

Navarro Valls, R., “El retorno del matrimonio”, en *Anales de la RAJL*, 29, 1999.

Navarro Valls, R., El Matrimonio Institucional en dos recientes leyes estadounidenses, en la obra colectiva *Hominum causa omne ius constitutum est*, J. Castan V. et alii (coord.), Editorial Universidad Pontificia Comillas, España, 2000.

Nino, S., *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989.

Noemi Krasnov A., “El Derecho de Familia en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 No 1, 2014.

Novales Alquézar, A., “La Compensación Económica como Derecho de Familia Matrimonial ¿Cuál es el Objeto de la Compensación?”, publicado en *Revista Chilena de Derecho de Familia* 1, 04/1/2010.

Núñez, M., *Invitación al Estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile Republicano, en Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010.

Ojeda De La Peña, N., “Las Uniones Libres o Consensuales en la Frontera Norte de México”, en *Revista Estudios Demográficos y Urbanos*, volumen 28, número 3(84), septiembre-diciembre, 2013.

Ollero, A., *Derechos Humanos entre la Moral y el Derecho*, Serie Doctrina Jurídica N° 372, México, 2007.

Orlandis, J., *La vida cristiana en el siglo XXI*, Editorial Rialp, Madrid, 2001.

Panero P., “El Concubinato Romano como Antecedente de las Actuales Parejas de Hecho”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre, año 2010.

Pantaleón Prieto, F., "Régimen jurídico civil de las uniones de hecho", en "Uniones de Hecho", eds. Martinell, J. et al., Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida, 1998.

Parra Lucán, M., "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", Diario la Ley, nº 7675, 18 de julio de 2011.

Parker, S., "The Marriage Act 1753: A Case Study in Family Law-Making", 1987.

Parra Martín M., "Mujer y Concubinato en la Sociedad Romana", publicado en Anales de Derecho, Universidad de Murcia. Nº 23, 2005.

Párraga de Esparza, M., "Las uniones estables de hecho en la constitución venezolana de 1999", Revista Cuestiones Jurídicas, Vol. II, Nº 1 enero – Junio, 2008.

Parra Lucán, M., "Reflexiones sobre Algunas Tendencias en Instituciones y Relaciones del Derecho de la Persona y de la Familia", en Anales de la Facultad de Derecho, Nº 19, 2002.

Pastor Álvarez, M., *El Deber de Contribución a las Cargas Familiares Constante Matrimonio*, Editorial Universidad de Murcia, 1998.

Peces-Barba, G. *Libertad, poder, socialismo*. 1a edición. Ed. Cívitas. Madrid, 1.978.

Peñailillo, D., "El enriquecimiento sin causa. Principio de Derecho y fuente de obligaciones", publicado en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Nº 200, año LXIV (Jul – Dic 1996).

Perelman, C., *De la Justicia*, traducido por Ricardo Guerra, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1964.

Pérez Martín, A., Tratado de Derecho de Familia, Vol. 2, Regímenes *Económicos Matrimoniales, Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Editorial Lex Nova, 2009.

Pérez-Perdomo, R., “El Derecho Comparado y la Comparación de Culturas Jurídicas. Una Perspectiva Latinoamericana”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 146, mayo-agosto de 2016.

Petit, E., Tratado de Derecho Romano, traducido por J. Ferrandez, 23ª Edición, Editorial Porrúa, México.

Pérez Escolar, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson. Madrid, 2003.

Pérez Escolar, M., “Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003”, en Actualidad Civil, N° 7, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Abril, 2004.

Pinochet, R. y Ravestall I., “*El principio de mínima intervención del Estado en los Asuntos Familiares en los Sistemas normativos chileno y español*”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV (Valparaíso, Chile, primer semestre de 2015).

Pinto, M., “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Archivo de la biblioteca electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pizarro Wilson, C., “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado 3, 01/07/2004, 83.

Platón, Las Leyes, Epinomis, El Político, Editorial Porrúa, México, 1998.

Pothier J., Tratado del Contrato de Matrimonio, traducido por M. Noguera y F. Carles, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1846.

Presno Linera, M., El Derecho Europeo de Familia, Aranzadi, 2008.

Prieto Sanchis, L., “Política Legislativa, Técnica Legislativa y Codificación en los Albores del Siglo XXI”, en Anuario de Historia del Derecho Español, Nº 82, 2012.

Prieto Sanchis, L., “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (a propósito de “el derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, en anuario de filosofía del Derecho xiii (1996).

Puig Ferriol L., “Constitución y Protección de la familia”, en Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Furió Ceriol, Nº 40, 2002.

Puig Peña, F., “Las Uniones maritales de Hecho”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

Ragel, L. F., *Derecho civil, II Derecho de familia y sucesiones, tomo 1, Derecho de familia*, Cáceres, 1995.

Ragel, L., “Denegación de Indemnización del Daño Moral causado por infidelidad matrimonial”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Nº 52, 2000.

Ramón Cossio, J., “Concubinato, Analogía y Justicia Familiar bajo la Constitución”, en Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Nº 28, 2008.

Rams Albesa, J., *La Sociedad de Gananciales*, Madrid, 1992.

Rams Albesa, J. y Moreno, J., *El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil, especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2006.

Rams, J., *La Autonomía de la Voluntad en las Relaciones Jurídicas Matrimoniales*, en *Autonomía de la Voluntad y Negocios Jurídicos de Familia*, Editorial Dyckinson, Madrid, 2010.

Ramos, R., *Derecho de Familia*, Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, 2005.

Reale, M., *Introducción al Derecho*, Edición pirámide, Madrid, 1993.

Rebolledo, R., “El Amancebamiento como falta al Sistema Incipiente de Disciplinamiento Social: Talca en la Segunda mitad del Siglo XVIII”, en *Revista Atenea* 491, I semestre, 2005.

Reina, V., “*Uniones de Hecho: Perspectiva Histórica*”, en *Uniones de Hecho*, coord. J. Martinell et alii, Ediciones de la Universitat de Lleida, 1998.

Recasens Siches, L, *Sociología*, Editorial Porrúa, México, 1960.

Reyes Calvo, A., *Madurez de la Persona y Capacidad Jurídica para el Matrimonio*, en *Hominum Causa Omne Ius Constitutum Est*, escritos sobre el Matrimonio, (coord.) J. Castan et alii. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000.

Rioseco, A., “Acuerdo de Unión Civil. ¿Regulación Patrimonial en Perjuicio de las Parejas de Hecho?”, en *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*, Hernández, G. y Tapia, M. coord., Editorial La Ley, Santiago, 2016.

Rivero, F., “Comentario a la sentencia de 29 de octubre de 1997”, en *CCJC*, t. 46, enero - marzo de 1998.

Ribot, j., “El Fundamento de la Obligación Legal de Alimentos entre Parientes”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° LI-3, 1998.

Robichaux, D., *Familia y diversidad en América Latina*, en Familia y diversidad en América Latina: estudios de casos, David Robichaux compilador, CLACSO, Buenos Aires, 2007.

Robles, J. y Tovar Y., *Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una Introducción a los Critical Legal Studies*, en Serie Estudios Jurídicos N° 300 del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016.

Roca Trias, E., *Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia*, Tomo I (artículos 90-101), Madrid, 1984.

Roca Trias, E., “Familia y Constitución”, publicado en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N°. 10, 2006.

Roca Trías. E., “La Poscodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta”, en Anuario de Historia de Derecho español, N° 82, 2012.

Rodríguez, P., *Instituciones de Derecho Sucesorio*, Volumen I, Tercera Edición, Editorial Jurídica, 2002.

Rodríguez Guitián, A., “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, en Revista de Derecho Patrimonial, N°10, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.

Rodríguez Llamas, S., “*La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Análisis doctrinal y jurisprudencial*” en Diario La Ley, N° 7449, Sección Doctrina, 20 de Julio de 2010, Año XXXI, Ref. D-239, Editorial LA LEY.

Rojina, *Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Persona y Familia*, Editorial Porrúa, México, 1979.



Roman García, A., “Eficacia de los regímenes económicos matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos” en *“Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez”*, Llamas Pombo, E. Coord., edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, diciembre 2006.

Ross, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Rossel S., E., *Manual del Derecho de la Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965.

Roudinesco, E., *La Familia en Desorden*, traducido por Horacio Pons, Editorial Fondo de la Cultura Económica, Buenos Aires, 2010.

Rusell, B., *Matrimonio y Moral*, traducido por Manuel Azaña, Ediciones Cátedra, Madrid, 2001.

Ruz, G., *Explicaciones de Derecho Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot- Legal Publishing, Santiago, 2014.

Salinas, C., *El Influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2006.

Sambrizzi, E. , “Efectos del Cese de la Unión Convivencial” , en LA LEY, 17/10/2017.

Sánchez Botero, E., *Peritaje Antropológico. Justicia en Clave Cultural*. Deutsche Gesellschaft für. Bogotá, 2010.

Sánchez- Castañeda, Alfredo, “Los Orígenes del Pluralismo Jurídico”, en *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad* coord. Oscar Alba, Editado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia.

Sánchez M., “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, publicado en Revista Española de Derecho Constitucional N° 58 Año 20, enero-abril, 2000.

Sánchez, M., “Constitución y Parejas de Hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, N° 58, enero-abril 2000.

Sancho, L., “El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción (comentario a la STS de 30 de julio de 1999)”, Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, N°11 (abril), 2001.

Santiago A., “El Concepto de Bien Común en el Sistema Constitucional Argentino. El Personalismo solidario como Techo Ideológico de Nuestra Constitución”, en Revista Colección Año VII, N° 12.

Savigny, F., Sistema de Derecho Romano Actual, traducido al castellano por J. Mesia y M. Poley, Editorial F. Góngora y Compañía Editorial, Madrid 1878.

Savigny K., *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, Traducido por A. Posadas, La España Moderna, Madrid.

Scherpe, J., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino. Equidad, libertad y “elementos extranjeros”, en Revista In Dret, N° 2, 2012.

Schmidt, C., “Los sistemas económicos del matrimonio”, publicado en Gaceta Jurídica, N° 182, Volumen 182, Año 1995.

Schulz F., *Derecho Romano Clásico*, Editorial Casa Bosch, Barcelona, 1960.

Scheechler, C., “El cónyuge y el conviviente en el código penal chileno: perspectivas de un tratamiento (dispar) desde la ley de violencia intrafamiliar”, publicado en: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° Año 2, N° 11, Año 2012.

Scott, J., *Los Dominados y el Arte de la Resistencia*, Discursos Ocultos, traducción de J. Aguilar, Editorial ERA, México, 2000.

Serrano, J., “Matrimonio, Pareja Estable no Casada y Derecho de Sucesiones”, en *Revista Aequalitas*, N°2, 1999.

Severin, G., “Indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio” en *Estudios de Derecho Civil*, Volúmen 3, 2011.

Severín, G., "Lo mejor de tu vida me lo he llevado yo". Revisión y propuesta sobre el fundamento de la compensación económica en la ley de matrimonio civil”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, vol. 1, 2017.

Solé, J., “Comentari a la llei 10/1998, de 15 de juliol (LA LEY 3241/1998), d’unions estables de parellas I i II, La Llei de Catalunya”, en *Revista Jurídica General i de Jurisprudencia*, N° 224 Y 225, 1998.

Solé, J., *Derecho de la Persona Vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Solé, J., “Las otras formas de convivencia de ayuda mutua”, *Revista La Notaria*, 150 anys, 1858-2008, vol. 2, 2008.

Solé, J., “La situación de la mujer y los menores de edad en el Derecho civil de la época (el 1977), *30 años de la Ley de Amnistía (1977-2007)*, M. Espuny y Olga Paz coords. Dyckinson, Madrid, 2009.

Solé, J., “La quarta domèstica o crèdit de *participació reduït*. La nova formulació de la *compensació econòmica per raó del treball* al *Projecte de Llibre. II del Codi Civil de Catalunya*”, revista *In Dret*, abril, 2010.

Solé, J., “La regulación de la convivencia estable en pareja en el Libro II del Código Civil de Cataluña”, en *Actualidad Civil*, N° 13-14, 2012.

Solé, J., “La ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquin Rams Albesa, Matilde Cuenca et alii coords.*, Dykinson, 2013.

Solé, J., “La convivencia estable en pareja tras la STC 93/2013: de vuelta a la “unión libre”, *LA LEY Derecho de familia*, 12 de mayo del 2014, Editorial LA LEY 2823/2014.

Solé, J., “Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 2013 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013”. La constitucionalidad de las leyes autonómicas reguladoras de las uniones de hecho”, en *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, dir. Martínez Vázquez de Castro, Tirant lo Blanch, 2016.

Somarriva, M., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Nascimento, Santiago, 1963.

Sosa, E., “La Otredad: una Visión del Pensamiento latinoamericano Contemporáneo”, en *Revista Letras* Vol. 51.

Soto Kloss, E., “Constitución y Familia” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 N° 2., 1994.

Stavenhagen, R., *Derecho Internacional y derechos indígenas, en Derechos Humanos y Pueblos indígenas, Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*, editor Aylwin, J., Santiago, Instituto de Estudios Indígenas, 2004.

Stavenhagen, R., *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, en Antología Grandes Temas de la Antropología, 2006.

Stavenhagen, R., *Los Pueblos Indígenas y sus Derecho*, UNESCO, México, 2007.

Sumner, H., *El Derecho Antiguo*, Editado por Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893.

Talavera Fernández, P., *La unión de hecho y el derecho a no casarse* Editorial Comares, Granada, España, 2001.

Talavera, P., “Diálogo Intercultural y Universalidad de los Derechos Humanos”, en Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año V, N° 28, 2011.

Talavera Fernández, P., “El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo”, publicado en Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N° 20, 2007.

Tapia, M., “Constitucionalización del derecho de familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social”, en Revista Chilena de Derecho Privado N° 8, 2007.

Tapia, M., “Aproximación crítica a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales”, en: Vidal, A.; Severin, G. y mejías, C. editores, Estudios de Derecho Civil X, Thomson Reuters, Santiago.

Tapia M., “Regulación de las convivencias y la homosexualidad”, en Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Abeledo Perrot, 2011.

Tapia, M., “Decadencia y resurgimiento de los principios originales del Código Civil”, en Estudios de Derecho Civil, Volumen 2, 2011.

Tapia, M., “Regulación de las Convivencias y la Homosexualidad”, en Parejas Homosexuales. ¿ Unión Civil o Matrimonial?, coord. Gómez De La Torre, M., Legal Publishing, Santiago, 2013.

Tapia, M., “Contra la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento de Deberes Conyugales”, en Estudios de Derecho Familiar I, Lepin C. y Gomez De la Torre, M. (coords.), editorial Thompson Reuters - La Ley, Santiago, 2016.

Tau, V., “*El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*”, 2000.

Tau Anzoátegui V. *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho consuetudinario en América Hispana hasta la emancipación.* Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

Tena, I., “El régimen económico de separación de bienes en Aragón”, en LA LEY Derecho de familia, Nº 15, Tercer trimestre de 2017.

Therborn G., *Familias en el Mundo, Historia y Futuro en el Umbral del Siglo XXI, en Cambio de las Familias en el Marco de las Transformaciones Globales: Necesidad de Políticas Públicas Eficaces*, CEPAL, Santiago, 2004.

Tomas y Valiente F., *Manual de Historia del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2012.

Torres Lana, J. “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, en Revista Aranzadi Civil-Mercantil vol. II (Estudio), 1993.

Troplong M., *La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*, traducido por S. Cunchillos Manterola, Dedebe ediciones, Buenos Aires, 1947.

Troncoso H., Derecho de Familia, en Colección de Manuales, octava edición, Editorial LexisNexis, 2006, Santiago.

Turner, S. “Los Tribunales de Familia”. Publicado en revista Ius et Praxis, 2002, vol.8, n.2.

Turner, S., “Sentencia sobre los Efectos de la Terminación de una Unión More Uxorio y su Relación con un Régimen Patrimonial Matrimonial Vigente” en Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - diciembre 2005.

Turner S., “*La Unión de Hecho como Institución del Derecho de Familia y su Régimen de Efectos Personales*”, en Revista Ius et Praxis, año 16, No 1, 2010.

Turner S. y Zúñiga Y., “Sistematización Comparativa de la Regulación de la Familia en las Constituciones Latinoamericanas”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 20 N°2, 2013.

Turner, S., “El Acuerdo de Unión Civil: La Respuesta Legal para las Uniones de Hecho en Chile”, en Anuario de Derecho Público UDP, 2015.

Turner, S. “Las prestaciones entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil”, en Revista de Derecho, 2016.

Varas, J., “Uniones de Hecho y Derecho Sucesorio(Libertad para Testar para Solteros sin Hijos)”, en Revista de Derecho, Universidad Austral, vol.23 no.2, dic. 2010.

Vargas, D., Responsabilidad Civil en el Matrimonio, en Revista de Derecho de Familia, N° 3, 2017.

Varsi E., Tratado de Derecho de Familia, Tomo I, *Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2011.*

Vega Mere, Y., “Consideraciones Jurídicas sobre la Unión de Hecho (De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes)”, en *Revista Derecho y Sociedad*, N°19, 2002.

Veloso, P., “Nuevos Principios del Derecho de Familia en función, principalmente, de la Normativa Internacional que emana de los Tratados de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX* (Valparaíso, Chile, 1998).

Vergara Blanco, A., “Modelo y rol de jueces y juristas: ¿activistas? ¿Independientes?”, Publicado en: *La Semana Jurídica*, Volumen 103, Página 3, Cita Online: CL/DOC/840/2014.

Viladrich P., *La Familia*. Documento 40 ONG. Documento del instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Rialp, Madrid, 1994.

Viladrich P., “*La Familia Soberana*”, en *Revista Ius Canonicum*, N° 34, enero 1994.

Viñas, D., “Uniones Estables de Pareja, Regulación procesal y uso del domicilio”, publicado en *Revista In Dret*, *Revista para el análisis del Derecho*, 1/2007.

Vidal Olivares, A., “La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial”, publicado en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI*, segundo semestre 2008.

Villagrasa, C., “Los Registros Municipales de Uniones Civiles”, en “Uniones de Hecho”, eds. Martinell, J. M. y Areces Piñol, M. T., Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economía, Universitat de Lleida, 1998.

Weber M., *Economía y Sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducido por J. Medina Echavarría et alii., Madrid, 2002.



Willetts, M., “Union Quality Comparisons Between Long-Term Heterosexual Cohabitation and Legal Marriage”, *Journal of Family Issues*, Vol. 27, No. 1, 2006.

Wojcik, A., “*Pareja de hecho y matrimonio: un estudio de las diferencias*”, Navarra Graficas Ediciones, Pamplona 2002.

Yáñez, R., “Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el Ordenamiento Jurídico balear”, publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 722.

Yrigoren Fajardo, R., “Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, en *Revista El Otro Derecho*, número 30, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, 2004.

Yzquierdo Tolsada M., “El Derecho Civil de la Posmodernidad”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de la Laguna, Nº 15, 1998.

Zabalo, E., “*Efectos del matrimonio y sociedad multicultural*” en VV.AA. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000.

Zagrebelsky, G., “*El Juez Constitucional en el Siglo XXI*”, traducido por Ferrer Mc-gregor, ponencia presentada en el Primer Congreso de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, 2008.

Zanoni, E. “Control Institucional y Familia en America Latina. La Ilegitimidad Conyugal”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 158, 1968.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., “Eficacia de los Pactos Familiares”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Nº 1, época I, 2013.

Zúñiga, Y. et alii., “Sistematización Comparativa de la Regulación de la Familia en las Constituciones Latinoamericanas”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios Año 20 - N° 2, 2013

## **2.- NORMAS JURIDICAS CITADAS**

Carta de Banjul de 1981

Código de Familia de Bolivia.

Código Civil de Austria.

Código Civil de Venezuela de 1942.

Código de Familia de Bolivia de 1972.

Código Civil de España de 1981.

Código de Familia de Bulgaria de 1985.

Código del Matrimonio de Suecia de 1987.

Código de Familia de República Checa de 1963 reformado en 1992.

Código Civil de Lituania del 2000.

Código Civil italiano en el año 2006.

Código Civil Federal de México del año 2000.

Código Civil y Comercial Argentina del año 2014.

Código Civil de Cataluña.

Código Civil de Holanda de fecha 1 de abril de 2001.

Código Penal de Chile de 1875.

Constitución italiana de 1947.

Constitución de Alemania de 1949.

Constitución Política de Chile de 1980.

Constitución Colombiana de 1993.

Constitución del Perú del año 1979.

Constitución Ecuador de 2008.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Constitución Nacional de Panamá.

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial  
1965.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas, CEDAW, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34-180, de 18 de diciembre de 1979.

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de Naciones Unidas (1986).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2009.

Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro administrativo de parejas estables no casadas.

Decreto 124/2000 de la comunidad de Castilla-La Mancha, de 11 de junio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

Decreto 61/2002, de 23 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Generalitat Valenciana, por la que se Regulan las Uniones de Hecho.

Decreto de la comunidad de Madrid 134/2002, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho.

Decreto 112/2002 de la comunidad de Baleares, de 30 de agosto.

Decreto 124 /2004 de la comunidad del País Vasco, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho.

Decreto Ley N° 154/1994 de Cuba.

Decreto N°. 4436 de 28 de noviembre del 2005 del Ministerio de Justicia e Interior de Colombia.

Las Partidas Part. IV, título XIV.

La Recopilación de Indias.

La Novísima Recopilación.

Ley de Matrimonio Civil de Chile de 1884.

Ley de Austria de 1983.

Ley de Matrimonio y Relaciones Familiares de Eslovenia actualizada en 1989

Ley de Matrimonio de Noruega de 1991.

Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas del año 1993.

Ley de matrimonio de Alemania de 1998.

Ley relativa a parejas estables no casadas 6/ 1999 de la comunidad Aragón de 26 de marzo.  
Ley de la comunidad Aragón 2/2004, de 3 de mayo.

Ley de Parejas Estables 18/2001 de la comunidad de Baleares de 19 de diciembre.

Ley 2/2003 reguladora de las parejas de hecho de la comunidad del País Vasco, de 7 de mayo.

Ley portuguesa 7/2001 del 11 de mayo sobre uniones de hecho.

Ley de Familia de Servia de 2005.

Ley 20.830 de fecha 21 de abril del 2015 que crea el Acuerdo de Unión Civil en Chile.

Ley 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Ley 962/2005 de 8 de julio de Colombia.

Ley Foral de Navarra, 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

Ley de Baleares 18/2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables y Decreto 112/2002, de 30 de agosto.

Ley de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables y Decreto 71/1994, de 29 de septiembre.

Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco.

Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Ley 2006-62 de Ecuador.

Ley 11411/2007 de 4 de enero de Brasil.

Ley 29227/2008, de 15 de mayo de Perú.

Ley 14.908 sobre Abandono de Hogar y Pago de Pensiones Alimenticias.

Ley 26.618/2010 en Argentina.

Ley 19.075/2013 en Uruguay.

Ley Federal N° 1004/2002 en Argentina.

Ley de Uniones Concubinaria 2006 en Uruguay.

Ley 54 de 1990 en Colombia.

Ley 19.335, publicada el 23 de septiembre de 1994.

Ley 10/1998 de la comunidad de Cataluña de 15 de julio, de uniones estables de pareja.

Ley 25/2010 de 29 de Julio del libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia.

Ley 6/ 1999 de la comunidad de Aragón, , de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.

Ley Foral 6/2000 de la comunidad de Navarra, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

Ley 5/2002 de 16 de diciembre de parejas de hecho en Andalucía.

Ley 19.968 del año 2005.

Ley Foral 3/2011 de la comunidad de Navarra, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

Ley 11/2001 de la Comunidad de Madrid, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

Ley 1/2001 de la Comunidad Valenciana, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho.

Ley 603 del 19 de noviembre del año 2014 en que se crea el nuevo Código de Familia en Bolivia.

Ley de alianza entre personas del mismo sexo, en México 21/12/2009.

Ley de Matrimonio Igualitario de Uruguay del 10/04/2013.

Ley 15/2015 de España sobre Jurisdicción Voluntaria de fecha 02 de julio del 2015.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento en materia de separación y divorcio en España.

Ley 13/2005 de 01 de julio por la que se modifican el Código Civil respecto al derecho a contraer matrimonio en España.

Leyes de Toro de 1505.

Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas.



Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales Bruselas, 2.3.2016 COM, 2016.

Proyecto de Código Civil de Chile de 1853.

Real Cédula de Felipe II, el 12 de junio de 1564.

Recomendación del Consejo de Europa número R (88) 3 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la validez de los contratos entre las personas que viven juntas como pareja no casada y de sus disposiciones testamentarias, del 7 de marzo de 1988.

Resolución del Parlamento Europeo del 8/2/1994.

Resolución del Parlamento Europeo del 17/12/1998.

Resolución del Parlamento Europeo del 29/12/2000.

Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea.

### **3.- JURISPRUDENCIA**

SAP Cádiz de fecha 3 de abril del 2008 (Jur 2008\234675).

SAP de Zaragoza N° 352 de 7 julio 2015.

SAP de Zaragoza N° 156 de 31 marzo 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de *A Coruña* de 6 de mayo de 2002.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del 9 de noviembre de 1892.

Sentencia de la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, causa Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero, considerando 46, 12 de marzo de 1984

Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de septiembre de 1997.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Patosi con Zambrano, Rol: 32988-1998 del 10/10/2000.

Sentencia de la Sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 15 de enero de 2003.

Sentencia Corte de Apelaciones de Iquique, en causa Rol 34-2009, del 6 de mayo del 2009.

Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa 1298/2010, Sanchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino, de fecha 29 de enero de 2010.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, causa Rol N° 130-2010, de fecha 11 de noviembre del 2010.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 4 de enero de 2012, rol de ingreso N° 1192-2011.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol N° 10635 – 2011, de 27 de octubre de 2011.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 581-2012.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 21 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 635-2012.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 17 de julio de 2012, rol de ingreso N° 499-2012.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol 388-2012 con fecha 04 de junio del 2012.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, causa Civil-332-2013, de fecha quince de julio, 2013.

Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol N° 332-2013 de fecha 15/07/2013.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, en causa por indemnización de perjuicios Rol N° 507 – 2013.

Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de marzo de 2013, rol No 38-2013.

Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de marzo de 2013, Rol N° 38-2013.

Sentencia CIDH, Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas).

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los "Niños de la Calle [Villagrán Morales y otros] vs. Guatemala", Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N°63.

Sentencia CIDH, Caso Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas, de 31 de agosto de 2001.

Sentencia CIDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005.

Sentencia CIDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

Sentencia CIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Sentencia Corte IDH: Caso Fontevecchia y D' Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

Sentencia Corte Interamericana de Justicia en la causa Norín Cantriman y otros contra el Estado de Chile, N° 327, sentencia de 29 de mayo de 2014.

Sentencia Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, 28/11/2012.

Sentencia Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

Sentencia Corte Suprema, de 18 de agosto de 1920.

Sentencia Corte Suprema, recurso de queja, Delgado contra la I. Corte del Trabajo de Concepción, 26 de julio de 1968.

Sentencia de la Corte Suprema, causa Rol N° 2800- 2003 de fecha de 31 de mayo de 2004.

Sentencia de la Corte Suprema de Chile, causa Rol N° 5334 – 2004, del 21 de septiembre del 2005.

Sentencia Corte Suprema, de fecha 26/09/2007.

Sentencia Corte Suprema - Rol: 3784-2009, de fecha 10 de septiembre del 2009.

Sentencia de la Corte Suprema de Chile, Causa Rol: 3784-2009.

Sentencia Corte Suprema, de fecha 19/10/2010.

Sentencia de la Corte Suprema, en causa Rol N° 337- 2011.

Sentencia Corte Suprema causa Rol N° 337/2011, Sanchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino, 7 de marzo 2011.

Sentencia Corte Suprema de Chile, 7 de marzo del 2012, Rol N° 337 – 2011.

Sentencia Corte Suprema, considerando cuarto de la causa rol N° 10.635-2011 del 04 de enero de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema de Chile, causa Rol No 337-2011, 7 de marzo del 2012.

Sentencia de la Corte Suprema en Chile del 7 de marzo del 2012.

Sentencia Corte Suprema, Recurso de Casación rechazado, Causa Rol N° 711-2011, de fecha 6 de marzo del 2012.

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 337/2011, del 7 de marzo del año 2012.

Sentencia de la Corte Suprema don Sergio Muñoz, en causa Rol N° 9.088-11, del 28 de febrero del 2012.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 38-2013, del 15 de marzo del año 2013.

Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 4146-14, causa Estay Álamos Jorge con Díaz Fernández María, de 10 de diciembre de 2014.

Sentencia Corte Suprema, causa Roa con Zúñiga, Rol 29884-2014, Recurso de Unificación de Jurisprudencia Laboral, del 15/09/2015.

Sentencia Corte Suprema de Chile, 26 abril del 2016, Rol N°6.972-2015.

Sentencia Corte Suprema Segunda Sala (Penal), rol 28842-2015, Ministerio Público con Claudio Huentecol Huentecol y otra, 2015.

Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 20175-2005, de fecha 15 de septiembre del 2016.

Sentencia de la Corte Suprema de Chile, considerando séptimo causa Rol N° 1555-2016, de fecha 17/05/2016.

Sentencia Corte Suprema, causa Rol: 11514-2015 sobre Recurso de Casación en el Fondo de fecha 4 de mayo del 2016.

Sentencia de la Corte Suprema, en causa Rol N° 32972- 2016, sobre Recurso de Casación en el Fondo de fecha 10 de noviembre 2016.

Sentencia Corte Suprema, causa Carril con Soto, Rol: 819 del 05/09/2016.

Sentencia Corte Suprema, causa Gajardo con Toledo, Rol: 6972, del 26/04/2016.

Sentencia Corte suprema, causa González con Guillet, Rol: 19069, del 23/08/2017.

Sentencia Corte Suprema de Chile, sobre recurso de protección de las garantías constitucionales, Rol 4732-2017, de fecha 4/05/2017.

Sentencia Corte Suprema, Recurso de Casación, causa Jara con Becker, Rol: 79128-2016, de fecha 21 de septiembre del 2017.

Sentencia de la Corte Suprema, causa Vargas con Fisco de Chile, Rol: 70561-2016, del 27/07/2017.

Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 12278-2018, sobre Recurso de Casación en el fondo del 20 de agosto del 2018.

Sentencia de la Corte Suprema, causa Lizana con Fisco de Chile, Rol: 34329-2017 del 28/03/2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 48, del Ministerio de Salud, de 26 de enero de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1849-100, de fecha 3 de noviembre del 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile N° 198 del 6 de noviembre del 2012.

Sentencia Tribunal Constitucional argentino del 29 de noviembre de 2016, caratulados: N V E y Otra S/ Inconstitucionalidad.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombia del 28 de abril del año 2016.

STC español N° 32/1981.

STC 120/1984 español del 10 de diciembre de 1984.

STC español 222/1992 del 11 de diciembre de 1993.

STC español 222/1992 del 11 de diciembre de 1993.

STC español 93/2013, de 23 de abril.

STC español 66/1994, de 28 de febrero de 1994.

STC español 93/2013, de 23 de abril.

STC español 156/1987 de fecha, de 11 de febrero de 1987.

STS español del 30 de julio de 1999.

STS español del 19 de octubre del 2006.

STS español del 8 de mayo del 2008.

STS español de 29 marzo 2011.

STS español de 10 octubre 2011.

STS español de 31 mayo 2012.

STS español de 15 marzo 2013.



STS español del 4 de febrero de 2010.

STS español del 10 de marzo de 1998.

STS español del 12 de septiembre del 2005.

STS español del 17 de enero del 2013.

STS español 222/1992 del 11 de septiembre.

STS español de 22 de julio de 1993.

STS español del 16 de diciembre de 1996.

STS español 184/1998 del 15 de noviembre 1998.

STS español 5 de julio del 2001.

STS español del 16 de julio de 2002.

STS español del 10 de marzo de 2003.

STS español de 13 de junio de 2003.

STS español de fecha de 17 de junio de 2003.

STS español de 27 de mayo de 2004.

STS español del 23 de noviembre de 2004.

STS español del 12 septiembre 2005.

STS español 22 febrero 2006.

STS del Tribunal Supremo español del 30 de octubre del 2008.

STS español, Sala Primera de lo civil, 6 de marzo de 2014

STS español, 121/2018 del 24 de enero del 2018.

STSJ Cataluña de 13 de febrero de 2003.

STSJ de Aragón 13 julio 2011.

STSJ de Aragón 30 septiembre 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido, Radmacher v. Granatino ([2010] UKSC 42, [2011] 1 FLR 1851).

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Johnstone v/s Irlanda, 18 de diciembre de 1986.

Sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande del Sur. 8ª Cámara Civil, Apelación Civil N° 70021968433, 6 de diciembre del 2007.

Sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande del Sur. 8ª Cámara Civil, Apelación Civil N° 70011258605, 25 de agosto del 2005.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Dudgeon con Reino Unido del 22 de octubre de 1981.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso F. contra Suiza, de 18 de diciembre de 1987.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Keegan v/s Irlanda, 26 de mayo de 1994.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Christine Goodwin con Reino Unido del 01 de julio del 2002.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Emonet con otros v/s suiza, 13 de diciembre del 2007.

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de febrero del año 2011, en el caso Korosidou con Grecia.

Sentencia Segundo Juzgado Civil de Valparaíso, causa Rol N° 1977/2010, Sánchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino, de fecha 29 de enero de dos mil diez.

Sentencia Tribunal de Familia de Iquique, RIT P-997-2008, del 6 de marzo del 2009.

Sentencia del TSJ de Andalucía de 18 de junio de 2015.

#### **4.- OTRAS RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS INSTITUCIONALES**

Atlas Sociodemográfico de los Pueblos Indígenas de Chile, CEPAL, Santiago de Chile, 2012.

Bando Supremo del Gobierno de Chile del 04 de marzo de 1819.

Boletín de Estadísticas del Registro Civil para el período 2016.

Boletín terminológico y normativo N° 48 de 27/11/2002.

Carta RCT N° 4124-2018, emitida por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile, con fecha 07 de septiembre del 2018.

Censo Nacional, de Población, Hogares Vivienda 2010. *Censo del Bicentenario. Resultados Definitivos* Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, , serie B, N° 2, Tomo I, Buenos Ares, 2012.

Colección de Documentos Inéditos, relativos al Descubrimiento Conquista y Colonización de las Posesiones Españolas en América y Oceanía, sacados del Real Archivo de Indias, Imprenta Manuel B. de Quiros, San Juan 54, Madrid, 1865.

Colección de Documentos para la historia de la Iglesia en el Perú, 2, Sevilla 1944.

CDESC: "*Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*". General Comment, mim. 21, 21 de diciembre de 2009.

Declaración sobre armonización de regimenes económicos que realizó la Comisión de Familia Europea en el año 2013.

Decreto Supremo N° 4.111 de 1931.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, actualizado al año 2017.

Documento "*Familiaris Consortio*" de la iglesia Católica.

Estadísticas Sociales de los Pueblos Indígenas en Chile, Censo 2002, Instituto Nacional de Estadísticas – Programa Orígenes (MIDEPLAN), Santiago de Chile, 2005.

Exhortación apostólica de S.S. Francisco, *Amoris laetitia*, Sobre el amor en la familia, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2016.

Informe Legislativo que contiene la Historia de la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, con fecha 26 de junio del 2018.

Informe de Conclusiones del I Encuentro Nacional de Jueces y Abogados de Familia, celebrado en Barcelona, en noviembre de 2003 (EDO 2004/1449).

Informe de Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de la Mujer en Chile: Igualdad en la Familia, Trabajo y la Política, 2009, Sección IV.

Informe de la Comisión de Familia sobre proyectos de ley que establecen regulación para las uniones de hecho, Intervención audiencia pública en el congreso Boletines N°s 4153-18 - 4187-18, 26 de junio de 2009.

Informe del Departamento de Estudios Laborales del Instituto Nacional de Estadísticas, Género e Ingreso, Documento de Análisis, 2016.

Informe sobre Violencia contra Personas LGBTI en América de fecha 12 de noviembre del año 2015.

Informe sobre Factores Psicosociales de las Uniones de Hecho, BCN Minuta, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Informe de la comisión de familia, recaído en dos proyectos de ley que establecen regulación para las uniones de hecho, Cámara de Diputados, 26 de junio del 2009.

Informe sobre Observaciones al Proyecto de Ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, redactado por la Comisión de legislación de Fundación Iguales y visado por los académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesores Mauricio Tapia y Pablo Cornejo.

Informe Servicio de Registro Civil e Identificación, Carta AUC N° 11, 18 de mayo del año 2018, remitida por Encargada Nacional de la sección de Acuerdo de Unión Civil.

Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, 10 de agosto del 2018.

Mensaje N° 81-336 con que se envía al congreso el proyecto de ley que crea los tribunales de familia.

Opinión Consultiva, CIDH, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Primer Informe de la comisión Especial de Pueblos Indígena presentado durante su tramitación en el Congreso.

Primer Informe de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regulan el Acuerdo de Vida en Pareja. Senado. Fecha 11 de diciembre, 2013.

Proposición de Ley 122/000014 (BOCG de 23 de abril de 2004) presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Proyecto de Ley que Modifica el Artículo 31 del Código Civil en Chile.(Boletín N° 10637-07).

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Santiago.

Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en segundo trámite constitucional que establece la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. Boletín 1759-18.